

mente entendidas como subsuntivas (las normas tributarias, por ejemplo) y otros en que son tenidas por esencialmente finalistas (como ocurre con las garantías constitucionales o que establecen estatutos de protección en materia laboral,¹¹³ por ejemplo), existe un amplio campo de situaciones (incluso en ordenamientos que plantean un modelo básico de interpretación) en que la pregunta acerca de la manera como debe ser entendida la norma plantea una cuestión más bien prudencial. Así, parece inevitable "una cierta flexibilidad en la noción de fraude, gracias a la cual los individuos conservan su libertad de acción, sin que el ejercicio de ésta les permita usar ardides al punto de mofarse de la ley".¹¹⁴

b) En suma, el fraude a la ley es un correctivo al mal uso que se puede hacer de las potestades que el derecho entrega a las personas para dar la forma jurídica que estiman conveniente a sus relaciones recíprocas, en virtud del principio de autonomía privada. Pero no es necesaria una teoría que vaya más allá de la doctrina de la interpretación para que la enmienda que resulta necesaria tenga cabida en el derecho privado: si la correcta interpretación de la norma atiende a una finalidad, ésta debe ser aplicada con prescindencia de la forma. Y en circunstancias que se debe declarar aplicable la norma que corresponde según su sentido, cualquier daño queda remediado por la inoponibilidad del acto con que se pretende eludir la norma obligatoria. Y si esa inoponibilidad no puede ser hecha valer, de modo que el daño resulta incorregible, entonces se podrá demandar su reparación mediante una acción de responsabilidad.

¹¹³ Así, por ejemplo, el artículo 478 del Código del Trabajo sanciona a quien "utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención"; con énfasis en que se trata de un ilícito de resultado, F. Tapia 2005 19, con referencias jurisprudenciales.

¹¹⁴ Ghestin/Goubeaux 1983 683.

CAPÍTULO X

ALGUNOS RÉGIMENES ESPECIALES
DE RESPONSABILIDAD

460. Los regímenes especiales de responsabilidad en el plan general de este libro. a) En los capítulos anteriores, luego de una introducción general a la responsabilidad civil (*Capítulo I*), han sido analizados los requisitos generales de la responsabilidad civil por negligencia, esto es, el régimen ordinario de responsabilidad civil: la imputabilidad subjetiva (*Capítulo II*), la culpa (*Capítulo III*), el daño (*Capítulo IV*) y la causalidad (*Capítulo V*). Enseguida se ha estudiado el régimen de responsabilidad estricta o por riesgo, como alternativo al basado en la negligencia (*Capítulo VI*). En circunstancias que la responsabilidad del Estado es un régimen general, que necesariamente participa de categorías esenciales de la responsabilidad civil en razón de la larga tradición jurisprudencial y dogmática de esta disciplina, es razonable que sea definida a partir de las diferencias específicas con esta última; por eso, se ha optado por dedicarle un capítulo de la parte general del libro (*Capítulo VII*).

A continuación, se trataron la privacidad y la honra, que presentan la peculiaridad de constituir bienes jurídicos que ponen al derecho civil en la frontera del orden constitucional (*Capítulo VIII*) y el abuso de derecho, que da lugar a un instituto general del derecho privado, que tiene importancia a efectos de responsabilidad civil, pero que se ubica, en verdad, en la frontera de la autonomía privada; por eso, el análisis ha estado antecedido de una explicación analítica de los distintos tipos de derechos subjetivos y de las principales doctrinas jurídicas acerca de sus límites (*Capítulo IX*).

En los capítulos que siguen al que aquí se inicia, el libro se cierra con un análisis del sistema de acciones (*Capítulo XI*); con una revisión crítica de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, que incluye los ilícitos extracontractuales en que se puede incurrir a consecuencia de celebrar un contrato o con ocasión de su negociación (*Capítulo XII*); y, finalmente, el libro finaliza con un análisis que comprende los contratos y convenciones que tienen por objeto la responsabilidad civil: ante todo, una breve reseña del contrato de seguro de responsabilidad civil y la influencia que éste puede tener en el régimen general de responsabilidad; y, en seguida, las convenciones modificatorias del régimen común de responsabilidad (*Capítulo XIII*).



b) El presente capítulo trata en particular la responsabilidad por algunos ilícitos, que no han sido tratados en otros lugares de este libro. Es importante aclarar que no está concebido como una parte especial del derecho de la responsabilidad civil, sino como casos de aplicación de la doctrina jurídica general, que permiten dilucidar las preguntas relativas a los requisitos de culpa (esto es, de deberes de cuidado), daño y causalidad en materias específicas de particular importancia práctica o doctrinaria. En otras partes de este libro se tratan algunos ilícitos especiales que tienen marcada relación con la formación del contrato y con los efectos en obligaciones contractuales (*infra* §§ 65 y 66), así como los sujetos a estatutos legales de responsabilidad estricta (*supra* § 37).

461. **Plan de exposición.** En este capítulo se analizan ciertos regímenes de responsabilidad extracontractual que plantean cuestiones especialmente delicadas en la definición de los deberes de cuidado y, muy especialmente, los que afectan a amplios grupos de personas. El orden de exposición es el siguiente: i) responsabilidad médica (§ 50); ii) responsabilidad por accidentes del trabajo (§ 51); iii) responsabilidad por accidentes del tránsito (§ 52); iv) responsabilidad por productos defectuosos (§ 53); v) responsabilidad por defectos de construcción (§ 54); vi) responsabilidad por daño ambiental (§ 55); y vii) responsabilidad de directores y gerentes de sociedades (§ 56).

§ 50. RESPONSABILIDAD MÉDICA

a. Introducción: notas sobre la responsabilidad profesional en general

1. Calificación y concurso de responsabilidades

462. **Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad profesional.** a) La responsabilidad profesional pertenece, por lo general, al ámbito *contractual*, pues está antecedida de una convención entre quien hace el encargo y quien presta el servicio.¹ Se trata típicamente de contratos a los que resultan aplicables las reglas del mandato (artículo 2118) y supletoriamente las del arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2012).² Por

¹ Alessandri 1943 75 y 79.

² Se ha fallado que "los servicios de las profesiones liberales se sujetan a las reglas del mandato, sin que importe, en realidad, un contrato de esta naturaleza la prestación de tales servicios" (Corte de Concepción, 18.7.1918, G. de los T., 1918, 2º sem., Nº 361, 1102). En un caso de responsabilidad de un odontólogo se ha resuelto que "los servicios de este profesional se rigen por las reglas del mandato (artículo 2118 del Código Civil) y las correspondientes al arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquellas disposiciones (artículo 2012 del texto legal citado)", Corte de San Miguel, 15.4.1993, Cj 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2º, 39.

otra parte, en circunstancias que se trata de contratos consensuales, el consentimiento del médico o de los demás profesionales puede ser generalmente inferido como una voluntad tácita que se muestra en los respectivos actos de ejecución (artículo 2124 II).

Las relaciones profesionales antecedidas de un acuerdo de voluntad, aunque sea elemental, deben ser calificadas de contractuales. Sin embargo, a menos que las obligaciones de servicio contraídas por el profesional sean objeto de convenciones expresas, ellas quedan sujetas a los *deberes generales de cuidado* de quienes actúan en el ámbito de intereses y de riesgos de terceros. En la práctica, esta es la regla general, porque no es usual que las relaciones profesionales estén contractualmente precisadas. En consecuencia, la definición del deber de cuidado se plantea usualmente en términos análogos si la responsabilidad invocada es de naturaleza contractual o cuasidelictual: en ambos casos esos deberes son definidos por el derecho y no por la convención, y no hay razones de principio para que su alcance sea diferente si alguien solicita voluntariamente un servicio médico (responsabilidad contractual) o si llega inconsciente al hospital (responsabilidad extracontractual).³

b) Por lo mismo, no es extraño que la responsabilidad profesional, y muy especialmente la del médico, suela dar lugar en el derecho comparado a una situación típica de *concurso de responsabilidades*, que en cada sistema jurídico tiende a ser resuelta de conformidad con las reglas generales sobre la materia.⁴ En la práctica, como se verá, la negligencia médica ha sido frecuentemente planteada en sede de responsabilidad civil extracontractual y no existen impedimentos lógicos ni normativos para que así ocurra (*infra* Nº 843). Para ello no existen grandes problemas prácticos, porque, más allá de ciertos aspectos importantes, pero no estructurales (como ocurre en materia de prescripción), no existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del profesional en cuestiones fundamentales, como son la naturaleza y prueba del deber de cuidado, el estándar de cuidado debido y los deberes conexos de información. En los párrafos siguientes estas materias son referidas en general; más adelante se las analiza en particular respecto de la responsabilidad médica.

2. Naturaleza y prueba de la culpa

463. **Obligaciones contractuales de medios y deberes generales de cuidado profesional.** a) Los profesionales pueden contraer *obligaciones contractuales*

³ Tunc 1989 40.

⁴ Zelaya 1997 27, con una nota comparada en que se refiere a la aceptación, en general, del cúmulo u opción; Viney 1997 446, Palandt/Thomas § 823 66, Asúa en Reglero 2002 a 973; Markesinis/Deakin *et al.* 2003 288, Prosser/Keeton *et al.* 1984 186 destacan la analogía en sus respectivos sistemas jurídicos entre la construcción contractual y la extracontractual de deberes de cuidado profesionales.



de medios o de resultado, según sean las expectativas que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. Contraen una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener.

La regla general es que las obligaciones profesionales sean de medios, esto es, que den lugar a deberes de prudencia y diligencia, pues lo que usualmente se exige del experto es el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se persigue, pero de la circunstancia de no haberse obtenido ese beneficio no se infiere que haya incumplido su obligación. En otras palabras, el fin que pretende el acreedor de una obligación de medios es contingente desde el punto de vista de la relación obligatoria, de modo que su frustración no puede ser tenida por incumplimiento.⁵ Del profesional se espera que adopte las medidas de seguridad que exige su actividad de acuerdo con los criterios generales de la responsabilidad por culpa.⁶ Un típico ejemplo es el deber del abogado de representar al cliente en un juicio, que no se extiende a la obtención de una sentencia favorable; y aunque un médico pueda contractualmente obligarse a curar un enfermo, lo usual es que no asegure ni garantice ese resultado, de modo que el fracaso en la obtención del beneficio perseguido no puede ser calificado por sí solo de incumplimiento.⁷ De lo anterior se siguen efectos probatorios significativos.

Por lo mismo, a falta de convenciones que precisen los deberes de quien se obliga a prestar un servicio, el contenido de una obligación contractual de medios es equivalente a los deberes de prudencia y diligencia que rigen en sede extracontractual. En uno y otro caso, por lo general, estos deberes no tienen por antecedente la convención que los determina, sino las exigencias de cuidado impuestas por el derecho. Por cierto que las circunstancias hacen variar la intensidad de estos deberes (*supra* N° 46), pero el camino intelectual para su determinación judicial en concreto es el mismo en la responsabilidad contractual que en la extracontractual.

b) Las obligaciones de medios plantean preguntas respecto al alcance de las normas reguladoras de la prueba de los artículos 1698 y 1547, conforme a

⁵ Mazeaud/Chabas 1998 14; un interesante análisis de la distinción entre obligaciones de medio y resultado, con referencia al derecho chileno, en Pizarro 2003 b 126; una buena síntesis en Jordano 1987 456.

⁶ Palandt/Thomas § 823 58.

⁷ En relación con la obligación del abogado, se ha fallado que "el mandato judicial no es un mandato de garantía de resultados, implica sólo una obligación de hacer que debe cumplirse conforme lo previenen los artículos 2131 y siguientes del Código Civil en lo que resulte aplicable. Dicha característica reviste especial importancia si se tiene en consideración el carácter esencialmente aleatorio de los juicios, circunstancia que es indispensable tomar en consideración al momento de analizar el cumplimiento del encargo por parte del abogado mandatario" (Corte de Valparaíso, 1.4.2003, rol N° 2.362-2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.12.2003, rol N° 1.900-2003).

los cuales, cumplida la carga de probar la existencia de la obligación contractual por el acreedor, el deudor debe probar su cumplimiento o el caso fortuito; y, si no lo logra, el incumplimiento se presume culpable. Estas normas operan sin dificultades respecto de las obligaciones de resultado, pero plantean dificultades de aplicación en el caso de las obligaciones de medios, como típicamente ocurre con las profesionales.

Supongamos un caso de responsabilidad médica, donde la víctima argumenta que un diagnóstico erróneo, debido a una descuidada lectura de los exámenes pertinentes, le impidió sanarse de una enfermedad que luego le ha provocado severos daños corporales. De acuerdo con la regla del artículo 1698, corresponde al paciente probar los hechos constitutivos de las obligaciones que nacen del contrato de prestación de servicios. Esta prueba de la obligación contractual no provocará normalmente dificultades, porque, aun a falta de formalidades, el consentimiento puede ser acreditado a partir de los actos de ejecución que expresan una voluntad tácita.

Una vez probada la obligación, corresponde al médico probar su extinción usualmente mediante el pago (esto es, su cumplimiento). A tal efecto, el demandado probará como hechos extintivos de su obligación profesional las prestaciones médicas efectivamente realizadas y argumentará que no se le puede hacer responsable por el solo hecho de que la víctima no haya sanado (porque la obligación es de medios). A falta de otra prueba, proporcionada por el demandante, que permita inferir la negligencia del profesional, los actos de ejecución debidamente probados por el profesional serán prueba suficiente de que él cumplió su obligación. Por eso, una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser tenidos por cumplimiento de lo debido. Y esta cuestión inevitablemente exige preguntarse, ya al momento de determinar si se incurrió en incumplimiento, si el profesional hizo prestación diligente o negligente de lo debido.⁸

⁸ Sobre las obligaciones de medios y de resultado en la doctrina francesa, Mazeaud/Chabas 1998 13, Viney/Jourdain 1998 440. No es este el lugar para desarrollar las condiciones de la responsabilidad contractual en el derecho chileno, y la relevancia que a ese efecto tiene la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. El origen doctrinario de la distinción en el derecho francés se remonta a Demogue 1929/31 V N° 1237 y VI N° 599, y ha sido aceptada por la jurisprudencia (Carbonnier 2000 298). En referencia comparada con el derecho chileno, conviene destacar que las normas del Código francés sobre responsabilidad contractual también están construidas teniendo en vista las obligaciones de resultado (Cód., fr., artículos 1147 y 1148). Tan ilustrativa como la distinción que atiende a la naturaleza de la obligación es la que atiende al grado de determinación de la obligación del deudor contractual: las obligaciones de medios son indeterminadas, porque no comprenden una prestación precisa, sino que exigen aplicar genéricamente el cuidado debido, de modo que para probarlas es necesario mostrar la diligencia exigible del deudor; por el contrario, las obligaciones determinadas son de resultado porque lo debido es por completo inequívoco (Mazeaud/Chabas 1998 369).

En consecuencia, a pesar de que la ley dispone claramente que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo" (artículo 1547 III), la pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probado que la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requeridos. En otras palabras, la situación estratégica de las partes es análoga en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios a la de un juicio de responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, porque, en uno y otro caso, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado.

La conclusión anterior no supone una torcedura del sentido inequívoco de la norma del artículo 1547 III, sino emana de la naturaleza de la obligación de medios, como es usualmente la profesional, donde la prestación debida no es un hecho preciso y determinado, como ocurre con las obligaciones de resultado del vendedor de entregar la cosa o del transportista de llevarla a destino en el estado que la recibió. Por el contrario, la disputa central entre el acreedor y el deudor de una obligación de medios radica precisamente en si los actos alegados por el demandado como actos de ejecución de la obligación constituyen en efecto la conducta debida. Por eso, la cuestión de la diligencia es inevitablemente dirimida a aplicar la regla reguladora de la prueba del artículo 1698, y no en el nivel de la norma de responsabilidad contractual del artículo 1547 III.

En otras palabras, para que la distribución de la carga probatoria de los artículos 1698 y 1547 III opere con completa simplicidad se requiere que el incumplimiento no esté en discusión.⁹ No es ese el caso en las obligaciones de medios; el demandante, salvo los casos groseros de culpa que constituyen hechos públicos y notorios, tendrá que mostrar que los exámenes, alegados por el demandado como actos de cumplimiento, fueron insuficientes atendidos los síntomas del paciente, que el diagnóstico no responde a los estándares profesionales exigibles u otra negligencia semejante. Así, la distinción entre obligaciones de medios y resultado tiene 'a lo menos un valor sugestivo', porque muestra que la prueba de la culpa no se

⁹ Alessandri 1943 53 (nota 2) afirma que la distinción entre obligaciones de medio y resultado no puede aplicarse en el derecho chileno en razón del inequívoco texto del artículo 1547 III; para llegar a esa conclusión, sin embargo, no considera la posibilidad de que la cuestión se plantee ya en el nivel de la regla probatoria más general del artículo 1698, porque en las obligaciones de medios, a diferencia de las de resultado, ya al momento de preguntarse por el cumplimiento se suscita la discusión acerca de la diligencia del deudor; las dificultades de conciliación entre las normas relativas a la prueba del cumplimiento y a la prueba de la diligencia se muestran en Corral 2003 281, quien sostiene, por un lado, que resulta aplicable la regla del artículo 1547, que lleva a presumir la responsabilidad del médico, pero, al mismo tiempo, tiene que asumir que la prueba del incumplimiento exige acreditar la negligencia; sobre la recepción de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado en el derecho chileno, Pizarro 2003 b 126.

plantea siempre de la misma manera en los distintos tipos de obligación, pues mientras es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultado, usualmente debe ser probada en las de medios.¹⁰ Ello también lleva a que *tampoco hay diferencias esenciales en la prueba* de la infracción a un deber general de cuidado en sede extracontractual y la de la negligencia en el cumplimiento de una obligación contractual de medios.

464. Obligaciones contractuales de resultado y presunciones de culpa extracontractual. a) Exactamente lo inverso ocurre en materia probatoria con las *obligaciones de resultado*, que el legislador tiene en vista en la norma del artículo 1547 III. Así, a falta de prueba de la entrega de la cosa en el plazo estipulado, se da por acreditado el incumplimiento del vendedor, sin necesidad de referencia alguna a si ello es atribuible a su negligencia, de acuerdo con la regla del artículo 1698. Ante una situación inequívoca de incumplimiento (porque el deudor no puede probar el acto preciso de ejecución), entra en juego sin dificultad la presunción de culpa del artículo 1547 III, con la consecuencia de que el deudor soporta la carga de probar que el incumplimiento se produjo por causa que no es atribuible a su negligencia o por caso fortuito.¹¹

Al menos en el derecho chileno, la *situación probatoria* es análoga si la responsabilidad se funda en la infracción a una obligación de resultado o en una culpa extracontractual presumida (*supra* §§ 14, 17, 18 a y 19 b). Así

¹⁰ Carbonnier 2000 298. La jurisprudencia ha sido más bien tímida en la recepción de la distinción, pero tiende a imponerse en materia de responsabilidad profesional; véase Corte de Valparaíso, 1.4.2003, rol N° 2.362-2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.12.03, rol N° 1.900-2003, donde se desestima la acción de responsabilidad profesional contra el abogado litigante por no tratarse de una obligación de resultado, pero sin entrar explícitamente a la conclusión asumida por el fallo de la instancia, en orden a que, por tratarse de una obligación de medios, no puede darse lugar a la demanda a falta de prueba de la negligencia.

¹¹ No es este el lugar para discutir en extenso las excusas aceptables ante el incumplimiento de una obligación contractual de resultado en el derecho chileno. En el derecho francés, con fundamento en el texto del artículo 1147 del Código de ese país, que sólo acepta la 'causa extraña' como excusa para el incumplimiento contractual, se ha entendido que la excusa de diligencia no es suficiente, precisamente porque no se trata de una causa extraña (Carbonnier 2000 299); a la misma conclusión se llega en el derecho español (L. Díez-Picazo 1993 II 586, Pantaleón 1991 1064). Aunque en el derecho chileno las excusas a las obligaciones de resultado plantean dificultades análogas desde el punto de vista lógico (porque la obligación de resultado no es simplemente de 'mejores esfuerzos'), debe concluirse que al deudor le es también admitida la prueba de que el incumplimiento se produjo por una causa que no es atribuible a la falta de la diligencia debida (artículo 1547 III). Sin embargo, también podría argumentarse que en una obligación de resultado, la culpa es puramente infraccional: el deudor se comprometería a la obtención de un objeto preciso y su sola inexecución constituye una prueba de la culpa (Mazeaud/Chabas 1998 442). Así y todo, la obligación contractual de resultado no debe ser confundida con la responsabilidad estricta, pues, a diferencia de lo que usualmente ocurre en esta última, es admisible al menos la excusa de fuerza mayor (*supra* N° 329). Sobre las obligaciones contractuales de resultado, véase también *infra* N° 781.



como en las obligaciones contractuales de resultado la responsabilidad se infiere del incumplimiento, en las hipótesis de culpa presumida la responsabilidad se infiere del daño sufrido por el tercero, sin perjuicio de las excusas de diligencia y de fuerza mayor que resulten admisibles al autor del daño.¹²

b) Excepcionalmente, *las obligaciones profesionales pueden ser de resultado*, cuando de acuerdo con los estándares de la respectiva actividad el acreedor tiene derecho a esperar derechamente el beneficio perseguido. A falta de disposición contractual expresa, son obligaciones contractuales de resultado (y no de meros medios) aquellas en que el profesional se obliga a obtener el fin perseguido por el acreedor. Y todo indica que ese es el caso cuando el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseñe *prima facie* que el error se debe a la culpa del deudor. En otras palabras, también al momento de interpretar los deberes contractuales como obligaciones de resultado existe una analogía con las presunciones extracontractuales de culpa. Todo ello con la reserva de que las hipótesis de obligaciones contractuales de resultado y la presunción extracontractual de culpa son por completo excepcionales en materia de responsabilidad profesional.

c) En la medida que las obligaciones contractuales de resultado admiten excusas, no deben ser confundidas con las *obligaciones de garantía*, a cuyo respecto no es admisible excusa alguna, como suele ocurrir con las reglas de *responsabilidad estricta* (*supra* N°s 325 y 329). En materia profesional, como en general en el derecho de los contratos, las obligaciones de garantía son de derecho estricto.

3. Estándar de cuidado debido y deberes de información

465. Estándar de cuidado profesional. a) En pocas materias del derecho de la responsabilidad civil se aplican con tanta nitidez las *reglas generales sobre determinación del debido cuidado* como en el ámbito profesional (*supra* § 10). Los profesionales tienen el deber de adoptar, dentro de lo que resulta económicamente exigible, las medidas que satisfacen las expectativas normativas de seguridad que los terceros tienen respecto de su capacidad como expertos.¹³ Si alguien actúa en una condición profesional, los demás tienen derecho a asumir que ella dispone de destrezas, conocimientos, entrenamiento y aun de una inteligencia superior al promedio, porque ese es el estándar que usualmente se posee y resulta exigible de

¹² En verdad la analogía entre la obligación de resultado y la infracción presumida de deberes de cuidado es relativa al riesgo probatorio, pero existen diferencias respecto de los efectos: mientras la obligación de resultado es una categoría abstracta, que sólo puede ser desvirtuada alegando caso fortuito y eventualmente diligencia, las presunciones de culpa por el hecho propio son más vaporosas y tienden a operar como prueba *prima facie*, que el demandado puede desvirtuar mostrando que los hechos en que la presunción se funda son rebatibles (*supra* N° 97).

¹³ Palandt/Thomas § 823 58, con referencia a la jurisprudencia del BGH.

quienes actúan en esa condición.¹⁴ Por eso, aunque, por lo general, los profesionales no garanticen el resultado deseado por el tercero, se entiende que tienen el deber de actuar de acuerdo con la *lex artis* de su actividad, esto es, de conformidad con los estándares de buen ejercicio profesional (*supra* N° 56 y 57).

b) Siguiendo los criterios generales, en la determinación del estándar no resultan indiferentes las circunstancias en que el profesional actúa, porque, en los extremos, no se puede esperar lo mismo del médico especialista, que actúa con el respaldo de un equipamiento de alta tecnología, que respecto del médico generalista que debe atender una situación de emergencia (*supra* N° 46). Por eso, el estándar de cuidado se aprecia en concreto respecto de cada profesión y para las distintas circunstancias en que ellas se ejercen.¹⁵

466. Deberes de información y consejo. Es también un aspecto común a los diversos tipos de responsabilidad profesional el rol activo que se exige al especialista en orden a informar al lego acerca de aspectos esenciales del riesgo a que éste queda sometido. En verdad, una de las características más acentuadas del derecho moderno de los contratos se refiere a los deberes que tiene el especialista de informar al inexperto acerca de lo que éste no está en condición natural de conocer y que resulta determinante para su consentimiento (*infra* N° 815). El mismo criterio rige cuando la actuación del médico o de otro profesional es juzgada a la luz de la responsabilidad extracontractual. El principio rector de los deberes de información y de consejo es que *toda persona que se relaciona con un experto tiene derecho a decidir informadamente acerca de los riesgos que asume*, especialmente cuando afectan bienes importantes, como ocurre en el caso de la responsabilidad médica (*infra* N° 483).

b. Notas generales sobre la responsabilidad médica¹⁶

467. Tendencia expansiva de la responsabilidad médica y procedimientos de mediación. a) La medicina es una de las actividades más expuestas al

¹⁴ Prosser/Keeton *et al.* 1984 185. Sobre la importancia de la condición de experto en la determinación del cuidado debido (*supra* N° 47 c).

¹⁵ Es interesante comprobar cómo las definiciones jurisprudenciales de los deberes de cuidado en los comentarios de jurisprudencia suelen contener diferenciaciones por profesiones y éstas, a su vez, distinciones relativas a las más diversas actividades concretas generadoras de riesgo (así, para el derecho francés, *Méga Code* § 1147 188; para el derecho alemán, Palandt/Thomas § 823 64, en materia extracontractual; y Palandt/Heinrichs § 823 59, en materia contractual).

¹⁶ El texto de esta sección toma reiteradamente en consideración un excelente manuscrito proporcionado al autor por Mauricio Tapia; sus ideas están publicadas en M. Tapia 2003 c.



riesgo de acciones indemnizatorias.¹⁷ La expansión de la responsabilidad médica puede ser atribuida a diversas razones concomitantes:¹⁸

- la aceptación generalizada de la reparación del daño moral por daños corporales, tanto en sede extracontractual como contractual (*supra* §§ 24 e y 24 i);
- el interés particular que nuestra época presta a la vida y a la salud,¹⁹ y, en particular, una menor tolerancia a los riesgos de la vida;
- los avances de la medicina, que aumentan exponencialmente los riesgos de error y permiten distinguir con relativa precisión un diagnóstico o tratamiento incorrecto, sobre una base científica y de experiencia;²⁰
- la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente, que debilita la antigua relación de confianza con el 'médico de cabecera';²¹
- el abandono correlativo del respeto reverencial que el paciente debía al profesional, y al médico en particular, fundado en una especie de mágico conocimiento de la *lex artis*;
- la progresiva tipificación de derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales, como, por ejemplo, los derechos a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad del expediente, a adoptar decisiones informadas, y las garantías de prestaciones de salud;²² y
- el incentivo de los abogados a plantear acciones con baja probabilidad de éxito, pero respaldadas en convenios de *quota litis*, en atención a que la entidad de los perjuicios que se siguen de daños corporales crea expectativas de indemnizaciones significativas.²³

¹⁷ Cifras sobre los aumentos de las denuncias de negligencia médica, en R. Vásquez 1996 145, M. Tapia 2003 c 80. No hay estadísticas desagregadas de ingresos judiciales por demandas de responsabilidad civil de médicos y de hospitales.

¹⁸ Una reseña de las causas en M. Tapia 2003 c 76.

¹⁹ Carbonnier 2000 374.

²⁰ Rabin en Rabin 1983 63, explica que tradicionalmente la mayor dificultad en el *common law* para construir casos de responsabilidad médica residía precisamente en las dificultades para acreditar la negligencia; en parte, en razón de privilegios profesionales, pero también por las dificultades del sistema probatorio.

²¹ Zelaya 1997 12; M. Foucault deploraba el hecho de que "somos únicamente clientes de la medicina" (citado por M. Tapia 2003 c 77). El paciente deviene progresivamente en un consumidor de servicios médicos. Por esto, usualmente es el hospital o la clínica quien determina las condiciones de contratación de esta relación contractual, no quedando al paciente otra opción que aceptar o rechazar los cuidados médicos que se le proponen y que serán prestados por profesionales que en muchas ocasiones desconoce; sobre esta relación contractual por adhesión en contratos con laboratorios médicos, Jana/Tapia 2004.

²² La Ley de garantías de salud está estructurada en torno a la idea de que el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional están obligadas a prestar ciertas garantías explícitas en salud, referidas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad en que deben ser otorgadas las respectivas prestaciones (artículo 2); los órganos de la Administración del Estado son responsables por los daños causados por falta de servicio (artículo 38) y las Instituciones de Salud Previsional por el incumplimiento negligente de su obligación de asegurar las garantías explícitas de salud (artículo 42).

²³ Cooter/Ullen 1997 463.

b) A efectos de facilitar la obtención expedita de reparaciones y de evitar una expansión descontrolada de la litigiosidad, la Ley de garantías de salud ha establecido un mecanismo de mediación en materia de responsabilidad médica (*infra* N° 494).

468. La responsabilidad por culpa como estatuto que propende al equilibrio. a) En términos económicos, el riesgo de una expansión excesiva de la litigiosidad en materia médica puede desincentivar algunas especialidades, disminuyendo por debajo del nivel óptimo social el ejercicio de ciertas actividades (como ha ocurrido en algunos países con los anestesiólogos, neurólogos y obstetras). Asimismo puede generar un aumento del costo de los servicios, en la medida que los médicos se vean forzados a adoptar medidas de precaución excesivas (como, por ejemplo, la prescripción de exámenes que serían prescindibles bajo una consideración prudencial de costos), y de los seguros de responsabilidad, el valor de cuyas primas también es transferido al precio de los servicios.

Por eso, la responsabilidad por culpa parece proponer un justo equilibrio, en la medida que los riesgos del tratamiento frustrado y del error inevitable, aun empleando el cuidado debido, recaen en el paciente portador del riesgo de salud; éste, a su vez, queda protegido en sus bienes más esenciales frente al descuido o la ineptitud.

b) La responsabilidad por culpa es también suficientemente flexible para hacerse cargo de la escasez de recursos que puede enfrentar un sistema de salud, de manera que la conducta no sea juzgada de conformidad con óptimos absolutos de la ciencia médica comparada, cuyos costos alcanzan niveles inalcanzables para la medicina general. La culpa atiende a las conductas que resultan exigibles en concreto, atendidas las circunstancias (*supra* N° 46).²⁴

En definitiva, los costos influyen decisivamente en la definición del nivel de servicio exigible, porque el presupuesto disponible tiende a ser una variable independiente de la cual depende el nivel de cuidado exigible. Así, los jueces pueden exigir de la medicina privada que se recurra a los tratamientos más costosos, disponibles en algún centro clínico especializado. Ni corresponde, en materia de salud pública, que los jueces definan cuánto se debe gastar en salud y la forma como se deben distribuir los recursos. Por eso, también desde el punto de vista de las políticas públicas, no es inocuo el criterio para atribuir responsabilidad. En definitiva, un sistema de responsabilidad por culpa, en el ámbito privado, y su análogo de la falta de servicio, en la salud pública, son los únicos que pueden hacerse cargo de que el costo de la prevención sea un factor determinante del cuidado debido (*supra* N° 62).

²⁴ En CS, 2.7.1998, RDJ, t. XGV, sec. 4°, 95, también publicado en F. del M. 476, 1141, se reconoció que la carencia de medios y de personal calificado puede ser un factor relevante al momento de juzgar la responsabilidad, aceptando implícitamente que esa carencia puede justificar que alumnos de medicina cumplan las funciones de anestesta.



c. Calificación de la responsabilidad médica (contractual y extracontractual)

469. Predominio del contrato. a) En virtud del principio de autonomía privada las personas tienen libertad para dar forma contractual a sus relaciones recíprocas. Aunque el contrato médico se reduce con frecuencia a una simple aceptación a ser sometido a un tratamiento, este papel elemental de la voluntad del paciente y del médico es suficiente, porque recae sobre los elementos esenciales del contrato, como son los servicios que se prestarán y la remuneración.²⁵ Por otra parte, como se ha visto, los contratos profesionales son consensuales, de modo que basta que el consentimiento sea expresado por actos inequívocos que muestran una voluntad tácita, como ocurre con la conducta típica del paciente de visitar al médico o acudir al hospital, y la de ellos de asumir el tratamiento (*supra* N° 462). No es siquiera necesario que se haya acordado un honorario profesional, porque en tal caso el contrato se entiende convenido bajo la remuneración usual (artículos 2117 y 2118). No debe extrañar, entonces, que la responsabilidad médica generalmente pueda ser calificada de contractual.²⁶

b) La responsabilidad médica también puede carecer de fundamento contractual. No existe contrato, por ejemplo, si faltó el consentimiento siquiera tácito del paciente (como cuando ingresó a la clínica en estado de inconsciencia). Tampoco lo hay en la relación del médico con las víctimas de daño reflejo que se sigue de la muerte o lesiones graves de la víctima principal. Sin embargo, también en estos casos la responsabilidad puede ser construida indirectamente bajo un estatuto contractual, asumiéndose que se ha configurado una *estipulación por otro*,²⁷ en que los beneficiarios son el propio paciente, que ha llegado en estado de inconsciencia o que es derivado al médico u hospital a través del sistema de salud respectivo;²⁸ lo mismo

²⁵ G. Ripert sostenía que quien sin discutir otorga su adhesión está decidido a contratar; podría agregarse que quien contrata participa de una práctica que está recogida por el derecho dispositivo y los usos normativos (artículo 1546).

²⁶ Una reseña de las razones de esta calificación en L. de la Maza 1989 2.

²⁷ Alessandri 1943 77.

²⁸ Corte de San Miguel, 15.4.1992, GJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2°, 39. En el mismo sentido, se ha fallado que si el demandante se ha internado en un hospital de la mutual a la que pertenecía, y producto de una infección intrahospitalaria allí contraída se le ha debido amputar una pierna, la responsabilidad de la mutual resulta ser contractual, ya que la demandada ha reconocido "la existencia de un contrato entre ella y la empleadora del actor, que originó la atención hospitalaria de éste y, si así fuera, en tal caso se configuraría a favor del paciente una estipulación a favor de otro" en que "el estipulante sería la empleadora del demandante, el promitente la mutual demandada, y el beneficiario el actor" (Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93); asimismo, se ha entendido que la responsabilidad que afecta a la sociedad propietaria de un banco de sangre respecto del paciente, por la provisión de sangre incompatible, es también de naturaleza contractual "ya que se ha configurado una verdadera estipulación a favor de un tercero, en cuya virtud la referida sociedad (promitente) se encontraba obligada para con la Clínica Portales (estipulante) a proveer a la señora Avendaño Godoy (beneficiaria) de una determinada cantidad y calidad de sangre, para ser usada en la intervención médica de que ella sería objeto" (Corte de Santiago, 28.4.2000, GJ 238, 79).

vale para los afectados de modo reflejo por el daño sufrido por la víctima directa.²⁹

c) Definitivamente extracontractual es el estatuto aplicable a los servicios sociales de medicina preventiva o curativa. Usualmente el estatuto aplicable es el de responsabilidad por falta de servicio (Ley de garantías de salud, artículo 38 I). De especial interés a este respecto es la definición *ex ante* de las prestaciones de salud garantizadas de conformidad a esa ley y que el Estado se obliga a satisfacer, y el establecimiento de un procedimiento obligatorio de mediación a ese respecto (*infra* § 50 g).

470. Relativa irrelevancia de la calificación. La calificación de la responsabilidad médica como contractual o extracontractual ha sido una de las cuestiones más intensamente tratadas por la doctrina en la materia.³⁰ Con todo, como se ha visto al comenzar este apartado, la calificación es relativamente irrelevante desde el punto de vista de las condiciones de la responsabilidad, pues los deberes de cuidado y las reglas probatorias son análogos si la responsabilidad se plantea en sede contractual o extracontractual (*supra* § 50 b).³¹ Por otra parte, incluso en materia de solidaridad, la tendencia comparada ha sido entender que los responsables, lo sean en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hacen una contribución indivisible a la realización del daño dando lugar a una obligación reparatoria *in solidum*.³² Además, el orden público de protección de los consumidores de servicios

²⁹ Sobre esta estipulación en favor de otro, utilizada sobre todo para beneficiar a terceros de una obligación de seguridad (que de acuerdo con la jurisprudencia francesa se entienden inserta en algunos contratos, como los de transporte y médico), Chabas 2000 b N° 70.

³⁰ En el derecho chileno pueden consultarse Acosta 1990, Carreño s/f, Court 1998, L. de la Maza 1988 y 1989, Paillas 1997, R. Palma 1989, M. Tapia 2003 c, Tomascello 1994, R. Vázquez 1996, Vidal 2002 y Zelaya 1997.

³¹ Precisamente sobre la indiferencia de la calificación a efectos de determinar los deberes de cuidado, Deutsch 2002 b 588; sobre la aproximación de ambos estatutos en materia de responsabilidad médica, Viney 1995 445, Pizarro 2003 a 203; por lo mismo, carece de sentido material la pregunta retórica de Malaurie/Aynès 1995 317, "¿cuál es la consciencia y la libertad del 'sí doctor' otorgado por un inexperto, un desposeído o un enfermo crónico?", porque, en definitiva, la calificación es indiferente en la medida que usualmente los deberes del médico están definidos por el derecho (y no por la convención), sea que se dé por establecida una relación contractual o una extracontractual. En Chile se ha fallado que "la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (arts. 1547 y siguientes del Código Civil) y extracontractual (arts. 2314 y siguientes del mismo Código)" y que "la línea divisora entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano, y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38).

³² En el derecho francés tal conclusión parece asentada en la jurisprudencia desde la década de 1950 (Viney 1997 309). Para el derecho chileno, Zelaya 1997 40. Sobre las obligaciones *in solidum* en casos de concurrencia de varias negligencias, *supra* N° 278.



médicos y hospitalarios permite el control de las condiciones generales de contratación que establezcan limitaciones o exenciones de responsabilidad que alteran unilateral e injustificadamente los deberes de cuidado de aquéllos para con el paciente;³³ el efecto que de ello se sigue es la incorporación a los contratos médicos celebrados bajo condiciones generales de contratación de los deberes esenciales de cuidado que rigen también en sede extracontractual. Por último, de conformidad con una jurisprudencia que puede darse por establecida, la reparación por incumplimientos contractuales alcanza al daño moral cuando el riesgo cubierto por el contrato se extiende inequívocamente a bienes extrapatrimoniales, como ocurre con los perjuicios provenientes del incumplimiento de un contrato médico (*supra* § 24 i).³⁴

471. Tendencias en la práctica judicial chilena. En circunstancias que, por lo general, no existen diferencias en la construcción del ilícito médico con fundamento contractual y extracontractual, todo indica que debe reconocerse a la víctima la opción de hacer valer su pretensión indemnizatoria basándose en uno y en otro estatuto de responsabilidad (*infra* N° 843). Por lo mismo, una mayor tolerancia jurisprudencial frente a la opción o cúmulo de responsabilidades puede terminar de transformar en meramente académica esta discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad ci-

³³ La Ley de consumidores, aplicable a los contratos de prestación de servicios, considera abusivas las cláusulas contenidas en contratos de adhesión que establezcan limitaciones absolutas de responsabilidad del proveedor (artículo 16 letra e) y, en general, las contrarias a la buena fe contractual, entendiéndose por tales las que de acuerdo con parámetros objetivos causen perjuicio al consumidor, en la forma de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato (artículo 16 letra g); luego de la reforma introducida por la ley N° 19.955 (DO 14.7.2004), la protección se extiende a los actos celebrados o ejecutados con ocasión de los servicios de salud, sin perjuicio de que las prestaciones y el estándar de calidad puedan ser regulados (de buena fe) en las condiciones generales o según dispongan las leyes especiales de servicios públicos de salud (especialmente la Ley de garantías de salud). Sobre estas cláusulas abusivas (antes de la reforma legal), Tapia/Valdivia 2002 101. Es ejemplar del cambio ocurrido en la cultura jurídica contractual la eliminación por el Hospital San Juan de Dios de algunas disposiciones de un reglamento interno del año 1990 que obligaba a los pacientes, antes de la operación, a firmar un documento (jurídicamente ineficaz, por lo demás, de acuerdo con las reglas que protegen el consentimiento y la buena fe contractual), en el que asumían la entera responsabilidad si la operación no resultaba exitosa (La Tercera, Santiago de Chile, 17.9.2003).

³⁴ La jurisprudencia ha concedido indemnización por el daño moral que se sigue del incumplimiento contractual en materia médica: así, en un caso en que se efectuó una transfusión de sangre incompatible (Corte de Santiago, 28.4.2000, GJ 238, 79); en un caso de diagnóstico errado de sida por un laboratorio (CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 234, también publicada en GJ 257, 39); y en otro en que fue amputada una pierna del paciente producto de una infección contraída en el hospital (Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, confirmada por CS [cas. fondo], 12.6.2003, rol N° 2.174-2002).

vil médica.³⁵ A pesar de que existe un acuerdo más bien amplio de que la responsabilidad médica es predominantemente contractual,³⁶ los casos son resueltos con frecuencia en sede extracontractual.³⁷ Ello se debe a algunas ventajas de este estatuto: se evita la discusión, hasta hace poco latente en el derecho chileno, acerca de la procedencia de reparación del daño moral en materia contractual; favorece la acción por daño reflejo, sin necesidad de recurrir a la figura, frecuentemente artificiosa, de la estipulación por otro; y permite plantear la responsabilidad civil en sede penal, donde tradicionalmente se interpone accesoriamente la acción civil de indemnización de perjuicios.³⁸

³⁵ Zelaya 1997 23 sostiene la procedencia del cúmulo de responsabilidades médicas en el derecho chileno, concluyendo que ello ha llevado a que la responsabilidad médica sea eminentemente extracontractual; dos fallos de la Corte de Concepción se refieren a la posibilidad de opción en materia médica, citando a P. Zelaya: Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93. La misma opción fue previamente reconocida por Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54. Sobre la reuencencia a la opción en el derecho francés y los caminos jurisprudenciales para acercar los deberes contractuales de cuidado a los deberes generales de la responsabilidad extracontractual, Mazeaud/Chabas 1998 404; en el derecho español Asúa en Reglero 2002 a 972 critica la liberalidad doctrinaria de la jurisprudencia de ese país al admitir una doble calificación, pero acepta que la solución tiene explicaciones prácticas, especialmente por las dificultades para deslindar los planos contractual y extracontractual respecto de cada uno de los sujetos de responsabilidad. En este libro la materia es discutida en *infra* § 68.

³⁶ La doctrina chilena reconoce casi unánimemente este carácter (Acosta 1990, Alessandri 1943, Carreño s/f, Court 1998, L. de la Maza 1988 y 1989, Paillas 1997, R. Palma 1939, M. Tapia 2003 c, Tomasello 1994, R. Vázquez 1996, Vidal 2002 y Zelaya 1997); sobre la materia puede consultarse un fallo de la Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, que cita en apoyo de la naturaleza contractual de esta responsabilidad los estudios de Alessandri y Court; sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad de hospitales y clínicas, Pizarro 2003 a 196.

³⁷ Acosta 1990 3, Court 1998 282, M. Tapia 2003 c 85. Esta práctica tiene un grado de artificialidad: en una conocida decisión del año 1995 contra los médicos que operaron por error la cadera izquierda y no la derecha del paciente, se concluyó, retóricamente y para extraer los hechos del ámbito contractual, que la víctima sólo había prestado consentimiento para la operación de la cadera con problemas y no de la erróneamente operada (Corte de Santiago, 28.3.1995, rol N° 43.556-1993, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 20.6.1996, F. del M. 451, 1228); sobre esta sentencia, Court 1998 281.

³⁸ Por eso, se ha sostenido que la responsabilidad civil aparece en el derecho chileno actual como un apéndice de la jurisprudencia penal (R. Domínguez Á. 1989 N° 107). Para casos de responsabilidad civil extracontractual médica resueltos en sede penal: CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 206; CS, 16.5.1985, F. del M. 318, 245; Corte de Santiago, 5.6.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4°, 166; CS, 20.5.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 4°, 53; CS, 25.10.1991, RDJ, t. LXXXVII, sec. 4°, 14; Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 90; Corte de Santiago, 23.10.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 159; CS, 2.6.1993, RDJ, t. XC, sec. 4°, 70; Corte de Santiago, 28.3.1995, rol N° 43.556-93, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 20.6.1996, F. del M. 451, 1228; CS, 15.12.1997, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 192; CS, 16.3.1998, GJ 213, 112; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 95, publicada también en GJ 217, 113 y F. del M. 476, 1141; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; Corte de Copiapó, 25.3.2002, GJ 265, 127; Corte de Santiago,



Sin embargo, las restricciones que plantea el nuevo derecho procesal penal para el ejercicio de la acción civil por personas distintas de la víctima (víctimas de daño reflejo) y contra personas diferentes al imputado (responsabilidad por el hecho ajeno) debieran conducir a un desplazamiento hacia la justicia civil (*infra* § 62).³⁹ Este regreso a la jurisdicción civil puede provocar que los problemas de calificación pasen a ser más relevantes, como se ha mostrado en otras materias. Aun así, la cuestión es de secundaria importancia si la jurisprudencia aceptare la opción de acciones en este ámbito de responsabilidad; o, si así no lo hiciera, admitiere, al menos, que la calificación de la responsabilidad efectuada por el demandante puede ser alterada por el juez en su sentencia (*infra* N° 848).

d. Deberes de cuidado de los médicos y auxiliares (culpa civil)⁴⁰

1. Fundamento de la responsabilidad en la culpa

472. La responsabilidad médica es por negligencia. La culpa médica es simplemente un caso de aplicación de la culpa civil, de modo que se le aplican las reglas generales sobre deberes de cuidado, prueba y responsabilidad por el hecho ajeno (*Capítulo III*). Por lo mismo, los médicos responden por su negligencia definida de acuerdo a las reglas generales y no solamente por culpa grave, como se sostuvo en el pasado.⁴¹ A su vez, se ha mostrado en las secciones anteriores que la negligencia, como criterio de atribución de responsabilidad, no presenta diferencias, cualquiera sea la forma jurídica bajo la cual sea calificada la relación de quien presta el servicio de salud con el paciente (contrato, responsabilidad extracontractual, falta de servicio).

10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83; CS, 2.6.2004, GJ 288, 177; y CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003. Es probable que en esta práctica haya influido la opinión tradicional de la doctrina que estimaba que en el juicio penal sólo podía acumularse la acción de responsabilidad civil extracontractual (Court 1998 283). Por otra parte, no deberían despreciarse las diferencias que plantean los requisitos más estrictos para dar por establecida la existencia de un cuasidelito penal (en comparación con la negligencia civil), lo que debería alejar la disputa de la sede más exigente, como resulta ser la penal (por mucho que la absolución en materia penal no signifique pronunciamiento sobre la eventual negligencia civil).

³⁹ Código Procesal Penal, artículo 59 III; sobre estas restricciones, Horvitz/López 2002/04 II 610, de la Fuente 2002 111, Pfeffer 2001 495.

⁴⁰ Aun en conciencia de que los deberes médicos pueden asumir una dimensión contractual o extracontractual, se adopta en el análisis predominantemente el lenguaje contractual, que es el más usual en la terminología comparada. Como se ha visto (*supra* § 50 a), de ello no se siguen diferencias respecto de los deberes generales de cuidado que dan lugar a responsabilidad extracontractual. Una revisión de la doctrina chilena en materia de responsabilidad médica en M. Tapia 2003 c 82.

⁴¹ Sobre estas discusiones, Mazeaud/Chabas 1998 484.

473. Deberes de prudencia y diligencia que dan lugar a responsabilidad.
a) El deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia. Por eso, a efectos de determinar si se ha empleado el cuidado debido, es necesario comparar la conducta efectiva con la de un profesional competente y diligente.

De acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil profesional (*supra* N° 465), el juicio de reproche a la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico competente en la respectiva especialidad,⁴² pero también en concreto, considerando las circunstancias externas en que intervino.⁴³ Por lo mismo, los deberes de cuidado tienden a ser más ajustados en el caso de especialistas (a quienes resulta exigible un conocimiento que responda a ese estándar más exigente) y en la medicina privada (donde el precio de los servicios es a menudo un índice de la contraprestación que se tiene derecho a esperar).⁴⁴ En contraste, la diligencia se juzga de manera fundamentalmente objetiva, sin atender a las capacidades del médico tratante, sino de acuerdo con el estándar típico de un especialista o de un médico general que se encuentre en igual situación que el demandado.⁴⁵

b) La naturaleza predominantemente contractual de la relación se muestra en que los deberes del médico suelen ser calificados como obligaciones de medios, esto es, de acuerdo con conceptos que pertenecen típicamente a la responsabilidad contractual, aunque la acción sea planteada en sede extracontractual.⁴⁶ En verdad, los jueces parecen aceptar que es inocua la imprecisión técnica de usar conceptos provenientes de la doctrina del contrato en sede extracontractual, porque las obligaciones de medios dan lugar a deberes de prudencia y diligencia que en nada se diferencian de la culpa extracontractual. Al momento del diagnóstico, de la información y consejo al paciente, y del tratamiento u operación, lo

⁴² Jones 2002 208.

⁴³ Así, por ejemplo, se ha resuelto que existiendo un solo cardiovector en el hospital público de Puerto Natales, no era necesario que estuviera en la sala donde se intervenía a un paciente que presentaba condiciones normales antes de la operación (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141). Atendida la tendencia a la universalización de la formación profesional y del conocimiento, se puede asumir que los estándares de cuidado tenderán progresivamente a ser más homogéneos (Epstein 1999 142); más cautela exige la universalización de los requisitos de equipamiento médico y hospitalario, como inequívocamente asume el fallo.

⁴⁴ Jones 2002 210.

⁴⁵ Deutsch 2002 b 589.

⁴⁶ La jurisprudencia ha declarado en sede extracontractual la existencia de una obligación de medios por culpa probada del médico, al concluir que no se puede dar por establecida la negligencia si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debió a una deficiencia de la atención médica recibida (CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 157); o si no se prueba que la anestesia haya sido mal administrada (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141).



determinante es si el médico conocía lo que debía conocer e hizo lo que debía hacer, atendiendo a un estándar general de diligencia y destreza.

c) De especial importancia en el ámbito médico es la pregunta por los deberes positivos de actuación en protección de terceros. De acuerdo con las reglas generales (*supra* § 11), los deberes positivos de actuar en beneficio de terceros o para evitar un mal a otras personas suelen ser distintivamente morales y no jurídicos. Sin embargo, todo indica que frente a bienes relevantes en peligro, el deber general de rescate opera con especial intensidad respecto del médico, a menos que ello le resulte inexigible atendidas las circunstancias. Así, puede inferirse un deber de cuidado positivo respecto de las víctimas de un accidente en que el médico haya participado, aunque no haya incurrido en culpa. Desde luego que ese deber se impone indiscutiblemente si el médico tiene un deber jurídico de actuar, porque, en ese caso, la omisión constituye una culpa infraccional que no requiere de la apreciación de circunstancias excepcionales que hagan exigibles los cuidados.⁴⁷

474. Estándar de cuidado: contravención a la *lex artis* y culpa infraccional.

a) Al médico se le exige la destreza, la dedicación y el cuidado que definen a un buen profesional según reglas de prácticas correctas (*supra* N° 56).⁴⁸ La obligación de medios del médico le exige prestar sus servicios conforme a la *lex artis*.⁴⁹ Por eso, las buenas prácticas tienen especial valor en materia médica, de modo que el demandante puede dar por establecida la culpa profesional probando que ellas no han sido observadas.⁵⁰

En principio, "un médico no es culpable de negligencia si ha actuado de acuerdo con una práctica aceptada como correcta por un cuerpo responsable compuesto de médicos calificados";⁵¹ este concepto ha sido asumido explícita o implícitamente en los fallos sobre responsabilidad

⁴⁷ Es el caso de un médico de turno que se niega a atender a un paciente que muere a consecuencia de la omisión (CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71).

⁴⁸ Palandt/Thomas § 823 66, Prosser/Keeton *et al.* 1984 187; con referencia a jurisprudencia chilena M. Tapia 2003 c 90.

⁴⁹ CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 157, que afirma que la responsabilidad médica exige la infracción de la *lex artis* y que debe ser acreditada en el juicio. Sobre la culpa médica se ha fallado que "este tipo de negligencia culpable se halla ejemplificado por la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que él profesa, para el caso de que se trata, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba, pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar" (CS, 15.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4°, 192). En el mismo sentido, se ha resuelto que "los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica" (CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003).

⁵⁰ Epstein 1999 140.

⁵¹ Argumento del juez McNair en el caso líder inglés sobre la materia (*Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, 1957, 1 WLR 582).

médica.⁵² La referencia a la *lex artis* resulta ser con frecuencia el único camino eficaz para la prueba de la negligencia; especialmente si se toma en consideración las dificultades probatorias que suelen tener las víctimas, atendida la protección corporativa que dificulta obtener testimonios de otros médicos acerca de aspectos técnicos más sutiles de la negligencia incurrida. Por otro lado, la *lex artis* puede ser probada con referencia a la literatura médica que puede ser tenida por estándar de desempeño profesional.⁵³

Las prácticas que el médico debe observar no sólo se refieren a la calidad del diagnóstico y a la destreza en la operación o tratamiento, sino también a la oportunidad y a los deberes presenciales cuando se trata de riesgos típicos (que hacen exigible la disponibilidad del anestesista durante la operación y hasta que el paciente recupere la conciencia, por ejemplo).⁵⁴

b) Sin embargo, nada obsta a que los jueces puedan calificar como insuficientes las prácticas profesionales convencionales (*supra* N° 57). Aunque en la mayoría de los casos la observancia de una práctica profesional establecida es prueba suficiente de la diligencia, si se demuestra que esa convención no soporta un análisis mínimo de razonabilidad, porque no constituye un resguardo suficiente de los intereses de la víctima, el juez puede estimar que la misma no puede ser tenida por estándar de conducta debida⁵⁵ (*supra* N° 56). Sin embargo, por mucho que las prácticas aceptadas no cubran todos los casos de negligencia, ellas son determinantes para establecer un piso normativo de base sólida y son de extrema utilidad probatoria para poner al descubierto la notoria incompetencia o descuido.⁵⁶

Asimismo, el recurso a la *lex artis* supone excluir como estándar de cuidado innovaciones recientes, aún no asentadas como prácticas usuales, porque los tribunales definitivamente no son el lugar para discutir acerca de avances científicos y de problemas conexos a la innovación.⁵⁷

⁵² Así, se ha fallado que no es posible adjudicar responsabilidad médica por la muerte de una recién nacida si se ha dado por establecido que la aplicación del 'fórceps' era la maniobra adecuada para la extracción de la niña del vientre materno, que ésta fue efectuada en forma correcta y que el fórceps fue debidamente aplicado (Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 90); en el mismo sentido, se excluyó la responsabilidad de un grupo médico que utilizó un instrumento eléctrico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se completaba una cirugía vaginal, que se activó provocando una peritonitis bacteriana que condujo a la muerte de la paciente, en atención a que en la época en que ocurrieron los hechos esa maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente usada en ese tipo de intervenciones (Corte de Copiapó, 25.9.2002, CJ 265, 127).

⁵³ Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83, en que se hace referencia a guías médicas y manuales de tratamiento para dar por acreditada la negligencia.

⁵⁴ Palandt/Thomas § 823 66 b.

⁵⁵ En Inglaterra se tuvo por largo tiempo la práctica establecida como un criterio definitivo de diligencia; sin embargo, los jueces pueden revisar su razonabilidad a partir de *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* (1997), 4 All. ER 771 (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 318 y Jones 2002 205, con la advertencia de que es raro que los jueces desatiendan prácticas profesionales establecidas).

⁵⁶ Epstein 1999 140.

⁵⁷ Ídem 143.



Si no se prueba que existe una práctica obvia y establecida, y ninguna de las diversas alternativas de tratamiento resulta irracional, el médico tiene un ámbito de juicio prudencial, de modo que la negligencia no se sigue del solo hecho de que no haya seguido un tratamiento alternativo, aunque se pruebe que éste habría conducido a sanar al enfermo.⁵⁸ El mero error de juicio, en circunstancias que el cuadro clínico no mostraba a un médico experimentado y diligente un camino terapéutico inequívoco, no da lugar a responsabilidad.⁵⁹ Por el contrario, si el error supone una contravención del estándar de correcto ejercicio profesional, el juicio clínico debe ser calificado de acuerdo a los estándares exigibles.⁶⁰

c) Finalmente, la culpa médica también puede ser *infracional* (*supra* N° 53), si han sido infringidas reglas de cuidado establecidas por la autoridad.⁶¹ En esta categoría no sólo deben entenderse comprendidas las regulaciones generales que rigen la actividad, sino también los ordenamientos internos de clínicas y hospitales. A falta de justificación, la infracción a deberes preestablecidos es suficiente para dar por establecida la responsabilidad, a condición de que el daño sufrido por el paciente pueda ser atribuido a esa infracción (*supra* § 29).

475. Culpa y error. a) El error excusable no debe ser confundido con la negligencia (*supra* N° 49). La cuestión es especialmente delicada en casos de responsabilidad médica.⁶² El comportamiento culpable supone que el riesgo pueda ser evitado con el debido cuidado; por eso, no da lugar a responsabilidad el error que se produce a pesar de haberse desplegado el cuidado y la destreza exigible a un buen profesional.⁶³ El acto culpable es el que no hubiese sido realizado por una persona diligente y razonable; sin embargo, ésta no puede evitar tropiezos estadísticamente ineludibles.⁶⁴ Por

⁵⁸ Epstein 1999 142.

⁵⁹ Jones 2002 206, con referencia a la opinión de Lord Denning comentando *Hucks v. Cole* (1993), 4 Med. LR 393.

⁶⁰ Prosser/Keeton *et al.* 1984 186, Jones 2002 208, con referencias jurisprudenciales.

⁶¹ Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83, en que el ilícito se tuvo por constituido por infracción al Reglamento de hospitales y clínicas privadas, contenido en el DS 161/1982, del Ministerio de Salud.

⁶² En el derecho francés, la tendencia de la jurisprudencia fue hacer responsable a los médicos por sus errores (Viney/Jourdain 2001 374), pero una jurisprudencia posterior ha desplazado el llamado *riesgo terapéutico* del ámbito de la responsabilidad de los médicos, alejando en sede civil el fantasma de la responsabilidad por hechos que pudieren ser técnicamente calificables de fuerza mayor (cass. civ., 8.11.2000); a ello se agrega una ley de 2002, que atribuyó al seguro social la indemnización por accidentes médicos que producen consecuencias graves para el paciente, como muerte o incapacidad (M. Tapia 2003 a 26).

⁶³ Deutsch 2002 b 591; Tunc 1989 114; Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N° 41 y 1199.

⁶⁴ Un análisis de la deformación de la culpa en el derecho chileno, por su confusión con el error de conducta, en R. Domínguez Á. 1989 N° 107. Corral 2003 278 alude a esta confusión entre la culpa y estos errores médicos imprevisibles; sin embargo, la imprevisibilidad no parece ser el criterio determinante, pues se trata de errores que son normal y estadísticamente previsibles por todo buen profesional; lo determinante en sede de culpa es que al médico no resulte posible evitarlos, usando el grado de diligencia exigido por la ley.

esto, no se justifica calificar *per se* de negligente a un médico por la lesión accidental de un nervio o el corte de una arteria durante una intervención, si se asume que en un porcentaje de las operaciones difíciles ese daño se produce inevitablemente, aunque se emplee la diligencia debida.⁶⁵ Por lo demás, la calificación del riesgo como inevitable se relaciona con el estándar de cuidado debido, porque puede ocurrir que la eliminación de todo riesgo sea técnicamente posible, pero que satisfacer esa meta imponga una carga inexigible para el médico o la clínica. El daño que se debe al error no imputable pertenece, en definitiva, a los riesgos generales de la vida que son soportados por la víctima.⁶⁶ En este punto reside, en definitiva, la diferencia más esencial entre la responsabilidad estricta y la por culpa.

b) El interés de garantizar reparación a las víctimas puede llevar a confundir el comportamiento negligente con el simple error de conducta, esto es, a "asimilar una anomalía accidental de comportamiento ligada a la falibilidad humana a una anomalía culpable".⁶⁷ Sin embargo, la responsabilidad civil es desnaturalizada si se la confunde con los instrumentos de socialización del daño, como son los seguros privados obligatorios y la seguridad social (*supra* § 2, en especial N° 5). En definitiva, el médico u hospital no es un asegurador, de modo que la responsabilidad civil médica no puede ser un instrumento para desplazar hacia el profesional o hacia el hospital el riesgo propio del paciente, por doloroso que ello resulte, ya que para esos fines existen otros instrumentos jurídicos y de política social. Lo anterior no se opone, como se verá enseguida, a que ciertos accidentes puedan dar lugar excepcionalmente a presunciones de culpa por el hecho propio, de acuerdo con los principios probatorios generales del derecho de la responsabilidad civil.

c) Una cuestión distinta a determinar quién asume en definitiva el riesgo del error, es la influencia que el error debidamente acreditado puede tener en la prueba de la culpa. Asumido que el médico contrae el deber de actuar con la destreza y diligencia que normalmente se puede esperar de un profesional de la salud, por lo general no es suficiente un error de diagnóstico o una decisión equivocada respecto del tratamiento para que se pueda dar por establecida su negligencia.⁶⁸ Por eso, por lo general debe probarse que el error no habría sido cometido por un médi-

⁶⁵ Chabas 2000 a 99; sobre el error excusable, Palandt/Thomas § 823 170, Jones 2002 208, Prosser/Keeton *et al.* 1984 186. En Chile se ha fallado que la circunstancia de que la encargada de un niño recién nacido prematuramente puncionara por error la arteria humeral en vez de la vena humeral, no puede considerarse culpable si se considera que "no es posible dar cifras exactas acerca de la posibilidad de puncionar erróneamente una arteria en un adulto, un recién nacido normal y un prematuro, y que si bien en todos esos casos ello puede ocurrir, es muchísimo más probable que suceda en el caso de un prematuro" (Corte de Santiago, 5.6.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4°, 166).

⁶⁶ Deutsch/Ahrens 2002 67.

⁶⁷ J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris: LCDJ, 1973, 204, citado por M. Tapia 2003 c 91.

⁶⁸ Prosser/Keeton *et al.* 1984 256.



co que tuviera la destreza y diligencia exigible. En otras palabras, la regla debiera señalar que no basta imputar un error para dar por establecida una presunción de culpa.⁶⁹

La regla tiende a ser diferente si el error es de tal modo evidente que justifique la aplicación de una presunción de culpa por el hecho ajeno, porque en esos casos la obviedad del error muestra que lo más razonable de acuerdo a la experiencia es atribuir ese resultado a una negligencia. Si un médico deja instrumental quirúrgico en el interior del paciente, o lee equivocadamente un examen de sangre a efectos de adoptar precauciones operatorias, o si interviene una parte equivocada del cuerpo del paciente, el efecto natural será que la negligencia se presuma, porque se trata de actividades que estaban bajo el deber de cuidado (control) del médico y porque la experiencia enseña que esos errores se deben a la negligencia de quien los ha cometido.⁷⁰ En ese caso, esa inferencia *prima facie* obliga a que quien incurrió en el error manifiesto pruebe que el error estaba fuera del control que le impone la diligencia (*supra* 94 b).⁷¹

⁶⁹ Así, en un caso en que con ocasión de una operación quirúrgica se realizó por error una transfusión de sangre incompatible, la que fue enviada por el banco de sangre y se entregó al anestesista que se encontraba en el pabellón, se falló que "de los antecedentes reunidos en autos es posible concluir que el anestesista realizó su labor en buena forma y que después de haberse realizado una primera transfusión al ordenarse una segunda en medio de la operación, hubo de estar a la lógica de que la segunda remesa de sangre, que venía a nombre de la paciente, debía corresponder a la adecuada. No es posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la que la labor del anestesista debe estar dirigida no sólo a suministrar la anestesia sino también a vigilar los índices vitales del paciente, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo. En esta situación concreta no ha podido ser previsible para el encausado que desde la unidad de sangre del hospital se haya enviado bajo los rótulos de la paciente, sangre no compatible" (CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003).

⁷⁰ Es el caso de la pabellonera que con ocasión de una operación quirúrgica incurrió en un error en la identificación de un frasco de sorbitol, vaciando en él una solución diversa con la cual se irriga la vejiga del paciente, circunstancia que permite inferir responsabilidad de la clínica demandada, ya que "la gravedad de los hechos ocurridos revelan de su parte falta del debido control en el cumplimiento de los deberes de sus dependientes, especialmente en lo relativo a la perfecta identificación y localización de todas las sustancias o medicamentos que se deben usar en una intervención quirúrgica" (Corte de Santiago, 28.1.1993, CJ 151, 54).

⁷¹ Prosser/Keeton *et al.* 1984 256; Palandt/Heinrichs § 280 42, con referencia a que no es frecuente la excusa exitosa de un error debidamente acreditado; en la práctica jurisprudencial inglesa la presunción sólo es asumida en casos obvios, como, por ejemplo, cuando un fórceps es dejado al interior del cuerpo, un cirujano corta el pie equivocado, o el paciente despierta durante una intervención quirúrgica habiendo recibido anestesia general; pero en casos difíciles, complejos y técnicos resulta definitivamente menos efectiva para el demandante (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 315, con referencias jurisprudenciales).

2. Prueba de la culpa

476. Prueba de la culpa: deberes de colaboración. a) Es una materia pacífica en la jurisprudencia que la infracción a los deberes de diligencia debe ser mostrada por el demandante, pues, de lo contrario, la conducta del médico no puede ser calificada de incumplimiento contractual (*supra* N° 463), ni se pueden dar por incumplidos los deberes extracontractuales de cuidado.⁷² Esta regla probatoria define la posición estratégica de las partes en el juicio y plantea a la víctima la dificultad de que la prueba de la negligencia usualmente se encuentra con una 'solidaridad corporativa subliminal, que intenta descubrir ámbitos de libre apreciación profesional'.⁷³

b) La posición del médico y del hospital es de evidente ventaja probatoria, porque controlan la información relevante respecto al estado inicial del paciente, a los exámenes que le fueron realizados, al diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes, a los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada y, en definitiva, a las causas precisas de la muerte o del daño corporal. Por eso, en resguardo del *principio de igualdad de los medios probatorios*, se han desarrollado correctivos que asignan a los especialistas la carga de proporcionar la información que permita determinar su propia diligencia. No se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de la imposición de *deberes de colaboración*, cuya inobservancia puede conducir a la construcción de una presunción judicial de negligencia, o bien a que al médico u hospital le sea rechazada la prueba de los hechos extintivos invocados. Ese es el caso, por ejemplo, si no existe una ficha médica completa, si no están disponibles los exámenes que sirvieron de base al diagnóstico y al tratamiento o si existen inexactitudes o falsedades en la información proporcionada. En otras palabras, el deber de información del médico y del hospital se extiende a los antecedentes que están bajo el control del demandado y que resultan necesarios para luego valorar la conducta observada.⁷⁴

⁷² Así, por ejemplo, se asumió en sede extracontractual la existencia de una obligación de medios por culpa probada del médico, al concluirse que no resulta establecida la negligencia si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debía a la deficiente atención médica recibida (CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 157); o si no se probó que la anestesia haya sido administrada en contravención a la *lex artis* (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 95, publicada también en CJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141).

⁷³ Así expresamente el tribunal supremo alemán, citado por Kötz 1991 38.

⁷⁴ El criterio ha sido desarrollado explícitamente por la jurisprudencia alemana, que, en general, estima suficiente que se proporcione la ficha médica completa y el informe de la operación, si fuere el caso (Palandt/Thomas § 823 169); puede consultarse también Cabanillas 1991 911. En el extremo, cuando las circunstancias así lo justifican, este deber de ilustración puede derivar en que la incertidumbre acerca de la causa de la muerte sea un riesgo del médico o del establecimiento hospitalario (Visintini 1996 I 284). En Corte de Iquique, 9.1.2002, CJ 274, 194, la culpa de la clínica demandada por el mal funcionamiento de un electrobisturri utilizado en una operación fue inferida del hecho de no haber enviado al tribunal los informes de mantenimiento y la fecha de adquisición de la máquina, pese a que le fue solicitado.



477. Responsabilidades concurrentes y por el hecho ajeno. a) La responsabilidad médica plantea delicados problemas de responsabilidades concurrentes, porque es usual que en la prestación de servicios de salud intervengan médicos, auxiliares y clínicas y hospitales. Una de las razones que con mayor intensidad justifica el cúmulo de responsabilidades en materia médica es precisamente la ventaja de evitar que el estatuto legal aplicable a unos y otros influya inequitativamente en la atribución de responsabilidades, en la medida que persisten las diferencias técnicas (más que sustantivas) entre la responsabilidad médica contractual y la extracontractual.

b) Como se podrá comprender, es incontable el número de variables que pueden tener influencia en la titularidad pasiva de la acción de responsabilidad: se puede tratar de responsabilidad contractual respecto de unos y extracontractual respecto de otros; las relaciones contractuales del paciente pueden ser con un médico en particular, que gestiona los otros servicios médicos u hospitalarios, o con un hospital o clínica, o con un conjunto de médicos; las relaciones entre las personas que interactúan pueden ser horizontales o de dependencia. Por eso, aquí sólo se hará referencia a las orientaciones más generales, sin ánimo alguno de exhaustividad.⁷⁵

c) Es usual que el paciente contrate con un médico, quien, a su vez, encarga a otros especialistas exámenes o actuaciones médicas específicas. Esa responsabilidad contractual por el hecho ajeno es independiente de toda culpa del médico, quien está personalmente obligado con el paciente, en virtud del antiguo principio de que en sede contractual se responde como propios por los hechos de los auxiliares en la ejecución de la prestación convenida.⁷⁶ se trata de una responsabilidad estricta por la culpa ajena, que tiene su antecedente en la obligación contractual.

En sede extracontractual, el médico que dirige el tratamiento u operación sólo responde del hecho de quienes son sus dependientes, según las reglas sobre presunciones de culpa por el hecho ajeno (*supra* § 17).⁷⁷ Si no es posible establecer esa dependencia, cada profesional del equipo médico sólo responde por el hecho propio, sin perjuicio de los deberes recíprocos de coordinación.⁷⁸ La eventual concurrencia de responsabilidades queda regida en esos casos por las reglas generales (*supra* N° 277).

La cuestión se presenta de modo diferente si la relación contractual o el deber de cuidado son atribuibles a una clínica u hospital, en cuyo caso

⁷⁵ Un análisis de las diversas hipótesis de responsabilidad médica y de clínicas u hospitales por el hecho de dos o más personas en Pizarro 2003 a.

⁷⁶ Aunque no existe en Chile una disposición general que establezca la responsabilidad contractual por el hecho de auxiliares, ella está asentada en la tradición comparada del derecho civil y puede ser inferida de la norma del artículo 1679; otras normas de la parte especial del derecho de contratos observan el mismo principio (artículos 1925, 1926, 1941, 2014 y 2015); en el mismo sentido, P. Rodríguez 1999 29.

⁷⁷ Así, el médico tratante es tenido presuntamente por culpable de la negligencia incurrida por la partera que lo auxilia; de igual modo, responde de las torpezas incurridas por el reemplazante que haya designado (Mega Code § 1147, 229, Palandt/Thomas § 823 70 a).

⁷⁸ Palandt/Thomas § 823 70.

la responsabilidad se rige por los principios aplicables a los empresarios (*supra* § 18, *infra* N° 489) o del respectivo órgano de la Administración del Estado (*supra* N° 349 y 352), según corresponda, sin perjuicio de las responsabilidades personales en que puedan incurrir los médicos por su negligencia, que en tales casos se rige por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual.

e. Obligaciones de resultado y culpa presumida en la responsabilidad médica

478. Carácter excepcional de la inversión del peso de la prueba. En circunstancias que el paciente (o las víctimas de daño reflejo) deben probar los hechos que muestran la negligencia para que pueda tener éxito su pretensión indemnizatoria, el riesgo probatorio de la culpa es soportado por el demandante de la responsabilidad. Este principio se relaciona con la idea de que "la perfección es un ideal social, pero no una exigencia jurídica; todo lo que se le puede pedir al médico es un esfuerzo honesto de conformidad con los estándares acostumbrados".⁷⁹

La inversión del peso de la prueba, con el efecto de que la negligencia se tenga *prima facie* por acreditada, es excepcional, porque supone el riesgo de desconocer la naturaleza meramente instrumental de los deberes médicos de cuidado. El camino conceptual para construir una presunción de culpa es diferente en los distintos tipos de responsabilidad: mientras en la responsabilidad extracontractual la inversión del peso de la prueba exige construir una presunción de culpa por el hecho propio, en materia contractual ese efecto se produce si la obligación del médico u hospital es calificada como una obligación de resultado. Sin embargo, los efectos son análogos en uno y otro caso.

479. Presunción de culpa médica en la responsabilidad extracontractual. Si la responsabilidad es planteada en sede extracontractual, la inversión de la carga probatoria exige que los hechos cumplan las condiciones que se infieren del artículo 2329, para asumir una presunción de culpa por el hecho propio (*supra* N° 94). Por lo expresado, esta presunción de culpa está sujeta a requisitos exigentes en materia de accidentes médicos.

Ante todo, puede asumirse que la culpa se infiere si los efectos de una intervención médica son en extremo *desproporcionados respecto del riesgo* que naturalmente se sigue de ella. En consecuencia, todo indica que de la magnitud del daño, atendida la presumible inocuidad de la intervención, en principio se puede inferir que aquél ocurrió a causa de alguna negligencia.⁸⁰ En segundo lugar, la presunción procede si quedan en evidencia errores médicos u hospitalarios obvios, de aquellos que no suelen ocurrir si se actúa diligentemente (*supra* N° 475). En uno y otro caso los hechos

⁷⁹ Epstein 1999 141.

⁸⁰ Asúa en Reglero 2002 a 986, con referencias jurisprudenciales españolas.



muestran *prima facie* que el daño puede ser atribuido a la negligencia médica. Fuera de estas hipótesis, el derecho comparado es reticente a dar por establecida una presunción de culpa.

480. Obligaciones contractuales de resultado. Para que la relación contractual del médico u hospital con el paciente dé lugar a una *obligación de resultado*, en cuya virtud el médico o la clínica se obligan a proporcionar el beneficio perseguido por el paciente (y no sólo a actuar indeterminadamente con diligencia y cuidado), se requiere un acuerdo expreso (lo que es inusual) o una interpretación de la voluntad común de las partes. La pregunta en este último caso se refiere a los tipos de situaciones en que puede asumirse que el acuerdo contractual no sólo tiene por objeto que el agente médico realice diligentemente una gestión o prestación profesional, sino que se obliga a que el paciente obtenga el beneficio perseguido.

En atención a la excepcionalidad de esta convención deben establecerse supuestos más bien estrictos para que ella pueda ser inferida a partir de una interpretación del contrato. Para ello es necesario recurrir a las *convenciones implícitas en el tráfico profesional* (artículo 1546). La pregunta pertinente se refiere, entonces, a las situaciones en que el paciente tiene derecho a esperar que la intervención médica no le acarree riesgos, de modo que el sentido de la convención es que el médico u hospital se obligan derechamente a proveer el resultado perseguido. Así ocurre, por ejemplo, si una grave consecuencia vital se sigue de una cirugía estética menor o si el donante sufre una infección con ocasión de una transfusión de sangre.⁸¹ En definitiva, de modo análogo a lo que en sede extracontractual ocurre con la presunción de culpa, la notoria desproporción entre el riesgo asumido y el efecto que el paciente soporta es el antecedente más claro para dar por establecida una obligación médica de resultado.

Un efecto práctico de la obligación de resultado es excluir la excusa del error, lo que es coherente con las limitaciones a la excusa de diligencia, de modo que, por lo general, al médico sólo le queda abierto probar un caso fortuito o fuerza mayor (*infra* N° 781).

481. Productos o instrumental defectuosos. a) Los servicios médicos suponen la *utilización de medicamentos y otros productos de salud* (por ejemplo, prótesis). Su empleo adecuado forma parte del cumplimiento de la obligación principal de medios del médico,⁸² pero su naturaleza defectuosa da típicamente lugar a la aplicación de las reglas generales sobre productos defectuosos: del defecto se puede inferir la culpa de quien lo ha fabricado

⁸¹ Méga Code § 1147 221, Penneau 1996 10, Asúa en Reglero 2002 a 989; sobre la *contaminación de la sangre*, *infra* N° 481.

⁸² Palandt/Thomas § 823 71, con indicación de que el médico debe comprobar el debido funcionamiento de instrumentos de importancia vital.

o proveído (*infra* § 53); y si la relación es de carácter contractual, usualmente se trata de una obligación de resultado.⁸³

b) Como en cualesquiera otros productos defectuosos, a efectos de definir la *responsabilidad del fabricante* conviene distinguir, también en esta materia, entre distintos tipos de defectos. Los *defectos de producción*, caracterizados porque el producto no responde al diseño previsto, están sujetos a presunciones de culpa muy fuertes (que en el derecho comparado dan lugar a una responsabilidad estricta calificada por el solo hecho del defecto); los *defectos de diseño* sólo pueden darse por acreditados cuando "los riesgos previsibles de daño impuestos por el producto pudieron haberse evitado o reducido si se hubiese adoptado un razonable diseño alternativo",⁸⁴ de modo que más bien están sujetos a las reglas generales de responsabilidad por culpa probada; y los *defectos de información* a los médicos y demás proveedores de servicios de salud acerca de los riesgos del producto sólo pueden dar lugar a presunciones de culpa en la medida que la omisión de instrucciones claras puede ser tenida *prima facie* por negligente (esto es, si de acuerdo con la experiencia, una información correcta y completa habría podido evitar el riesgo de daño). Por otra parte, si los materiales y productos se encuentran en un estado de experimentación, y el paciente conoce y acepta informadamente su utilización, el médico sólo será obligado al deber general de prudencia y diligencia en su instalación o administración.

Las reglas sobre productos defectuosos pueden ser extendidas a las transfusiones de sangre contaminada, bajo el supuesto de que se pruebe el vicio que la afecta.⁸⁵

c) La *responsabilidad de los hospitales y clínicas* por la mantención del instrumental, infraestructura (salas de operaciones) y material quirúrgico en condiciones de ser usado puede dar lugar a presunciones de culpa por el hecho propio, porque se dan todos los requisitos para su aplicación: se trata de riesgos que están bajo el control del establecimiento y, de acuerdo con la experiencia, de su inadecuada condición se puede inferir la negligencia (*supra* N° 94).

d) En principio, la responsabilidad por productos defectuosos o por material en mal estado no recae sobre el médico, salvo que se le pueda imputar personalmente negligencia, según las reglas generales. La misma regla es aplicable a hospitales y clínicas por los medicamentos e instrumentos proporcionados por proveedores y fabricantes correctamente seleccionados.⁸⁶

⁸³ Chabas 2000 b N° 57 y 76. En un ámbito cercano al médico, luego de los contagios por sangre contaminada con VIH, en Francia se hace responsable a los centros de transfusión sanguínea de una obligación de resultado en cuanto a la inocuidad de la sangre que suministran; aunque las clínicas, imposibilitadas de controlar la calidad de la sangre que reciben de terceros proveedores, siguen sujetas a una obligación de medios (cass. civ., 12.4.1995, *Droit et patrimoine*, enero 1996, 96, con nota de F. Chabas, referido en Chabas 2000 77).

⁸⁴ Restatement/Torts III 2 a).

⁸⁵ Méga Code § 1147 243.

⁸⁶ Asúa en Reglero 2002 a 983.



482. Errores en exámenes y análisis. a) La interpretación que debe efectuar el profesional del alcance y relevancia de los exámenes médicos es una actividad sometida a la regla general de las obligaciones de medios, que exige una conducta prudencial en el diagnóstico que se sigue de esos antecedentes.

b) Distinta suele ser la situación respecto de los laboratorios, establecimientos y expertos que realizan exámenes o análisis, de quienes el paciente puede legítimamente esperar un resultado exento de errores (como ocurre, por ejemplo, con la determinación del grupo sanguíneo). Así, la tendencia es a imponer a los laboratorios médicos una obligación contractual de resultado; o someterlos a una presunción de culpa extracontractual, que tiene por fundamento el simple hecho del error (*supra* N° 475 c).⁸⁷ Con todo, la presunción es *prima facie*, de modo que puede ser desvirtuada si se muestra que la complejidad del examen excluye que del mero error se pueda inferir la negligencia.

f. Deberes de información, consejo y consentimiento

483. Principio del consentimiento informado. a) Las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento ilustrado y libre del interesado, a menos que la autorización no pueda ser razonablemente obtenida y, además, la operación o tratamiento se imponga como una necesidad médica o en razón de un peligro inmediato.⁸⁸ En verdad, este deber de cuidado del profesional se descompone en tres aspectos diferentes: informar acerca de los riesgos y las alternativas de tratamiento, dar un consejo profesional serio, y obtener el consentimiento. El médico ya no puede actuar, como se entendió en el pasado, como un déspota benevolente respecto del paciente.⁸⁹

⁸⁷ CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 234, también publicada en GJ 257, 39, comentada en Jana/Tapia 2004, donde se condena a un laboratorio médico a indemnizar a un cliente que contrató sus servicios para efectuarse un test de sida y a quien se informó erróneamente que su sangre estaba contaminada con el VIH, en circunstancias que tres años más tarde se comprobó que nunca lo había portado. La sentencia de instancia había declarado que por tratarse del sida, el laboratorio debió extremar los cuidados en la identificación de la muestra, exigiendo incluso gestiones que iban más allá de los deberes legales vigentes a esa fecha, lo que es consistente con los criterios de determinación del estándar de cuidado cuando se trata de daños potencialmente graves (*supra* N° 59 y 88). En igual sentido, en sede extracontractual se ha resuelto que "un errado diagnóstico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, sin haber agotado los procedimientos necesarios para rectificar tal diagnóstico y que dio origen a los daños que sufrió la actora, hacen también responsable a la demandada" (Corte de Santiago, 28.12.1999, CJ 234, 63). En general, la obligación de tomar y etiquetar correctamente una muestra de sangre es también una obligación de resultado; sobre la responsabilidad por exámenes, Penneau 1996 10.

⁸⁸ Cass. civ., 11.10.1988 (Méga Code § 1147 2).

⁸⁹ Epstein 1999 143.

En definitiva, los deberes de información están orientados precisamente a satisfacer este *principio de autodeterminación* del paciente o de su familia, en su caso. Rigen por igual si la relación del paciente con el médico se plantea en el terreno contractual, donde se trata de un deber precontractual de información del experto con el lego (*infra* N° 815), o si la relación no está regida por contrato, en cuyo caso se trata de un deber general de cuidado con el paciente.⁹⁰ Siguiendo una directiva general aplicable a las relaciones entre expertos y legos, los deberes de información del médico se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto.⁹¹

b) La información que el médico debe entregar al paciente debe ser comprensible y suficiente para que éste pueda adoptar una decisión razonada.⁹² La exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Por lo mismo, no es necesario que sea por completo precisa desde el punto de vista técnico; así, a la inversa, una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida como por inadecuada. La información es suficiente cuando da cuenta de la condición del paciente, de los riesgos del tratamiento o intervención y de los riesgos de un eventual método alternativo de tratamiento o de no emprender tratamiento alguno.⁹³ En definitiva, se trata de ilustrarle acerca de los riesgos graves que el paciente asume y los males que se le pretende evitar.⁹⁴ Además, cuando se trate de riesgos graves, la información deberá ser entregada aunque no sea solicitada por el paciente o su familia.⁹⁵

La obligación de informar exige un juicio prudencial del médico, que debe ser valorado en concreto. Todo indica, por ejemplo, que un riesgo de baja probabilidad y de moderada intensidad no tiene que ser informa-

⁹⁰ Sobre la evolución de estos deberes de información, Chabas 2000 b N° 28.

⁹¹ Epstein 1999 146.

⁹² Palandt/Thomas § 823 45, Asúa en Reglero 2002 a 990. La jurisprudencia francesa ha estimado que "un médico debe dar a su paciente una información real, ilustrativa y apropiada sobre los riesgos graves relacionados con los tratamientos propuestos y no está dispensado de este deber si los riesgos son excepcionales" (cass. civ., 7.12.1999, referido en Méga Code § 1147, 210; sobre la doctrina francesa en la materia M. Tapia 2003 c 94, con referencia a Penneau 1996 17 y Castelletta 2002 77; en un sentido análogo, la jurisprudencia alemana (Medicus 2002 157).

⁹³ Prosser/Keeton *et al.* 1984 191.

⁹⁴ La Corte de Casación francesa ha expresado estas ideas en la exigencia de que "fueran los casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente, un médico debe entregar una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves relacionados con las investigaciones y cuidados propuestos y no está dispensado de este deber si esos riesgos son excepcionales" (cass. civ., 7.10.1998, Méga Code § 1147 85); ese tribunal luego ha reconocido una regla más limitada respecto del alcance de los deberes (cass. civ., 13.11.2002, con nota de P. Jourdain, RTDC, 2003, 98).

⁹⁵ Epstein 1999 143.



do;⁹⁶ y rige lo mismo si el riesgo no es catastrófico y de extremadamente baja probabilidad. Tampoco pertenecen al deber de información los riesgos que pertenecen pública y notoriamente a la intervención.⁹⁷

La obligación de información médica está siempre amenazada por los peligros de amedrentar al paciente, dificultando la decisión racional que justifica la imposición de ese deber, o de transformarse en una carga rutinaria carente de toda sustancia.⁹⁸ Entre esos extremos se mueve el deber de diligencia y cuidado profesional del médico o del establecimiento hospitalario, asumiendo que el deber tiene por finalidad radicar en el paciente la decisión, en la medida de lo posible y de manera razonable. Por eso, parece razonable exigir del médico una *ilustración escalonada*, que advierta al paciente en general sobre los riesgos y luego en detalle responda las preguntas que éste plantee.⁹⁹ Es un camino para conciliar el interés de que sea el paciente quien tome una decisión informada y, al mismo tiempo, ser respetuoso en cuanto a la cantidad de información que él puede requerir.

En atención a que el profesional es el mejor capacitado para acreditar la entrega de la información, así como su pertinencia y suficiencia, se tiende a invertir el peso de la prueba en su contra, con la reserva de que cualquier medio de prueba es admisible, porque no le resultan aplicables las restricciones probatorias de los artículos 1708 y 1709; lo anterior es especialmente importante si se atiende a que usualmente la información será proporcionada verbalmente, porque en la relación con el paciente una información personal resulta preferible a un protocolo burocrático.¹⁰⁰

⁹⁶ La jurisprudencia francesa reconoció desde 1942 obligaciones médicas de información, pero más recientemente ha puesto límites, tanto en materia de determinación del deber, como de causalidad; en el primer sentido, se ha fallado que no hay infracción al deber de información si no se ha advertido al paciente acerca del riesgo muy extraño de que la ablación de un nódulo en la glándula tiroidea derivara en una lesión, por causa desconocida, de un nervio recurrente (cass. civ., 13.11.2002, con nota de P. Jourdain, RTDC, 2003, 98); sobre las preguntas de causalidad que envuelve la infracción a deberes de información, *infra* § 50 g.

⁹⁷ Palandt/Thomas § 823 47 y 56.

⁹⁸ Sobre los riesgos de exigir en exceso, F. Chabas, *L'obligation médicale d'information en danger*, en JCP *La Semaine juridique*, G 2000, 212, citado por M. Tapia 2003 c 95; acerca del riesgo de que el deber de información se transforme en un trámite formulario, Kötz 1991 38. En la medida que puedan ser entendidas como elemento de un contrato de adhesión, a la información formularia se le aplican las reglas sobre condiciones generales de contratación con consumidores (ley N° 19.496, artículos 2 letra f y 16 y siguientes).

⁹⁹ Medicus 2008 b 157, con expresa preferencia por una información verbal de la que luego el médico deje protocolo escrito.

¹⁰⁰ Palandt/Thomas § 823 47 y 56. En el derecho francés se habla de una obligación de *medios agravada*, en cuya virtud el obligado tiene la carga probatoria de haberla entregado (cass. civ., 25.2.1997, RTDC, 1997, 494, con nota P. Jourdain); la ley N° 2002-303, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, confirmó esta regla, autorizando al médico probar por cualesquiera medios el cumplimiento del deber (lo que tiene por evidente objeto evitar que se transforme en un trámite burocrático).

c) El deber de información es completado por el *deber de consejo*, que supone recomendar un camino de acción de conformidad con el estado del arte médico, incluso en contra de la opinión del paciente.¹⁰¹ Así, por ejemplo, no cumple su deber profesional el médico que omite reenviar al paciente a un especialista, en circunstancias que sus propios conocimientos no son suficientes, de acuerdo con la *lex artis*, para evaluar el riesgo; o el que no advierte de los riesgos informados por el fabricante de un instrumento o medicamento.¹⁰² Como se puede comprender, la omisión de un consejo se puede traducir en un daño incremental o en la pérdida de una oportunidad de sanar (*infra* N° 486).

d) Para que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión. La cuestión será tratada a continuación, conjuntamente con otros temas de causalidad en materia de responsabilidad médica (*infra* sección g siguiente). Entretanto, basta advertir que un riesgo de la expansión de los deberes de información, sin consideración de su relevancia práctica en el desenlace médico del paciente, lleva a que esos deberes tengan el efecto de transformar en estricta, por un camino insospechado, una responsabilidad médica que está naturalmente sostenida en el principio de negligencia.¹⁰³ Por lo mismo, debe entenderse que los deberes de información presentan analogía con las obligaciones contractuales de medios, pues están sujetos a una regla de razón, que exige ponderar las circunstancias del caso para su determinación en concreto.

g. Daño y causalidad

484. **Aplicación de las reglas generales sobre daño y causalidad.** a) En el capítulo de daño se han tratado algunos aspectos esenciales de la reparación del daño corporal (*supra* N° 182). Aquí sólo cabe hacer referencia a lo entonces desarrollado.

b) La responsabilidad médica también plantea las preguntas generales que son calificadas bajo el requisito de causalidad: la negligencia debe haber sido determinante en la ocurrencia del daño; el deber de diligencia que se tiene por incumplido debe tener por fin proteger al paciente de los daños efectivamente sufridos; el daño debe ser directo, en el sentido de ser objetivamente atribuible al ilícito (*Capítulo IV*). En consecuencia, en este párrafo sólo serán referidas, sin pretensión alguna de exhaustividad, algunas preguntas especiales que se aplican a la actividad de los médicos y establecimientos de salud.

485. **Conexión de causalidad en la responsabilidad médica.** a) Para que haya lugar a la responsabilidad se requiere, ante todo, que el *daño sea consecuencia de la acción u omisión negligente*, de modo que si un médico es

¹⁰¹ Palandt/Thomas § 823 45.

¹⁰² Méga Code § 1147 218, Palandt/Heinrichs § 823 69.

¹⁰³ Epstein 1999 146.



demandado por haber efectuado negligentemente un diagnóstico equivocado o por no haber aplicado el tratamiento adecuado, debe mostrarse que el paciente no habría sufrido el daño si el médico hubiese actuado con diligencia;¹⁰⁴ a la inversa, siempre le será admisible al médico la prueba de que el daño de igual modo se habría producido en la hipótesis de haberse actuado de acuerdo con la *lex artis*¹⁰⁵ (*supra* N° 265).

b) De especial interés es la pregunta por la causalidad en el caso de incumplimiento de *deberes de información*. La infracción del deber de información da lugar a responsabilidad cuando de ella se sigue un perjuicio, de modo que no hay responsabilidad cuando la omisión no es causalmente determinante del daño. Acreditado que el médico no dio la información debida (sea por omisión o por falsedad), éste puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión.¹⁰⁶ Este correctivo de causalidad es decisivo para evitar que los deberes médicos de información desplacen a los deberes propiamente de diligencia en el diagnóstico y tratamiento, expandiendo artificioamente la responsabilidad más allá de sus límites naturales.¹⁰⁷

En verdad, el ilícito del médico que determina la responsabilidad médica es no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo,¹⁰⁸ lo que supone analizar si el daño podría haberse omitido siguiendo un camino de acción alternativo.¹⁰⁹ Si bien el derecho moderno no abre las puertas al paternalismo de los profesionales respecto de sus clientes (especialmente en el caso de los médicos), pueden haber justificaciones serias para no entregar información, atendido el estado del paciente y los efectos que se pueden seguir para éste si fuese por completo ilustrado acerca de su estado. Aun descartada una actitud simplemente paternalista, que lleva a que no sea el paciente quien toma la decisión, subsiste la cuestión fundamental de que el discernimiento práctico acerca de la extensión del deber de informar (culpa) y acerca de los efectos que se siguen de su omisión (causalidad) es necesariamente prudencial en muchos casos.

486. Incertidumbre acerca de la causalidad: pérdida de oportunidades de sanar. Con frecuencia la pregunta relevante en materia de causalidad no

¹⁰⁴ Para fallos que se refieren a la relación de causalidad entre la infracción al deber de cuidado del médico y el daño: CS, 16.5.1985, F. del M. 318, 245; Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4°, 90; Corte de San Miguel, 15.4.1993, CJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2°, 39; CS, 20.6.1996, F. del M. 451, 1228; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4°, 95, publicada también en CJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141; CS, 16.3.1998, CJ 213, 112; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 71; y Corte de Copiapó, 25.3.2002, CJ 265, 127.

¹⁰⁵ Kötz 1991 56, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 319.

¹⁰⁶ Asúa en Reglero 2002 a 992, Palandt/Thomas § 823 51, Böcker 2005 925 (con referencia a que el 'consentimiento hipotético' excluye el nexo causal entre el defecto de información y el daño), Prosser/Keeton *et al.* 1984 191, Epstein 1999 145.

¹⁰⁷ Sobre los riesgos de que la falta de información se transforme en el criterio principal de atribución de responsabilidad, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 324.

¹⁰⁸ P. Jourdain, comentando jurisprudencia en RTDC, 2003, 98.

¹⁰⁹ Epstein 1999 145.

se refiere a si el daño corporal fue un resultado cierto e inequívoco de la negligencia médica, sino a si en razón de esa negligencia el paciente perdió una oportunidad de sanarse. Tomada literalmente, la exigencia de que el daño sea cierto tiende a restringir en exceso la responsabilidad médica, pues la negligencia *puede* haber tenido por efecto que el paciente no haya sanado o que su estado no se haya agravado (*supra* § 21 a). La cuestión es crucial en la distribución de riesgos cuando la causalidad del hecho del demandado respecto del daño es meramente probable. Por eso, no es extraño que en los sistemas jurídicos más diversos la idea de pérdida de oportunidades de sanar o de no agravamiento plantee preguntas críticas de causalidad en sentido estricto: ¿cuál es el umbral de certeza del vínculo causal para que pueda estimarse que la negligencia es causa necesaria del daño?; ¿basta una probabilidad alta para reconocer al hecho del demandado como causa del daño?; ¿es correcto desde un punto de vista sistemático y práctico considerar la probabilidad al momento de fijar la indemnización o resulta preferible una opción 'todo o nada', que es necesariamente una representación impropia de lo probado en la causa? Aunque estas preguntas son particularmente importantes en materia de responsabilidad médica, su lugar sistemático se vincula al requisito estructural de toda responsabilidad civil, que exige una relación de causalidad entre la conducta negligente del médico demandado y el daño alegado por el demandante. Por eso, aquí cabe referirse a lo dicho al tratar en general ese requisito de la responsabilidad (*supra* N° 246).¹¹⁰

487. Imputación de daños subsecuentes al error médico inicial. Por regla general, los daños subsecuentes, que se siguen del daño inicial causado por la negligencia médica, son atribuibles a quien la cometió, porque lo usual es que esos daños derivados puedan ser tenidos por directos (*supra* § 30). En verdad, estas cuestiones son relativamente infrecuentes en casos de responsabilidad médica, porque rara vez hay razones para asumir que los daños subsecuentes, debidos causalmente a la negligencia, no están en una relación directa con la conducta descuidada.¹¹¹ Así, por ejemplo, si el paciente se quiebra una pierna y este accidente tiene por causa la torpeza incurrida por el cirujano en una operación anterior, este segundo daño está en relación de causa adecuada y pertenece naturalmente al riesgo creado por aquella negligencia; y lo mismo vale si a consecuencia de un tratamiento contrario a la *lex artis*, el paciente queda en un estado de vulnerabilidad que luego lo hace susceptible a contraer otra enfermedad más grave.¹¹²

¹¹⁰ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 324.

¹¹¹ Ídem 318.

¹¹² Prosser/Keeton *et al.* 1984 309; en un fallo que consolida una doctrina en la materia, en el derecho alemán se ha dispuesto que si a consecuencia de un error médico resulta necesaria una nueva intervención, el médico no sólo responde de los costos de esta última, sino también de las consecuencias que se siguen de la falta del médico que trata con posterioridad a la víctima, porque entre la negligencia inicial y el segundo daño existe una relación de causa adecuada y el daño consecuente materializa un riesgo creado por esa negligencia inicial (BGH, 6.5.2003).

488. Prueba de la causalidad. a) De acuerdo con las reglas generales, la prueba de la relación causal pertenece al demandante.¹¹³ En circunstancias que la prueba puede ser difícil para el demandante, suele ser de gran importancia práctica la construcción de presunciones de causalidad. Sin embargo, una mera probabilidad de que el daño se deba a la negligencia no es suficiente para invertir el peso de la prueba. En cambio, si está probada la negligencia y el daño es de aquellos que usualmente se producen a consecuencia de una falta de cuidado, se puede tener *prima facie* por probada la relación causal (*supra* N° 272). Esta inferencia es particularmente razonable si se ha acreditado una grave falta de diligencia médica, a menos que ésta sea una causa improbable del daño;¹¹⁴ lo mismo vale en el caso que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias, esto es, que no son de aquellas que pueden derivarse de la propia intervención quirúrgica a que ha sido sometido (*infra* N° 493).

h. Responsabilidad de hospitales y clínicas

489. Principios que rigen la responsabilidad de hospitales y clínicas. Del mismo modo que en el ámbito más general de la responsabilidad médica, a los hospitales y clínicas resultan ejemplarmente aplicables las reglas generales de la responsabilidad patrimonial por daños.¹¹⁵ En consecuencia, los establecimientos responden por negligencia, la que debe ser probada por el demandante, a menos que proceda construir una presunción de culpa por el hecho propio o ajeno,¹¹⁶ o se trate de un caso de culpa infraccional.¹¹⁷ Además, la negligencia debe ser causa del daño y, en el caso de ocurrencia de daños consecuentes, debe haber una relación directa de éstos con el ilícito inicial. En fin, la fortaleza de la doctrina general de la responsabilidad civil y de la responsabilidad patrimonial del Estado se muestra muy especialmente en la responsabilidad médica, lo que es extensible a la de clínicas y hospitales.

490. Dificultad de unificar los distintos tipos de responsabilidad de hospitales y clínicas. a) Ante todo, la actividad de los hospitales y clínicas está

¹¹³ CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 157; asimismo, se ha fallado que no puede darse por probada la supuesta negligencia médica de olvidar unas pinzas en la zona abdominal, si ese hecho podía atribuirse a otras intervenciones anteriores que había sufrido la víctima (CS, 16.3.1998, GJ 213, 112).

¹¹⁴ Palandt/Thomas § 823 170; C. Katzenmeier, en JZ 2004, 1030.

¹¹⁵ Las bases para el análisis de la responsabilidad de hospitales y clínicas a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil en Zelaya 1997.

¹¹⁶ Por lo mismo, las obligaciones contractuales de clínicas y hospitales son de medios, como en el caso de los médicos (Mega Code § 1147 238).

¹¹⁷ Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83, con referencia a la inobservancia por la clínica demandada del Reglamento de hospitales y clínicas privadas, con lo que se da por acreditada la negligencia.

sujeta a las reglas de la responsabilidad patrimonial aplicables al tipo de relación que tienen con el paciente, de modo que les resultan aplicables los principios que rigen la responsabilidad del empresario por el hecho propio y ajeno (*supra* § 15) o de la Administración del Estado (*supra* § 40 d), según corresponda. Aunque en la materia las diferencias entre ambos estatutos de responsabilidad no son esenciales, conviene tener presente que la responsabilidad debe ser construida de conformidad con el concepto de culpa civil, en el caso de los establecimientos que actúan bajo un estatuto de derecho privado, y de falta de servicio, si lo hacen bajo un régimen de derecho público.¹¹⁸

b) Enseguida, no es posible establecer un criterio único de atribución de responsabilidad a hospitales o clínicas, porque éstos prestan servicios de muy diversas índoles:

- hospedan al paciente durante su internación;
- proporcionan equipamiento e infraestructura para los exámenes e intervenciones quirúrgicas;
- proporcionan personal médico, paramédico y auxiliar que complementa la actividad del médico tratante contratado por el paciente; y
- eventualmente, asumen personalmente el cuidado médico del paciente, sin intervención independiente de un médico tratante, suministrando el equipo profesional médico y auxiliar, los exámenes y los demás medios profesionales y físicos para realizar diagnósticos e intervenciones.¹¹⁹

La clínica u hospital puede estar en una o más de éstas situaciones, lo que será determinante al momento de establecer su responsabilidad. Así, por ejemplo, si el paciente ha contratado con el médico, quien, a su vez, contrata uno o más servicios con el establecimiento hospitalario, éste no puede ser hecho responsable de la negligencia incurrida por el médico o por los auxiliares que haya personalmente contratado para servicios profesionales; pero sí puede serlo como administrador de la infraestructura, instalaciones y equipos puestos a disposición de la víctima.

Por otro lado, como se puede comprender, cada una de las prestaciones hospitalarias está sujeta a las reglas de cuidado y, en general, al estatuto de responsabilidad que les resulta aplicable según su naturaleza. Así, por ejemplo, los hospitales responden del servicio de hotelería de la manera que lo hace el posadero; del cuidado de la infraestructura hospitalaria, y particularmente de su esterilización, de acuerdo con los estándares exigibles a quienes tienen bajo su control riesgos significativos; de la mantención de los equipos médicos utilizados, según las reglas aplicables a daños provocados

¹¹⁸ La distinción atiene a la índole de la relación con el paciente y no al estatuto jurídico personal del establecimiento, porque un hospital público puede actuar bajo relaciones de derecho privado (CS, 24.1.2002, GJ 259, 38).

¹¹⁹ Un panorama de los diversos tipos de relaciones que pueden surgir a propósito de un tratamiento médico en Zelaya 1997 13. Sobre la influencia de los seguros de instituciones de salud previsual (Isapres) en la contratación de médicos y de servicios médicos integrales con las clínicas asociadas al sistema respectivo, con referencia a la responsabilidad de aquéllas, R. Vázquez 1995 154, quien cita Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54.

por los productos defectuosos; de los servicios médicos que sean prestados sin intermediación del médico tratante, de acuerdo con los principios de la responsabilidad por el hecho ajeno, o bien de la responsabilidad del empresario o de los servicios públicos, según sea el caso.¹²⁰

c) A lo anterior se agrega que la relación con el paciente, en una o varias de las funciones que asuma el hospital, puede tener naturaleza contractual o extracontractual, dependiendo de si se puede dar por establecida una convención (a la que le resultan aplicables los principios de buena fe contractual y, especialmente, las reglas de la Ley de consumidores),¹²¹ o si la recepción del paciente se produce de acuerdo con las obligaciones generales de servicio público o de cualquier otro modo que excluya una convención entre el establecimiento hospitalario y el paciente. Así, por ejemplo, ocurre con frecuencia que la relación contractual sólo puede ser construida a partir de una estipulación en favor del paciente que el médico tratante hace con el hospital o clínica donde efectúa la operación o tratamiento.¹²²

d) De lo anterior se sigue la dificultad para subsumir la responsabilidad de hospitales y clínicas bajo un régimen especial y unívoco de responsabilidad. En efecto, en esta materia convergen, como en pocas otras, los más diversos institutos generales de la responsabilidad civil; además de las reglas aplicables a la responsabilidad médica, que resultan pertinentes en razón de su objeto, son especialmente relevantes las reglas y principios que rigen la responsabilidad del empresario y de los órganos de la Administración del Estado (según sea el caso, atendido el tipo de relación del paciente con el establecimiento).

¹²⁰ Los hospitales responden extracontractualmente, bajo un régimen de culpa presunta, de los daños causados por la negligencia de los médicos que son dependientes de la organización, pero la tendencia doctrinaria y jurisprudencial tiende a ser extensiva en el reconocimiento de esa dependencia, entendiéndose que ella existe, por ejemplo, respecto de los profesionales que trabajan a honorarios (Zelaya 1997 47); por el contrario, la responsabilidad contractual de esos establecimientos por el hecho de cualesquiera personas en quienes deleguen la ejecución de prestaciones es estricta o vicaria, bajo el supuesto, como es obvio, de que el auxiliar haya incurrido en negligencia (*supra* N° 477, *infra* N° 782 b).

¹²¹ De acuerdo con el artículo 2 letra f de la Ley de consumidores, quedan sujetos a ese ordenamiento protector los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios de salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales. En particular resultan relevantes, al menos, los siguientes estatutos: DL 2763/1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud; ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud; ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres; y ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud (Ley de garantías de salud).

¹²² Alessandri 1943 77, Zelaya 1997 20.

491. **Riesgo terapéutico y seguridad sanitaria.** a) En la dimensión del derecho privado, el *riesgo terapéutico* reside en el paciente, a menos que exista una razón para atribuir responsabilidad al hospital o clínica tratante. Ello plantea, por cierto, preguntas que no pertenecen propiamente al ámbito de la responsabilidad patrimonial, sino de la seguridad sanitaria y del sistema de seguros de salud.

b) La *seguridad sanitaria* es cautelada por diversos ordenamientos que garantizan el acceso a prestaciones de salud. Pero, como lo expresa la ley que establece un régimen general de garantías en salud, el alcance preciso de estas últimas resulta de una decisión política, que, de acuerdo con la ley, se materializa en un plan nacional de salud, que es definido de conformidad con los recursos de que disponga el país (Ley de garantías de salud, artículo 1).¹²³ En definitiva, no corresponde a los jueces definir las funciones que debe asumir el sistema público de salud, porque no es su tarea atribuir porciones presupuestarias (*supra* N° 35); lo anterior no obsta a que se dé por establecida la culpa infraccional o la responsabilidad por falta de servicio si se omite la prestación o el financiamiento de las prestaciones garantizadas por la ley (Ley de garantías de salud, artículos 38 y 42).

Por otra parte, a menos que exista un estatuto especial de responsabilidad estricta, la responsabilidad civil sólo es un correctivo respecto de las conductas impropias que causan daño a los pacientes, pero no constituye un sistema de seguridad social que permita proteger genéricamente contra accidentes (*supra* N° 5). La seguridad social y los seguros privados de riesgo personal son los caminos para proteger a las víctimas de accidentes terapéuticos que no sean atribuibles a negligencia médica u hospitalaria.¹²⁴

492. **Responsabilidad de la clínica u hospital por el hecho propio y por el hecho ajeno.** a) La responsabilidad de clínicas y hospitales por el *hecho propio* tiene por antecedente típico no haber dispuesto de los medios necesarios para prestar los servicios. Se trata de una culpa en la organización, cuya fuente es no haberse observado los deberes de cuidado en la administración de los equipos de trabajo, infraestructura e instalaciones. Metafóricamente puede hablarse de una culpa difusa, porque la infracción al deber de cuidado no recae en persona identificable, sino que se muestra

¹²³ Corresponde a la Superintendencia de Salud regular los procedimientos para reclamar la prestación de los servicios garantizados (Ley de garantías de salud, artículo 29). La naturaleza política de las decisiones presupuestarias vinculadas a la seguridad médica y social se muestra en el porcentaje que éstas representan en el gasto de un país; en Estados Unidos se estima que en 2030 esos gastos representarán el 14% del producto geográfico bruto (D. Brooks, *The New York Times*, 19.3.2005).

¹²⁴ Es interesante la evolución del derecho francés, donde se ha reconocido que la responsabilidad civil no puede ser una forma de enfrentar la fatalidad médica y se ha establecido un fondo público de garantía por accidentes, incluyendo las infecciones intrahospitalarias (M. Tapia 2003 c 98, citando a F. Chabas, *La réparation des conséquences de l'acte thérapeutique*, en JFC, 2001, 2, 10493).



en que el establecimiento no haya objetivamente observado los estándares exigibles a una clínica u hospital de su tipo y características.¹²⁵

Análogas características presenta la responsabilidad de los servicios públicos de salud por falta de servicio, porque ésta está referida a la defectuosa organización, que provoca la ejecución anormal o deficiente del servicio, sin que sea necesario individualizar al órgano o funcionario a quien pueda atribuirse el daño.¹²⁶

b) Los deberes de cuidado que recaen sobre los médicos se transmiten en la forma de presunciones de culpa a los establecimientos de los cuales son dependientes. Los hospitales y clínicas responden por el *hecho ajeno* según las reglas generales (*supra* § 18 a y N° 339). Así, se ha fallado que la clínica o servicio de salud responde por el hecho de la pabellonera que yerra en la identificación de la sustancia contenida en un frasco;¹²⁷ por la imprudencia de un enfermero que sin consulta médica aplica un calmante inapropiado;¹²⁸ por el tardío diagnóstico de los médicos funcionarios de una tuberculosis, sumado a la impericia en el tratamiento con una sustancia reconocidamente tóxica.¹²⁹ En definitiva, el establecimiento hospitalario responde por el hecho propio, por no haber dispuesto los medios necesarios para prestar el servicio; o por el hecho ajeno, porque probada la culpa del dependiente, sea profesional o auxiliar, se presume la del establecimiento de salud.¹³⁰

493. Infecciones intrahospitalarias. a) Las infecciones intrahospitalarias son aquellas adquiridas por el paciente en la clínica u hospital con ocasión de una intervención médica, sin que sean atribuibles al desarrollo del riesgo terapéutico que supone esa operación o tratamiento. La participación causal de una fuente externa que debiera estar bajo el control del establecimiento caracteriza a estas infecciones, que no son excepcionales, sino que constituyen una realidad extendida en todo el mundo y plantean problemas recurrentes de responsabilidad.¹³¹

¹²⁵ MünchKomm/Mertens § 823 404.

¹²⁶ Conociendo de un caso de negligencia médica ocurrido en un hospital público, se ha resuelto que "para demandar 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 CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38); en el mismo sentido, CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.

¹²⁷ Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54.

¹²⁸ Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133, confirmada por CS [cas. fondo], 2.6.2004, GJ 288, 177.

¹²⁹ Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63.

¹³⁰ En verdad, la concurrencia de responsabilidades puede adoptar formas muy diversas; así, por ejemplo, el médico tratante puede ser responsable conjuntamente con la clínica si un auxiliar dependiente de esta última incurre en una negligencia, que también es atribuible a la falta de cuidado que debe emplear el médico responsable de la intervención (Mega Code § 1147, 229).

¹³¹ En Estados Unidos se estima que 90 mil personas murieron el 2002 de infecciones contraídas en clínicas y hospitales (*Harper's Magazine*, junio 2004).

b) Desde luego que si se prueba que la infección se debió a instrumental médico que no estaba debidamente esterilizado, la responsabilidad recae en quien lo tenga bajo su cuidado. Si ha sido suministrado por el médico, puede ser hecho responsable de haber omitido las precauciones que le imponen las buenas prácticas profesionales. Por el contrario, si lo ha sido por la clínica u hospital, la acción sólo puede prosperar en su contra. Como se ha visto (*supra* N° 481), en casos de instrumental contaminado o en malas condiciones de operación, existen buenas razones para dar por establecida una presunción de culpa.

c) Algo semejante ocurre si el paciente adquiere un mal que no es atribuible a instrumento o medicamento alguno, sino a infecciones de fuente indeterminada, pero probadamente ajena a la dolencia o intervención médica que el paciente haya soportado. En tales circunstancias, los jueces tienden a dar por establecida una obligación contractual de resultado porque "no parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento";¹³² y si la responsabilidad es calificada de extracontractual, se da por establecida una presunción de culpa por el hecho propio de la clínica u hospital o por falta de servicio, según sea el caso, porque una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia *prima facie* de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta de servicio del hospital público.¹³³ En la jurisprudencia chilena, se ha dado esa calificación, por ejemplo, a casos de una infección mortal contraída sin relación causal alguna con una operación de la vesícula;¹³⁴ de una infección desligada de la intervención inicial, que llevó a la amputación de una pierna;¹³⁵ de una necrosis del tejido mamario y pérdida de un pezón a consecuencia de una infección adquirida en el período postoperatorio.¹³⁶

¹³² Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, sin referencia a obligaciones de resultado, pero calificando de contractual la responsabilidad; en igual sentido, haciendo aplicación directa del artículo 1547, como es típico de las obligaciones de resultado, Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; la inmutación del establecimiento hospitalario fue calificada expresamente como obligación de resultado por la jurisprudencia francesa (Mega Code § 1147, 241); la ley francesa ha recogido luego este principio al establecer que los establecimientos, servicios y organismos son responsables de los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos proporcionan la prueba de una causa inimputable (ley N° 2002-303).

¹³³ Deutsch 2002 b 592; es interesante que al menos en dos ocasiones la Corte Suprema haya confirmado fallos en que la Corte de Apelaciones respectiva había calificado la responsabilidad del hospital público como 'objetiva', con la reserva de que el tribunal no compartía esa calificación, la que, sin embargo, no había influido en lo resolutivo de la sentencia recurrida; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370, y CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.

¹³⁴ Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, bajo calificación de la responsabilidad como contractual.

¹³⁵ Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, también bajo una calificación contractual.

¹³⁶ CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.



i. Procedimiento de mediación

494. Mediación en materia de responsabilidad médica. a) La Ley de garantías de salud ha establecido un procedimiento de mediación en materia de responsabilidad médica. La mediación es definida como un procedimiento no adversarial, cuyo objetivo es propender a una solución extrajudicial de la controversia mediante la comunicación directa entre las partes con intervención de un mediador (artículo 43 III). Las normas tienen por objeto facilitar a la víctima la obtención de una reparación mediante un procedimiento expedito, donde los costos se mantengan bajo control; asimismo, debe servir para neutralizar la explosión de los montos indemnizatorios que aleatoriamente benefician a algunas víctimas, como ha ocurrido en otras jurisdicciones.

b) Las reglas son diferentes respecto de las prestaciones de salud pública y privada. Están sujetas a un proceso de mediación obligatorio las acciones judiciales que tengan por antecedente prestaciones asistenciales otorgadas por el sistema público de salud.¹³⁷ Esta exigencia se extiende por igual si la acción se dirige contra los prestadores institucionales o contra los funcionarios (médicos, auxiliares o directivos). El reclamo debe ser sometido ante el Consejo de Defensa del Estado; éste puede designar como mediador a uno de sus funcionarios, un funcionario en comisión de servicios o un profesional inscrito en el registro de mediadores (artículo 43 I).¹³⁸ La ley autoriza la interposición de acciones judiciales sólo cuando haya fracasado ese procedimiento de mediación, lo que se entiende ocurrido si no hay acuerdo dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la primera citación al reclamado, o de la prórroga convenida, si este fuere el caso. Mientras dura la mediación se entiende suspendida la prescripción (artículo 45).

c) Las acciones contra clínicas y médicos privados están sujetas a una mediación que deviene facultativa, porque ésta se entiende fracasada si falta acuerdo entre las partes acerca de la persona del mediador. Con todo, debe entenderse que las acciones judiciales sólo pueden intentarse si se muestra que ha fracasado esa gestión previa de designación (artículo 43 II).

§ 51. ACCIDENTES DEL TRABAJO

a. Introducción

495. Evolución del régimen legal de los accidentes del trabajo. a) Bajo un régimen de responsabilidad por culpa probada el riesgo de accidentes del

¹³⁷ Se entienden referidas las instituciones de salud indicadas en el artículo 16 bis del DL 2763/1979, del Ministerio de Salud (Ley de garantías de salud, artículo 43 I).

¹³⁸ El registro de mediadores está regulado por el Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, contenido en el DS 47/2005, del Ministerio de Salud (DO 23.6.2005). La ley establece los requisitos generales para la inscripción (Ley de garantías de salud, artículo 54). La Superintendencia de Salud lleva el registro.

trabajo corre por cuenta del trabajador, a menos que se acredite la negligencia del empleador. Atendida la relación de dependencia entre las partes y el trasfondo social de un accidente del trabajo, no debe extrañar que el régimen general de responsabilidad por culpa haya sido puesto a prueba en la fase de consolidación de la revolución industrial. Las principales razones que justifican el establecimiento de seguros obligatorios o de estatutos de responsabilidad estricta se presentan con absoluta nitidez en el caso de los accidentes del trabajo: se trata de peligros graves para las víctimas, que no pueden quedar sujetos a un infalible control preventivo y en cuya materialización se presenta una asimetría estratégica en la posición del empleador y de la víctima (*supra* N° 308).

b) Los regímenes especiales de responsabilidad por accidentes del trabajo tuvieron generalmente por fuente la legislación social que estableció sistemas de seguro obligatorio o de responsabilidad estricta; donde ello no ocurrió oportunamente, la interpretación del derecho vigente tendió a expandir la responsabilidad por la vía de acoger presunciones de culpa o de establecer derechamente ámbitos de responsabilidad estricta.¹³⁹ Con el correr del tiempo, se ha tendido a imponer un sistema de seguro obligatorio de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, que resulta preferible a un régimen de responsabilidad estricta, porque no afecta la relación entre el trabajador y el empleador y evita los riesgos que acarrea la insolvencia de este último.¹⁴⁰

496. Estatutos jurídicos aplicables a los accidentes del trabajo en el derecho chileno. El derecho chileno ha establecido desde antiguo un seguro obligatorio, que asegura al trabajador y a su familia contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, reconociendo ciertas prestaciones que son determinadas por la propia ley (ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).¹⁴¹

Si el empleador o un tercero ha causado por su culpa el accidente, la ley concede, además, dos acciones de responsabilidad civil: ante todo, al

¹³⁹ El caso más clásico es la jurisprudencia francesa que a fines del siglo XIX 'descubrió' una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas en la norma del artículo 1384 del Código Civil francés, precisamente en caso de accidentes industriales. El contraste está dado por alguna jurisprudencia norteamericana anterior a la Primera Guerra Mundial, que declaró inconstitucional la legislación que estableció la responsabilidad estricta respecto de los accidentes del trabajo, en atención a que "esa legislación sólo invierte las leyes de la naturaleza, porque en cada cosa que caiga dentro de la esfera de la actividad humana, los riesgos inherentes e inevitables deben recaer sobre quienes están expuestos a ellos" (*Ives v. South Buffalo Railway Co.*, 201 NY 271 (1911), citado por Zweigert/Kötz 1996 652).

¹⁴⁰ La primera ley de seguro obligatorio por accidentes del trabajo fue establecida en Alemania en 1884; luego de su exitosa experiencia el sistema de seguro obligatorio se expandió como práctica generalizada en las sociedades industrializadas (Kötz 1991 206).

¹⁴¹ En lo sucesivo, a menos que del contexto resulte que se hace referencia al Código Civil o a otra ley especial, cada vez que en este título se mencione un artículo, la referencia se entenderá hecha a la ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.



organismo asegurador que haya pagado las prestaciones legales, para recuperar los desembolsos realizados; además, al trabajador y a las demás personas a quienes el accidente cause daño (víctimas de daño reflejo, *supra* N° 156), por los perjuicios que no quedan cubiertos por el seguro social, como el daño moral, el daño a las cosas o los gastos extraordinarios de cuidado (artículo 69).

En consecuencia, los efectos de un accidente del trabajo o enfermedad profesional quedan regidos por un seguro que cubre en todo evento el riesgo de accidente y, en caso que éste se deba a negligencia, por el estatuto común y general de la responsabilidad civil.

b. Características generales del seguro de accidentes del trabajo

497. Naturaleza jurídica, administración y financiamiento del seguro.

a) La ley se refiere a un *seguro social* de accidentes del trabajo. Esa denominación se justifica, porque se trata de un seguro obligatorio, cuya administración y prestaciones están determinadas por el ordenamiento legal, que resultan aplicables por el solo ministerio de la ley cumplidas las condiciones legales (artículo 4°).

b) La *administración* del sistema puede ser pública o privada. Puede ser asumida por las cajas de previsión (por las que el trabajador haya optado) o por entidades sin fines de lucro (mutualidades de empleadores), que agrupan a empresarios interesados en administrar el seguro de accidentes a favor de sus respectivos trabajadores. Subsidiariamente, corresponde a los organismos públicos con funciones previsionales (artículos 8° y siguientes).

Cualquiera sea el órgano administrador, las prestaciones mínimas que el seguro garantiza están establecidas por la ley (*infra* N° 499).

c) El seguro se *financia* esencialmente con cotizaciones empresariales, que se calculan como un porcentaje de la renta imponible del trabajador; esta cotización se compone de un porcentaje fijo, igual para todos los trabajadores, y uno variable, determinado en función de la actividad y riesgo de la empresa o actividad empleadora. El régimen incorpora un incentivo a la prevención, porque las empresas que invierten con ese fin pagan cotizaciones adicionales inferiores. Otros ingresos están dados por las rentas que producen los dineros depositados en el fondo, las multas que se aplican a las empresas que no cumplen sus deberes legales y los reembolsos que se obtienen de los civilmente responsables de los accidentes (artículos 15 y siguientes).

El fondo formado por estos ingresos constituye un patrimonio de afectación, gestionado por los respectivos administradores, y cuyo único fin es solventar las prestaciones que el sistema de seguro garantiza. El fondo distribuye en la forma de prestaciones los ingresos que recibe por mandato legal. Para prevenir desvíos de recursos, la ley regula los gastos de gestión en que los órganos administradores pueden incurrir con cargo al fondo (artículo 14). En suma, se trata de un régimen de contratos forzosos y dirigidos, que deja, sin embargo, ámbitos de libertad en su administración.

d) Las prestaciones a que da lugar el seguro por accidentes del trabajo tienen naturaleza indemnizatoria. Por eso, cuando el seguro concurre con una acción de responsabilidad civil (§ 51 c), ambas prestaciones no se acumulan, reconociendo la ley al asegurador una acción para recuperar lo pagado de quien resulte civilmente responsable (artículo 69 letra b; *infra* N° 696).

498. Riesgos y personas protegidas por el seguro. a) El seguro cubre los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Se entiende por *accidente del trabajo* 'toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte'. Se incluyen los riesgos de accidentes ocurridos durante el trayecto desde la casa del trabajador hasta el lugar de trabajo y viceversa;¹⁴² asimismo, los sufridos por dirigentes sindicales con ocasión de sus funciones. Por el contrario, no son accidentes del trabajo los producidos por fuerza mayor ajena al trabajo (artículo 5°). En circunstancias que el criterio de atribución es la causalidad y no la negligencia, puede estimarse que la fuerza mayor es el hecho externo, que escapa al ámbito de prevención de la empresa,¹⁴³ y cuya materialización es por completo independiente de la relación laboral, esto es, que no ocurre 'con ocasión' de esta última.

Son *enfermedades profesionales* las causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o por el trabajo que realiza una persona, y que le producen incapacidad o muerte. Aunque la ley delega en el reglamento la determinación de las enfermedades que se tendrán por profesionales, nada impide que se pruebe que una enfermedad diferente debe ser atribuida a la actividad laboral del afectado (artículo 7). La relación directa que la ley exige entre la actividad y el daño puede ser correctamente entendida de acuerdo con los criterios analizados en el capítulo de causalidad (*supra* § 80).

b) Las personas protegidas por el seguro son todos los *trabajadores dependientes*, del sector privado y público, cualquiera sea la naturaleza de sus labores. La cobertura también alcanza a los *estudiantes* que realizan trabajos que generen ingresos al respectivo establecimiento.¹⁴⁴ Los *trabajadores*

¹⁴² Lo que se justifica porque, si bien la víctima se accidenta por circunstancias que no se relacionan directamente con el trabajo, "podría no haberse expuesto a ellas si no hubiera efectuado el recorrido a que la obligaba su relación laboral"; pero no deben entenderse cubiertos los riesgos incrementales que el trabajador introduce fuera del curso razonable de su actividad de desplazamiento, como ocurre con la riña callejera en que se ve envuelto, ya que en ese caso se trata de un conflicto privado al que no se le puede dar el carácter de riesgo profesional consumado (CS 13.5.2003, GJ 275, 222); lo mismo ocurre con el accidente que tiene lugar en razón de haber tomado el trabajador un rodeo en el camino o un modo de transporte injustificadamente riesgoso o impropio (Cerdea 1999 20).

¹⁴³ Cerdea 1999 19.

¹⁴⁴ Los estudiantes de establecimientos fiscales y particulares, por los accidentes que sufran con ocasión de sus estudios o en la realización de su práctica educacional, también están cubiertos por el seguro (artículo 3°).

independientes pueden incorporarse al sistema bajo condiciones que regulan estatutos especiales (artículo 2°).¹⁴⁵

El seguro garantiza pensiones a los *trabajadores afectados por alguna incapacidad* y pensiones de supervivencia a las *personas dependientes del trabajador fallecido*. Los beneficios son otorgados a la cónyuge sobreviviente (y eventualmente al cónyuge inválido), a los hijos y a la madre de los hijos no matrimoniales del trabajador fallecido. En cada caso la ley establece como renta un porcentaje de la pensión que habría correspondido al trabajador, si hubiese quedado inválido, en vez de fallecer (artículos 43 y siguientes).¹⁴⁶ A falta de cónyuge sobreviviente y de hijos, son asignatarios de la pensión los ascendientes y los nietos que causaban asignación familiar a la víctima del accidente; la norma tiene interés porque establece un orden de prelación en la asignación de derechos patrimoniales que se siguen de la muerte de la víctima directa, estableciendo un criterio que ha sido utilizado como argumento jurisprudencial para limitar el conjunto de titulares de la acción de responsabilidad por daño moral reflejo (*supra* N° 231).

499. Tipos de prestaciones y procedimiento de cálculo. a) Las *prestaciones* que el sistema garantiza están determinadamente definidas por la ley. Se reconocen a las víctimas prestaciones médicas, por incapacidad temporal, por invalidez y por supervivencia. A estas últimas se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

Las *prestaciones médicas* son comprensivas de la atención médica quirúrgica y dental; de la hospitalización; de los medicamentos y productos farmacéuticos; de prótesis y productos ortopédicos; de la rehabilitación física y reeducación profesional; y de los gastos de traslado necesarios para realizar esas prestaciones (artículo 29).

Las prestaciones por *incapacidad temporal* se otorgan sobre la base de un promedio de la renta imponible del trabajador (deducidos sus aportes previsionales y los impuestos) y se devengan diariamente por un período máximo de 52 semanas, a cuyo término la incapacidad es tenida por invalidez (artículos 30 y siguientes, en relación con el artículo 21 I y II de la ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, y con el artículo 7 del DFL 44/1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado).

Las prestaciones por *invalidez* atienden a coeficientes de incapacidad laboral: entre un 15% y un 70%, la incapacidad es calificada de parcial;

¹⁴⁵ Véase al respecto el DL 1.548/1976 que precisó las facultades del Presidente de la República para regular el régimen de incorporación de trabajadores independientes y trabajadores familiares.

¹⁴⁶ La cónyuge tiene derecho a percibir hasta un 50% de lo que habría recibido el trabajador en caso de invalidez total (lo que, a su vez, corresponde al 70% del sueldo base); cada hijo menor de edad o estudiante menor de 24 años tiene derecho a percibir un 20% de la pensión básica; la madre de los hijos no matrimoniales, un 30%.

sobre un 70% es total; si es total y requiere de auxilio de otras personas para realizar actos esenciales de la vida, se trata de una gran invalidez. Las prestaciones son determinadas como un porcentaje del sueldo base, que varía respecto de cada tipo de invalidez (artículos 34 y siguientes, en relación con el artículo 26).

b) El *procedimiento de cálculo* de las prestaciones es por completo *objetivo*. Se atiende a la naturaleza del daño (que califica los tipos de prestaciones otorgadas), su intensidad (que se mide en razón de la gravedad de la incapacidad, en el caso de la víctima directa, y la relación del beneficiario con el trabajador fallecido, en el caso de las pensiones de supervivencia), y el sueldo que recibía el trabajador. Los valores de los daños están estandarizados de conformidad con tablas aritméticas.

El procedimiento tiene la ventaja de la simplicidad para el cálculo de las prestaciones; en contraste, éstas pueden resultar inferiores al daño patrimonial efectivamente sufrido (como ocurre cuando el daño efectivo es mayor que la indemnización que resulta de aplicar la tabla o cuando el accidente ha generado gastos adicionales); y las prestaciones excluyen, por definición, la reparación del daño moral (que en el caso del daño corporal puede ser un componente importante de la indemnización total que la víctima recibe en materia civil).

500. Culpa inexcusable y dolo del trabajador. En circunstancias que el seguro tiene una función protectora independiente de la culpa, sólo excepcionalmente podrá negarse lugar a la reparación en razón de la conducta impropia del trabajador asegurado. Forma parte de la experiencia cotidiana que quien desarrolla una actividad incurra ocasionalmente en descuidos. Incluso en materia de responsabilidad civil, los descuidos previsibles deben entenderse comprendidos dentro de la marcha ordinaria de la relación laboral, de modo que no dan lugar a compensación de culpas en el juicio respectivo (*supra* N° 285).

Por eso, no es extraño que en materia de seguro de accidentes del trabajo se establezcan requisitos en extremo fuertes para excluir al trabajador de la cobertura. En el derecho comparado se ha establecido con este propósito el estándar de la *culpa inexcusable*. La doctrina francesa, de donde proviene ese concepto, entiende por culpa inexcusable la que tiene una gravedad excepcional, que deriva de un acto voluntario realizado con conciencia del peligro que el autor asumía y en ausencia de toda razón justificatoria, de modo que sólo se diferencia del dolo en sentido estricto, porque no es querido el preciso resultado dañino que se ha producido.¹⁴⁷ En la ley sobre accidentes del trabajo, la culpa inexcusable da lugar a una multa, pero no a la exclusión de la cobertura (artículo 70). En consecuencia, este efecto excluyente de la cobertura del seguro sólo debe entender-

¹⁴⁷ La definición está tomada de una antigua sentencia de la Corte de Casación francesa, recaída precisamente en un caso de exclusión de cobertura del régimen protector por accidentes del trabajo (cass. plen., 15.7.1941, citada por Mazeaud/Chabas 1998 468).



se producido si se configura respecto del trabajador una (extraordinaria) hipótesis de dolo directo, esto es, cuando el trabajador ha provocado intencionalmente el accidente.

c. Responsabilidad civil por accidentes del trabajo ¹⁴⁸

501. Antecedentes legales. a) En el derecho comparado, el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta o de seguro obligatorio con indemnizaciones tasadas por la ley está generalmente acompañado de una supresión del régimen general de responsabilidad civil.¹⁴⁹ Aunque la indemnización provista por el seguro no compense eventualmente todos los daños sufridos, la exclusividad de este sistema indemnizatorio se justifica porque la estandarización (como lo hace la ley de accidentes del trabajo) favorece la simplicidad de un régimen compensatorio que no exige prueba, ni admite defensas, rebajando sustancialmente sus costos administrativos.¹⁵⁰

b) El derecho chileno, como se ha visto, sigue un camino excepcional, en que el régimen de seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales coexiste con el régimen general de responsabilidad civil. La ley especial dispone que "cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero", el organismo administrador del seguro tendrá derecho a repetir contra el responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado (artículo 69 letra a); y la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad causa daño, podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente las otras indemnizaciones a que tengan derecho, incluso el daño moral, con arreglo a las reglas del derecho común (artículo 69 letra b).

En consecuencia, por remisión expresa de la ley especial, corresponde aplicar a la responsabilidad del empleador, o del tercero en su caso, las

¹⁴⁸ En este libro se omite tratar otro aspecto importante de la responsabilidad que nace de relaciones laborales, como es el desarrollado por la jurisprudencia por despido injustificado, en atención a que resulta preferible circunscribirla a la relación contractual del trabajo; una exposición ordenada de la materia en Court 2002 203.

¹⁴⁹ Es el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 1998 1113), alemán (Kötz/Wagner 2005 220) y norteamericano (Abraham 2002 239). En el derecho español la jurisprudencia tiene las reparaciones por independientes, lo que da lugar a la crítica de que el accidente permite un enriquecimiento sin causa de la víctima (Yzquierdo en Reglero 2002 a 1398). El principio de la no acumulabilidad de las reparaciones legales, que se derivan de ciertos hechos jurídicos definidos por la ley laboral, con la indemnización de perjuicios regidos por el estatuto general de la responsabilidad por culpa ha sido establecido por la jurisprudencia respecto de la indemnización que recibe el trabajador en caso de despido injustificado, según el Título V del Libro I del Código del Trabajo, considerándola excluyente de la pretensión de reparación del daño moral resultante (así, por ejemplo, CS, 29.1.2004, rol N° 4.681-2003).

¹⁵⁰ Abraham 2002 241, comentando la sustitución norteamericana del sistema de responsabilidad extracontractual (*torts*) por un sistema de compensación legal de daños; en análogo sentido, con reservas acerca de la conveniencia de que las indemnizaciones provenientes de seguros se acumulen a las de responsabilidad civil, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 561.

reglas generales del derecho civil (derecho común),¹⁵¹ y su fundamento es la culpa o el dolo del demandado (sin perjuicio de las reglas generales sobre responsabilidad por el hecho ajeno).

502. Calificación jurídica de la responsabilidad. Importancia en materia de competencia judicial. a) La relación entre el trabajador y el empleador es contractual, porque su fuente es el contrato de trabajo. En tal sentido, la acción de la víctima directa contra el empleador se rige por las reglas de la responsabilidad contractual.¹⁵²

Sin embargo, debe tenerse presente que las obligaciones relevantes del empleador están definidas por normas de orden público, que le imponen deberes legales de cuidado. En consecuencia, salvo el caso inusual en que el contrato de trabajo contenga deberes más exigentes que los impuestos por la ley, la calificación es indiferente desde un punto de vista sustantivo: se reclame la responsabilidad contractual o extracontractual, el antecedente de la responsabilidad es exactamente el mismo ilícito (*infra* N° 839).¹⁵³ Por eso, nada debiera impedir que se demande indiferentemente la responsabilidad extracontractual o la contractual, de acuerdo con la doctrina más aceptada en materia de cúmulo de responsabilidades (*infra* N° 843).¹⁵⁴

b) La calificación de la responsabilidad a la luz del contrato de trabajo suele tener importancia desde el punto de vista de la competencia judicial, el procedimiento aplicable, el régimen de calificación de la prueba y la prescripción.

En circunstancias que existe en Chile una extensa jurisdicción laboral especializada, los jueces del trabajo son competentes para conocer de las

¹⁵¹ Diez 2003 66, con referencia a Corte de Punta Arenas, 22.10.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 25.3.2003, F. del M. 508, 278.

¹⁵² La jurisprudencia es constante en la materia: Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3°, 89, publicada también en F. del M. 486, 851; CS, 22.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3°, 147, publicada también en F. del M. 488, 1523; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 11.3.2002, GJ 273, 229; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146; Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003.

¹⁵³ Diez 2003 77, advirtiendo que las obligaciones de seguridad del empleador son de orden público y que también la acción del tercero tiene por antecedente la infracción de esos deberes.

¹⁵⁴ Sobre el artículo 184 del Código del Trabajo se ha fallado que se trata de una "norma que establece el deber general de todo empleador de proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, obligación legal que hace exigible del primero el emplear la debida diligencia y cuidado en la dirección de la empresa, obra o faena, previniendo adecuadamente los riesgos consiguientes a la ejecución del trabajo" (Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196). Afirmado el origen legal de esta obligación y del régimen de responsabilidad se ha fallado que "debe estimarse que la responsabilidad del empleador por accidentes culpables representa una situación jurídica absolutamente independiente de la subsistencia o no del vínculo contractual" (Corte de Santiago, 1.6.1998, GJ 216, 195).

causas de responsabilidad contractual que tengan por antecedente accidentes del trabajo (Código del Trabajo, artículo 420 letra f); y en los juicios respectivos se aplica el procedimiento concentrado de las causas laborales (artículos 425 y siguientes). A su vez, atendida la naturaleza laboral del procedimiento aplicable, se entiende que la prueba es evaluada según las reglas de la sana crítica (artículo 456).¹⁵⁵ A la inversa, con fundamento en el artículo 420 letra f, se ha estimado que los jueces del trabajo son incompetentes para conocer de acciones de responsabilidad extracontractual, aunque los ilícitos alegados sean infracciones a deberes de seguridad impuestas por el Código del Trabajo.¹⁵⁶

c) Se han planteado dudas respecto de la calificación de la responsabilidad cuando quien demanda no es el trabajador, sino los titulares de la acción de responsabilidad por el daño reflejo. Alguna jurisprudencia estimó que la acción de los familiares del trabajador fallecido también tenía por antecedente el daño que resulta de la infracción de deberes contractuales del empleador, de modo que, como en el caso de la acción del trabajador, la responsabilidad podía ser tenida por contractual.¹⁵⁷ Con todo, más recientemente se ha fallado que esta responsabilidad es extracontractual, de modo que la acción debe ser planteada ante la jurisdicción civil ordinaria, con los demás efectos que de ello se siguen (procedimiento de lato conocimiento, valoración reglada de la prueba, jurisdicción civil).¹⁵⁸

¹⁵⁵ La Corte Suprema ha fallado, respecto de la facultad de ponderación de la prueba de los jueces en los juicios del trabajo, específicamente por accidentes del trabajo, que "en tal actividad ejercida conforme a las reglas de la sana crítica, dichos jueces son soberanos", CS, 6.1.2003, GJ 271, 186 (*infra* N° 510).

¹⁵⁶ CS, 2.10.2003, rol N° 124-2003.

¹⁵⁷ Corte de Santiago, 13.12.1999, GJ 234, 203; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; CS, 14.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 91; CS, 11.7.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 119, también publicada en GJ 241, 160; y Corte de Santiago, 6.5.2002, GJ 263, 194. En los accidentes con resultado fatal, cuando los actores eran sucesores del trabajador fallecido y actúan en calidad de herederos, se ha estimado que las reglas aplicables son igualmente las de la responsabilidad contractual (CS, 25.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3°, 63; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 152, también publicada en GJ 242, 168 y F. del M. 501, 2427; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183).

¹⁵⁸ CS, 19.8.2003, GJ 278, 252; CS, 26.8.2003, F. del M. 513, 2155; Corte de Santiago, 11.9.2003, Rev. Fuego 1, 2004, 307; CS, 30.6.2004, Rev. Fuego 3, 2004, las dos últimas con comentario de C. Pizarro; CS, 2.10.2003, F. del M. 515, 2956; CS, 11.5.2004, GJ 287, 247; CS, 7.10.2004, GJ 292, 220; y CS, 24.8.2005, Sj 256, 7. En todos estos fallos se hace una referencia explícita a que la responsabilidad es extracontractual si los demandantes actúan a título personal y no en calidad de sucesores del trabajador fallecido, de lo que se deduce que resultan aplicables las reglas de la responsabilidad contractual para el evento que los mismos demandantes accionen en calidad de sucesores; el efecto práctico de esta doctrina es otorgar una opción a la víctima indirecta que tiene la calidad de sucesor del trabajador fallecido. La jurisprudencia que afirma la naturaleza extracontractual de la responsabilidad por daño reflejo, en caso de muerte del trabajador, se funda en que la extensión de la competencia de los tribunales laborales a materias de responsabilidad derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dejó excluida la responsabilidad extracontractual referida en el artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo (Código del Trabajo, artículo 420 letra f); véase nota subsiguiente.

Parece discutible esta calificación, porque si bien no existe una relación laboral directa entre las víctimas por rebote y el empleador, ellas reclaman daños producidos por el incumplimiento de deberes que surgían del contrato laboral con el trabajador fallecido, como sostenía la jurisprudencia antes referida. La relación contractual del trabajador con el empleador puede ser calificada, por otra parte, como un contrato que también cede en beneficio de un tercero, porque resulta evidente que las obligaciones de seguridad que contrae el empleador lo son respecto del trabajador y de su familia más inmediata, incluyendo en ésta al conviviente (*infra* N° 790).

Finalmente, no hay razón para que la acción del trabajador y la de las víctimas por rebote queden sujetas a procedimientos diferentes; en verdad, si se quisiera ser estricto en la observancia de la regla del artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo, la responsabilidad debiera regirse radicalmente por el derecho común (incluyendo la jurisdicción), por mucho que los deberes de cuidado del empleador estén determinados por la ley laboral; ello resultaría coherente, además, con la circunstancia de que el ordenamiento específicamente protector del trabajador accidentado se agota en la legislación especial sobre accidentes y enfermedades quedando sujeta la responsabilidad civil a las reglas generales.¹⁵⁹ Pero una vez aceptada la jurisdicción del trabajo, por estimarse que la responsabilidad se sigue del incumplimiento de obligaciones laborales, no debiera discriminarse desde el punto de vista procesal y sustantivo entre la víctima directa y las reflejas, pues en uno y otro caso la pretensión indemnizatoria tiene por antecedente el incumplimiento de deberes de cuidado en el ámbito de la relación laboral.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Larenz 1987 217.

¹⁶⁰ Como se ha señalado, la mayor dificultad para la unificación del sistema de acciones se encuentra en la regla del artículo 420 letra f del Código del Trabajo, que establece la competencia de los juzgados del trabajo para conocer de "los juicios en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual, a la cual será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16.744". De este texto se ha inferido que la jurisdicción laboral sólo alcanza al trabajador (que queda protegido por el estatuto contractual) y no a las víctimas reflejas, que sólo gozarían de una acción indemnizatoria según las reglas de la responsabilidad extracontractual. En verdad, la norma del Código del Trabajo, introducida por la ley N° 19.447, adolece de una inconsistencia sistemática, que podría ser resuelta por vía interpretativa. En efecto, el régimen de seguro obligatorio de accidentes del trabajo, que en otros ordenamientos excluye la responsabilidad civil, da lugar en el derecho chileno a una pretensión indemnizatoria a favor de "la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño" (artículo 69 letra b), sujetándola al derecho común, sin establecer diferencias según quien ejerza la acción. En consecuencia, corresponde a la jurisprudencia definir cuál es ese derecho común aplicable; y todo indica que es el propio de las relaciones contractuales, en atención a que las obligaciones de seguridad del empleador pueden entenderse establecidas en favor del trabajador y de su familia más inmediata. Sobre la conveniencia práctica y axiológica de uniformar por medio de ley los regímenes de responsabilidad, Díez 2003 76.

d) Ninguna duda se plantea si el responsable del accidente es un *tercero ajeno al empleador*, porque en tal caso la pretensión no tiene fundamento en el contrato de trabajo, de modo que la responsabilidad es inequívocamente extracontractual y la jurisdicción competente es la civil. Lo anterior debe entenderse con la reserva de que si ese tercero se encuentra con el empleador en una situación de dependencia, el empleador suele responder por el hecho ajeno (*infra* N° 508).

503. Ámbito de la responsabilidad civil del empleador. A diferencia del régimen de seguro de accidentes y enfermedades, la responsabilidad civil tiene por antecedente la culpa del empleador. En correspondencia, el ámbito de la responsabilidad es más restringido que el riesgo cubierto por el seguro. Mientras este último alcanza todo accidente que haya sucedido con ocasión de la relación laboral, incluso el ocurrido en el trayecto al lugar de trabajo, la responsabilidad civil sólo puede referirse a la esfera de cuidado del empleador.¹⁶¹ Sin embargo, este inequívoco principio legal ha sido objeto de severas calificaciones por la jurisprudencia, como se verá en los párrafos siguientes.

504. Naturaleza de la obligación de cuidado. a) En circunstancias que la responsabilidad civil del empleador se funda en su culpa o dolo, *no tiene por antecedente una obligación de garantía* del empleador que dé lugar a responsabilidad por el solo hecho de producirse el daño en la esfera de cuidado de este último, lo que funcionalmente equivale a una responsabilidad estricta contractual. De hecho, esa función de garantía es cumplida por el seguro de accidentes del trabajo, en su calidad de seguro de daños ocurridos con ocasión de la relación laboral, y cuyas prestaciones se devengan con independencia de la conducta del empleador.

b) Desde un punto de vista jurídico, el deber de cuidado del empleador corresponde a una *obligación de seguridad*,¹⁶² que tiene por objeto la integridad física y psíquica del trabajador. En este caso, la obligación de seguridad no es implícita (como ocurre usualmente en materia contractual), sino que está expresamente consignada en el Código del Trabajo: "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como tam-

¹⁶¹ Explicando esta idea y, por lo mismo, afirmando la irresponsabilidad del empleador por los accidentes de trayecto, la Corte Suprema ha fallado que "en este tipo de accidentes, es decir, de trayecto, el empleador no puede ejecutar, ya sea por imposibilidad física y material, el deber de protección de sus asalariados, razón por la cual el artículo 184 del Texto Laboral sólo le impone al ente patronal tal carga de cuidado, de sus asalariados, en las obras o faenas y, en consecuencia, por regla general, no puede asumir responsabilidad en este tipo de imprevistos laborales" (CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3°, 101); véase también CS, 13.5.2003, CJ 275, 222.

¹⁶² Sobre la idea de obligación de seguridad en el derecho francés, Mazeaud/Chabas 1998 396, Carbonnier 2000 520.

bién los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales" (Código del Trabajo, artículo 184 I).

c) Las obligaciones de seguridad, a diferencia de las obligaciones de garantía, no tienen por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino establecen un *deber de cuidado*, que debe ser apreciado según las circunstancias.¹⁶³ La equívoca redacción del referido artículo 184 I del Código del Trabajo puede inducir a error en esta materia, porque, por un lado, parece insinuar una obligación de garantía ("el empleador estará obligado a tomar todas las medidas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores"), aunque, por otro, establece una obligación de diligencia ("manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales"). Sin embargo, la norma se limita a enunciar un principio general en materia de obligaciones de seguridad del empleador y no tiene por finalidad establecer un estatuto de responsabilidad, diferente al general, fundado en la culpa, como parecen insinuar algunos fallos.¹⁶⁴

Por eso, en el sistema de protección del trabajador en el derecho chileno, la responsabilidad civil que se sigue del accidente del trabajo, que es *complementaria* respecto del seguro, debe ser construida sobre la idea de la culpa del empleador, según dispone expresamente el artículo 69 de la ley sobre accidentes del trabajo.

d) En estricto sentido, el estatuto protector especial del trabajador se agota en el ordenamiento especial sobre seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que establece las mayores garantías que el derecho puede técnicamente ofrecer para la reparación de un daño. Por

¹⁶³ Clarificador acerca de la circunstancia de que las obligaciones de seguridad no deben confundirse con las de garantía, ni con la responsabilidad estricta u objetiva, CS, 5.9.2002, F. del M. 502, 2520.

¹⁶⁴ Alguna jurisprudencia ha tendido *de lege ferenda* a derivar hacia una forma de responsabilidad, fundando esta obligación de seguridad en el riesgo que el empleador crea para sus trabajadores. Así se ha fallado que "es el empresario que con su actividad económica crea condiciones de riesgo para sus dependientes quien está obligado a proporcionarles las condiciones de seguridad adecuadas para el normal desarrollo de su trabajo" (Corte de Santiago, 2.7.2002, CJ 265, 85); que no es el trabajador quien incurre en negligencia al exponerse a los riesgos de su oficio, sino que es "el empresario el que con su actividad económica crea condiciones particulares de peligrosidad que generan responsabilidad si no las desarrolla con la diligencia que un hombre diligente emplea ordinariamente en sus actividades propias" (Corte de Santiago, 9.7.2002, CJ 275, 227); que "el primer responsable por la prevención [de accidentes del trabajo] debe ser el empleador, por cuanto las obligaciones del contrato y el estado de necesidad pueden motivar a la exposición a riesgos del económicamente débil, situación que, como es de justicia evidente, la sociedad quiere y procura evitar" (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, CJ 270, 183); también se ha dicho que la obligación del empleador de brindar seguridad y adoptar todas las precauciones para evitar accidentes radica en que el trabajador "ha concedido al empleador el derecho de realizar determinados actos sobre su persona en el desarrollo del contrato de trabajo" (Corte de Concepción, 27.9.2002, CJ 270, 146).

eso, como se ha visto, en muchos ordenamientos jurídicos ese sistema protector excluye otras formas de reparación (*supra* N° 501). Así se explica que la responsabilidad civil, que puede tener lugar *además* de ese estatuto protector, se rija por principios de derecho privado, como expresamente señala el artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo.

505. Culpa de la cual se responde. De acuerdo con las reglas generales del derecho común, el empleador responde de culpa leve (artículo 1547 del Código Civil). Ello no significa que deba emplearse en la seguridad de los trabajadores el mismo nivel relativo de cuidado que el exigido para proteger, por ejemplo, la integridad de las cosas. De acuerdo con las reglas generales, el nivel de cuidado exigible depende del valor de los bienes jurídicos amenazados por la conducta del responsable. El estándar de diligencia del empresario prudente y diligente asume que éste adopta las prevenciones en consideración de la entidad de los bienes comprometidos (*supra* N° 58).¹⁶⁵

506. Determinación de los deberes de cuidado del empleador. De acuerdo con las reglas generales, el empleador está sujeto a deberes de cuidado que provienen de tres fuentes (*supra* N° 52). Ante todo, su conducta está regida por las reglas que señalan la ley, las regulaciones administrativas, así como también los reglamentos internos de seguridad laboral. La infracción a estas reglas da lugar a *culpa infraccional*. Además, está regida por los usos normativos de prevención de riesgo en la industria respectiva. Finalmente, el empleador está sujeto a los deberes generales de cuidado que responden al *estándar del empresario razonable y diligente*. Como se ha visto, en atención a que se trata de reglas de orden público, a efectos de construir en concreto estos estándares, resulta indiferente que la responsabilidad sea calificada bajo un estatuto contractual o extracontractual.

a) **Deberes de cuidado exigidos por los usos normativos de la actividad.** Además de las regulaciones legales y administrativas, la prevención de riesgos es una disciplina especial de la gestión empresarial. Los estándares informales o codificados privadamente son criterios especialmente útiles para determinar los deberes de conducta, pues expresan la expe-

¹⁶⁵ Se ha fallado que atendidos los valores comprometidos en el deber de seguridad, que no son de carácter patrimonial, sino que importan la propia vida, la integridad física y psíquica y la salud del trabajador, el empleador debe aplicar sumo cuidado en proteger al trabajador (CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3°, 89, publicada también en F. del M. 486, 851; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 152, publicada también en GJ 242, 168, y F. del M. 501, 2427; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; Corte de Concepción, 25.10.2003, rol N° 1.730-2003, confirmada por CS [cas. forma] 28.1.2004, rol N° 5.212-2003). Aunque a veces se hace alusión a que el empleador resulta responsable de la culpa levisísima, en razón de los bienes comprometidos, no parece necesario recurrir a esta alteración de *lege ferenda* del grado de culpa del cual se responde, sino que es preferible atender al cuidado que una persona juiciosa pone ordinariamente ante riesgos de esa significación (*supra* N° 46).

riencia acumulada en una materia que ha sido objeto de especial atención en el desarrollo de buenas prácticas empresariales (*supra* N° 56).

b) **Deberes de cuidado construidos de conformidad con el estándar del empresario diligente.** De acuerdo con el principio establecido por el artículo 184 del Código del Trabajo, el empleador tiene el deber de velar por la seguridad de los trabajadores empleando el cuidado necesario para prevenir eficazmente los accidentes y enfermedades profesionales (incluyendo las de carácter psíquico). Los deberes de cuidado dirigidos a este fin pueden ser ordenados en torno a algunos aspectos principales:¹⁶⁶

- *Personal competente:* El empleador responde si el accidente se debe a la incompetencia de otros trabajadores de la empresa. Si éstos no están habilitados para realizar las tareas preventivas concretas que resultan exigibles, atendidas las circunstancias, la culpa es personal del empleador que no ha dotado a la empresa de los recursos humanos necesarios para prevenir accidentes. A su vez, si el accidente se debe a la culpa de otro trabajador, el empleador responde por el hecho ajeno, de acuerdo con las reglas generales (*supra* § 18 a).¹⁶⁷

- *Equipamiento adecuado:* Especialmente en el caso de accidentes con maquinarias o equipos de transporte, la causa se puede encontrar en que estos son impropios o están en estado defectuoso. Así, por ejemplo, se ha fallado que hay culpa del empleador si la máquina perforadora que empleaba el trabajador no tenía una envoltura protectora exigida para efectos preventivos, ni estaba en buenas condiciones;¹⁶⁸ si el neumático de un

¹⁶⁶ En la ordenación de los deberes de cuidado del empleador sigo una tipificación de Markesinis/Deakin *et al.* 2003 567; en el derecho inglés existe en materia laboral un régimen análogo al chileno, esto es, de seguridad social complementada por un estatuto general de responsabilidad civil (*torts*).

¹⁶⁷ Se ha fallado que hay responsabilidad de la empresa si en una operación destinada a la inspección de la techumbre de un galpón, no se adoptan por el personal especializado las medidas de seguridad adecuadas, ascendiéndose a la techumbre mediante una grúa horquilla acondicionada al efecto, sin cuerdas, cascos o cinturones de seguridad, a resultas de lo cual se produce un accidente fatal, ya que "la falta de adopción de las medidas de seguridad en la operación descrita importa una conducta culposa de parte de empleados de la demandada que intervinieron en los hechos, por la cual la empresa demandada debe responder civilmente, puesto que tuvieron que prever que constituía una imprudencia efectuar la maniobra proyectada sin las medidas de seguridad del caso, y que ello podría provocar la caída de una persona que efectuara la inspección de la techumbre" (Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96). Igualmente hay responsabilidad de la empresa si sus supervisores no advierten la fisura de un poste de concreto de nueve metros de altura y ordenan a un trabajador treparlo, produciéndose el quiebre del poste y la posterior caída del trabajador (Corte de Santiago, 11.7.2000, confirmado por CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3695). En el mismo orden de ideas se ha fallado que si el jefe de cuadrilla de una empresa ordena ejecutar una tarea de alto riesgo sin tomar los resguardos requeridos, produciéndose un accidente, "la empresa por tratarse de un accidente del trabajo en condiciones impropias por falta de seguridad adecuada, responde por el hecho del jefe de cuadrilla que dio la orden, y que está a su cuidado" (Corte de Copiapó, 2.10.2001, rol N° 4.383-2001).

¹⁶⁸ Corte de Santiago, 8.3.1999, GJ 225, 175.



gran camión utilizado en operaciones mineras explota porque no ha sido inflado de acuerdo con las prescripciones técnicas,¹⁶⁹ o si el andamio de una construcción ha sido construido de manera incorrecta, provocando la caída de un trabajador.¹⁷⁰

• *Seguridad del espacio físico donde se trabaja.* No es posible definir en abstracto las condiciones que debe tener el espacio físico donde se trabaja. El estándar de razonabilidad se relaciona con la entidad del riesgo que el empleador debe prevenir (*supra* N°s 59 y 60) y con los medios disponibles que la diligencia exige introducir.¹⁷¹

¹⁶⁹ Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183.

¹⁷⁰ Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281. En el mismo sentido, se ha resuelto que hay responsabilidad del empleador si el accidente se debe a la falta de chalecos salvavidas y flotadores para trabajadores que realizan labores marítimas (Corte de Puerto Montt, 26.5.1999, rol N° 7.721, confirmada por CS [cas. fondo], 22.6.2002, rol N° 2.439-1999); si no existen los elementos adecuados para transportar un pesado tablero eléctrico desde un primero a un quinto piso, efectuándose la maniobra en una plataforma o montacargas no apto para dichos fines (Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195); si al trabajador que está encargado de la revisión y mantención de calderas que se encuentran en un espacio cerrado, no se le ha provisto de algún especial instrumento de seguridad que le permita advertir la excesiva presencia de monóxido de carbono y de mascarillas idóneas (CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 152, publicada también en GJ 242, 168, y F. del M. 501, 2427); si se ha ordenado la realización de una maniobra de carga de pesados ángulos metálicos sobre un vehículo que no cuenta con ninguna aptitud para ello (Corte de Copiapó, 18.7.2002, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 6.10.2003, GJ 271, 186); y, si para mover cajas que están en altura el trabajador ha debido subirse a la uña de una grúa horquilla, siendo insuficiente para su seguridad que esté provisto sólo de zapatos especiales y cinturón de seguridad (CS, 10.6.2003, F. del M. 511, 1332).

¹⁷¹ Un caso típico de apreciación de la culpa en atención a la seguridad del lugar de trabajo se muestra en un fallo que condenó a una empresa frutícola porque no contaba con una plataforma estable, ni con otras protecciones que ordenaba la experiencia para que el operador de una máquina no corriera el riesgo de sufrir un accidente (Corte de Rancagua, 7.3.2002, rol N° 18.105, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, rol N° 1.187-2002); aplicando el mismo criterio se ha fallado que el empleador infringe su obligación de seguridad si carecía de sidos adecuados para lavar fondos de casino, disponiendo que dichas labores se efectuaran en un sector desunado a la descarga de camiones, donde, a su vez impropriadamente, se encontraba un camión que era objeto de revisión mecánica, que se deslizó hacia una muralla de contención, aprisionando al trabajador que allí efectuaba labores de aseo, el que a causa de ello sufrió la amputación de una pierna (Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168); se ha resuelto que hay culpa por falta de seguridad del lugar físico en que se trabaja si se dispone de manera permanente que trasvajies de bencina se realicen en los vestidores, cerca de una resistencia eléctrica y de equipos de calefacción hechos, a resultas de lo cual se produce un incendio que causa quemaduras severas a un trabajador (CS 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3°, 89, publicado también en F. del M. 486, 851); incurre en negligencia la empleadora que autoriza que labores de soldadura y esmerilado se efectúen en un espacio contiguo a un galpón donde se efectúan operaciones que implican la manipulación de productos químicos altamente inflamables, produciéndose un accidente de trabajo debido a que una chispa salta de un lugar a otro (Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203); no ofrece seguridad el lugar de trabajo cuya cortina metálica de acceso se encuentra en mal estado, a media altura, obstruyendo la circulación de los trabajadores, lo que termina por causar un accidente (Corte de Santiago, 8.9.2004, GJ 291, 238).

• *Organización industrial eficiente.* La mayoría de los casos de responsabilidad civil por accidentes laborales parece tener por antecedente un defecto de organización que el demandante atribuye al empleador. Este defecto se refiere especialmente al establecimiento de un sistema de seguridad proporcionado al riesgo, a instrucciones apropiadas y a un mecanismo de supervisión para comprobar que el sistema y las instrucciones funcionan apropiadamente.¹⁷² A pesar de su aparente simplicidad, en la práctica este concepto adolece de imprecisión. Así se explica que a menudo los fallos se limiten a inferir la falta en la organización del mero hecho de que haya ocurrido el accidente.¹⁷³ Como se verá en el próximo párrafo, ello puede ser inobjetable si existen antecedentes para construir una presunción de culpa. Sin embargo, esta forma de ver el asunto adolece del riesgo de que una presunción vagamente construida devenga de hecho en indestructible, con lo que la responsabilidad tiende a transformarse en un régimen de responsabilidad estricta, alterándose así el estatuto de responsabilidad por culpa que la ley establece como complementario del seguro de accidentes y enfermedades laborales. Me parece que una opinión inglesa expresa un buen punto de equilibrio en la materia: "Es deber del empleador considerar la situación, para diseñar un sistema de prevención adecuado, para instruir a su personal acerca de lo que deben hacer y suministrar los elementos que pueden ser requeridos. Por cierto que él no puede estar seguro de que el personal hará lo debido cuando trabaja sin supervisión. Pero si él hace lo que es razonable para asegurar que el sistema sea operado con seguridad, habrá hecho lo que está obligado a hacer".¹⁷⁴

En definitiva, la responsabilidad por culpa se sostiene en un juicio acerca de lo que razonablemente se puede esperar de quien tiene un deber de cuidado. En circunstancias que ninguna regulación profesional o legal puede aspirar a la exhaustividad, el más general de los criterios de determinación de los deberes de cuidado es el estándar de la persona razonable. La responsabilidad por culpa supone que el juez se ponga en la situación de un empresario prudente y diligente y compare, sobre la base de los hechos de la causa, si el demandado observó ese estándar de conducta (*supra* § 18). En otras palabras, el juicio de culpabilidad requiere comparar la conducta efectiva con la que debió observarse en concreto.

c) *Culpa infraccional.* No es esta la sede para analizar los innumerables tipos de regulaciones de seguridad laboral (Código del Trabajo; Có-

¹⁷² Markesinis/Deakin *et al.* 2003 569.

¹⁷³ Véanse, por ejemplo, Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; CS, 11.7.2000, GJ 241, 160; CS, 24.10.2000, GJ 244, 98, publicado también en F. del M. 503, 3498; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3°, 103; CS, 8.8.2002, RDJ, t. XCVII, sec. 3°, 152; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; CS, 9.1.2003, F. del M. 506, 5214; Corte de Santiago, 9.7.2003, GJ 275, 227; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; y CS, 11.9.2003, GJ 279, 230.

¹⁷⁴ Lord Reid en *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas*, AC 180, 194 (1953), citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2003 569.

digo Sanitario; DS 594/1999, del Ministerio de Salud, que reglamenta las condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo; regulaciones especiales para ciertos tipos de actividades empresariales; normas que establecen deberes de prevención, en la forma de comités de higiene y seguridad y reglamentos internos, entre muchas otras).¹⁷⁵ En principio, la infracción de un deber legal y reglamentario permite dar por acreditada la culpa, a menos que se muestre que la norma infringida no tiene por fin prevenir el accidente por el cual se demanda o que el accidente habría ocurrido de igual modo si se hubiese observado la regla (*supra* N° 53).

507. Prueba de la culpa. a) En el ámbito contractual, las obligaciones de seguridad pueden ser de medio o de resultado. Son *obligaciones de medio* si la obligación del deudor consiste en adoptar las medidas razonables de prevención; son *obligaciones de resultado* si la obligación consiste en evitar al trabajador la producción de un accidente.¹⁷⁶ En un caso la responsabilidad requiere que se pruebe la negligencia del empleador; en el otro, la negligencia se infiere de la materialización del daño.¹⁷⁷ De hecho, nada indica que la respuesta tenga que ser rotunda. La distinción entre obligaciones de medio y resultado tiene una función heurística, que facilita la comprensión de la naturaleza de la relación, más que clasificatoria.¹⁷⁸

La norma del artículo 184 del Código del Trabajo, aunque hace referencia al deber de conducta del empleador de mantener las condiciones adecuadas de higiene y seguridad (lo que típicamente alude a una obligación de medios), parece indicar que se trata de una obligación de seguri-

¹⁷⁵ Un panorama en Cerda 1999 23.

¹⁷⁶ Carbonnier 2000 521.

¹⁷⁷ No es este el lugar para analizar una distinción que pertenece típicamente a la responsabilidad contractual; la distinción atiende a que en algunas relaciones contractuales el deudor está obligado a proporcionar un beneficio al acreedor; de modo que se entiende que la ha infringido si no lo hace (típicamente en las obligaciones de dar y entregar), mientras que en otras, la obligación se refiere a ejecutar diligentemente una prestación, que puede o no traducirse en un resultado beneficioso para el acreedor (como ocurre con frecuencia en las obligaciones profesionales). Las obligaciones de resultado son fácilmente calificables bajo las reglas del artículo 1547; por el contrario, en las obligaciones de medio, el juicio acerca de si el deudor se comportó diligentemente es esencial para saber si hubo incumplimiento. En otras palabras, en la obligación de resultado la culpa se presume, mientras en la obligación de medios es objeto de prueba compartida entre las partes (*supra* N° 463).

¹⁷⁸ Mazeaud/Chabas 1998 14. En el derecho francés, se ha fallado que en virtud del contrato de trabajo que lo une a su trabajador, el empleador se compromete frente a éste a una obligación de seguridad de resultado, *especialmente* en lo concerniente a las enfermedades profesionales contraídas por el trabajador por el hecho de los productos fabricados o utilizados por la empresa (cass. social, 28.2.2002, Bull. Civ. V, N° 81). Fallos posteriores han extendido esta calificación a los accidentes del trabajo: si se acredita la conciencia del peligro y la ausencia de medidas de protección por parte del empresario, la jurisprudencia ferida asume que se trata de una culpa inexcusable.

dad calificada por el resultado, en la medida que establece el deber de proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores (*supra* N° 464).

Por otra parte, lo dicho respecto de la presunción de culpa por el hecho propio tiene aplicación extensiva a esta materia (*supra* § 14), por que tratándose de un régimen legal de responsabilidad, las categorías de la responsabilidad extracontractual pueden resultar igualmente pertinentes que las del derecho de los contratos. Aplicando estas reglas, se puede concluir también que se trata de una responsabilidad por culpa presunta, en especial en lo referente a enfermedades profesionales y a accidentes en que inequívocamente han intervenido cosas o personas que pertenecen al ámbito de cuidado del empleador.

b) La *jurisprudencia* no ha sido uniforme en la materia. Por un lado, se ha asumido que la obligación del empleador es de medios, porque del mero hecho de que el trabajador se haya accidentado con ocasión del trabajo no se sigue que exista responsabilidad del empleador, pues debe existir "una conducta ilícita de su parte, que incida en el daño que se trata de indemnizar, como son los incumplimientos o las omisiones de las obligaciones de seguridad y protección que le impone la ley".¹⁷⁹ Pero, por otro lado, se ha entendido que la obligación es de resultado, porque si bien "en caso alguno puede llegar a entenderse que el empleador se compromete a que no se produzcan accidentes", también "corresponde al empleador probar que adoptó todas las medidas necesarias y proporcionó todos los elementos o implementos requeridos para evitar accidentes en el trabajo".¹⁸⁰

El camino más seguro para interpretar estas diferentes opiniones es asumir que no es sensato forzar un criterio uniforme, sino que es tarea de la jurisprudencia tender una línea divisoria entre los diversos grupos de casos. Así, si el accidente cae dentro del ámbito de actividades que están bajo el control del empleador y se cumplen las condiciones generales para que pueda presumirse en principio su culpa por el hecho propio (*supra* N° 94),¹⁸¹ la culpa debiera presumirse y la prueba liberatoria debería corresponder al demandado;¹⁸² y, cuando proceda, la jurisprudencia debiera

¹⁷⁹ CS, 21.10.2002, F. del M. 503, 3182, pronunciado respecto de un accidente del tránsito sufrido por un trabajador en cumplimiento de sus deberes, pero causado exclusivamente por la conducta imprudente de un tercero ajeno al ámbito de control del empleador.

¹⁸⁰ Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146. En concordancia con la doctrina que afirma que la responsabilidad del empleador es contractual, se ha fallado que el orden jurídico "pone el peso de la prueba de cargo del empleador -del demandado, para el caso- quien de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil (artículo 1547 del Código Civil) está gravado con una presunción de culpa que debe desvirtuar" (Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003).

¹⁸¹ En un caso en que la presunción de culpa resultaba evidente (tanto por la peligrosidad de la acción, como por una máxima de la experiencia), se estimó negligente haber admitido faenas en el lugar donde el mismo día se había limpiado un pozo con gran cantidad de ácido sulfúrico (Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85).

¹⁸² Como expresamente se exige en Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; y Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281.

estar abierta a aceptar la excusa de razonable diligencia.¹⁸³ Por el contrario, si el accidente, aunque sea con ocasión del trabajo, escapa al ámbito de cuidado que naturalmente corresponde al empleador (como ocurrió en el caso del accidente del tránsito sufrido por el trabajador en cumplimiento de sus deberes), es sensato que la prueba de la negligencia corresponda al demandante.¹⁸⁴

c) Lo expresado en el párrafo precedente resulta igualmente aplicable si la responsabilidad que se hace valer tiene fundamento extracontractual (*supra* N° 502).

508. Responsabilidad por el hecho ajeno. a) El empleador puede verse obligado a responder por el hecho ajeno en dos hipótesis principales: cuando el accidente es sufrido por un trabajador de un contratista o cuando es provocado por alguna persona por cuyo hecho responde.

b) En el derecho del trabajo, el dueño de una obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los *contratistas* en favor de los trabajadores de éstos; la responsabilidad puede extenderse de igual modo a los subcontratistas (Código del Trabajo, artículo 64). La responsabilidad subsidiaria está limitada al cumplimiento de las obligaciones que suponen prestaciones en dinero, atendido el contexto en que se encuentra esa disposición (Capítulo VI, Título I, Libro I del Código del Trabajo, titulado "De la protección a las remuneraciones").

En la medida que la responsabilidad del principal no tiene por antecedente la infracción de las obligaciones remuneratorias y previsionales referidas en esa disposición legal, la responsabilidad del empresario que encarga la obra a un subcontratista sólo puede basarse en su propia culpa.¹⁸⁵ Así se ha fallado que esa responsabilidad "debe estimarse extendida sólo a aquellos casos en que el dueño de la obra, faena o empresa ha podido fiscalizar el cumplimiento por el contratista o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable".¹⁸⁶ Pero también existe jurisprudencia que entiende que la responsabilidad subsidiaria del principal se

¹⁸³ En un caso referido a la acción de un trabajador que sufrió la fractura del quinto metatarso del pie derecho y otras lesiones a consecuencia de un accidente en el taller del demandado, la Corte estimó que el empleador había cumplido los deberes de seguridad en la medida que "dispuso de todas las medidas necesarias para la prevención de accidentes, implementando todos los mecanismos necesarios para desarrollar una faena de alto riesgo, con la mayor precisión y seguridad", a lo que se agregaba una correcta instrucción y equipamiento del personal, de modo que el accidente era atribuible exclusivamente a la conducta desaprensiva del trabajador (Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146).

¹⁸⁴ Como expresamente se exige en CS, 30.11.2000, GJ 245, 39, publicada también en F. del M. 504, 4152.

¹⁸⁵ En este sentido, con antecedentes históricos, textuales y sustantivos, Zelaya en Baraona/Zelaya 2005 114.

¹⁸⁶ Así, CS, 29.4.2004, rol N° 2.297-2003; en distinto sentido, Corte de Santiago, 31.1.2001, GJ 248, 211.

extiende no sólo a la protección de las remuneraciones y prestaciones de seguridad social, sino también a las obligaciones de seguridad del contratista con sus trabajadores.¹⁸⁷ Esta jurisprudencia implícitamente asume, en general, que el principal ha actuado con negligencia en la programación o coordinación de las tareas o en el mantenimiento de las instalaciones.¹⁸⁸ Al establecerse esta responsabilidad por el hecho de los contratistas no puede ignorarse que la economía contemporánea se basa crecientemente en la división del trabajo, que lleva a que las labores complejas sean progresivamente ejecutadas con la participación de contratistas autónomos y especializados, que carecen de vínculos de dependencia con quien hace el encargo, de modo que no hay razón para extender la responsabilidad del principal más allá de su ámbito de cuidado, a menos que pueda imputársele en la relación un abuso de la personalidad jurídica (*supra* N° 135). Y si *de lege ferenda* se aceptare una aplicación extensiva del artículo 64 del Código del Trabajo, se entiende que esta responsabilidad es subsidiaria, de modo que sólo procede si el contratista no cumple con la obligación indemnizatoria que le ha sido impuesta.¹⁸⁹

c) El empleador responde por el hecho ajeno de quienes están bajo su *dependencia o cuidado*. En la materia existe una diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En la primera, la responsabilidad es vicaria, por interpretación extensiva del artículo 1679 (*infra* N° 782); en la segunda, el principal es responsable en razón de la presunción de culpa del empresario por el hecho de sus dependientes, que la jurisprudencia ha extendido hasta el límite de la responsabilidad vicaria (*supra* § 18).

509. Culpa concurrente del trabajador. En circunstancias que se trata de un régimen de responsabilidad de derecho común, que complementa el sistema de seguro social, si la víctima del accidente se ha expuesto imprudentemente al daño, corresponde aplicar a la relación entre el empleador

¹⁸⁷ Se ha fallado que hay responsabilidad del empleador si uno de sus trabajadores sufre un accidente debido a la negligencia de una empresa externa, contratada para el montaje e instalación de un neumático que posteriormente explota (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183); en sentido análogo, Corte de Santiago, 31.1.2001, GJ 248, 211; CS, 2.1.2004, rol N° 676-2004; CS, 31.5.2004, rol N° 756-2003 (citados estos últimos por Zelaya en Baraona/Zelaya 2005 111).

¹⁸⁸ Exigiendo algún grado de control del dueño de la obra o faena como condición para imponerle responsabilidad por accidentes del trabajo, CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3°, 101; Zelaya en Baraona/Zelaya 2005 112 entiende que los fallos que dan lugar a la responsabilidad del principal generalmente asumen que éste ha incurrido en negligencia.

¹⁸⁹ Sobre la subsidiariedad de esta responsabilidad, se ha fallado que "conforme a la naturaleza misma de una obligación subsidiaria, no procede demandar ni requerir de pago al dueño de la obra, empresa o faena, sin haber requerido previamente al contratista o subcontratista, respectivamente, como tampoco demandar conjuntamente a ambos" (Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199); CS, 29.4.2004, rol N° 2.297-2003, establece como criterio de responsabilidad del principal precisamente que éste haya tenido la posibilidad de fiscalizar y controlar las medidas de seguridad del contratista.



y el trabajador la regla de compensación de culpas y de disminución correlativa de la indemnización (artículo 2330 del Código Civil). La relación civil entre el empleador y el trabajador asume que ambos son personas que interactúan sobre la base del respeto recíproco y del debido cuidado de sí mismas, de modo que no es razonable imputar al empleador, en esta sede, las negligencias del trabajador. Ello no impide que en la apreciación de la negligencia laboral sean consideradas las circunstancias concretas del caso, en especial las consecuencias que puede tener la rutina en los niveles de atención que se pueden esperar del trabajador (*supra* N° 285).¹⁹⁰ A falta de esta justificación, la culpa del trabajador debe entenderse determinante en la disminución de la indemnización o en la exclusión de la responsabilidad, según las reglas generales (*supra* N° 289 y 290).¹⁹¹

510. Valoración de la prueba según el criterio de la sana crítica. En la medida que las causas de responsabilidad civil en que se invoca la responsabilidad contractual del empleador quedan sujetas a las reglas de procedimiento que el Código del Trabajo establece para la jurisdicción laboral, la prueba queda sometida a la valoración de conformidad con las reglas de la sana crítica (Código del Trabajo, artículo 456). Esa norma dispone que el juez, al apreciar la prueba de esa manera, "deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime"; la disposición luego agrega que "en general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

En consecuencia, la apreciación de conformidad con la sana crítica exige del juez la explicación de las circunstancias concretas que le permiten llegar al convencimiento en la determinación de los hechos. Los jueces son soberanos en obtener sus conclusiones a menos que en la

¹⁹⁰ La jurisprudencia, sin embargo, en materia de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, extiende a veces de modo exorbitante el criterio protector del derecho laboral, como se muestra en situaciones que podrían ser consideradas de exclusiva responsabilidad de la víctima; así, por ejemplo, en el caso de un accidente provocado por la caída de un ascensor en un pique minero, en circunstancias que la víctima ordenó una reparación hecha, sin esperar la llegada del personal especializado (CS, 30.9.2002, rol N° 1.733-2001). En contraste, se ha entendido que no hay lugar a responsabilidad civil respecto del trabajador que sufre un accidente por no emplear la ropa de protección provista y prescrita por la empresa (Cerdea 1999 26).

¹⁹¹ Véase, por ejemplo, Corte de Puerto Montt, 26.5.1999, rol N° 7.721, confirmada por CS [cas. fondo], 22.6.2002, rol N° 2.439-99; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; CS, 29.1.2001, GJ 247, 199; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96; Corte de Santiago, 27.9.2002, GJ 270, 146; CS, 15.10.2002, F. del M. 503, 3258; Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282.

determinación de tales hechos hayan desatendido las razones que la ley establece como *criterios y requisitos* de convicción.¹⁹²

Por eso, a efectos del recurso de casación, el control jurídico del razonamiento supone exigir que la sentencia contenga materialmente una expresión razonada de los hechos y que la conclusión se siga coherentemente de consideraciones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, lo que no significa ir contra los hechos establecidos en la instancia, sino velar por el cumplimiento de los requisitos que la ley impone al razonamiento según la sana crítica.¹⁹³

511. Acciones indemnizatorias. Daños indemnizables. a) Como se ha visto, la Ley de accidentes del trabajo establece dos acciones (*supra* N° 501). La primera, concedida al asegurador que ha pagado las prestaciones legales (artículo 69 letra a), tiene su antecedente en la subrogación legal que se produce a favor del asegurador de daños que ha pagado a la víctima de los daños; la segunda, concedida al trabajador y a las víctimas del daño reflejo, es indemnizatoria, y cubre los daños patrimoniales y morales que no han sido compensados por el seguro.

Sin embargo, la acción de las víctimas tiene una extensión más amplia que la del asegurador, porque se extiende al daño moral. En circunstancias que las prestaciones del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son patrimoniales (daño emergente del tratamiento y lucro cesante de la pérdida de ingresos), la indemnización por el daño moral que obtenga la víctima en el juicio de responsabilidad no concurre con la pretensión restitutoria del organismo asegurador.

La responsabilidad del empleador se rige por el derecho común, de modo que el daño patrimonial y moral son determinados de conformidad con las reglas generales (*Capítulo IV*).¹⁹⁴

b) El cúmulo de prestaciones del asegurador y del tercero civilmente responsable, así como la concurrencia de acciones del asegurado y del asegurador en contra del responsable, son referidos en el capítulo referido a las acciones (*infra* N° 696).

¹⁹² Así CS, 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659; CS, 6.1.2003, GJ 271, 186; y CS, 2.12.2003, rol N° 4.142-2003.

¹⁹³ Un caso de responsabilidad por accidentes del trabajo en que la Corte Suprema invalidó una sentencia por infracción a las exigencias argumentativas que impone la sana crítica en CS, 28.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3°, 113, publicada también en GJ 263, 170.

¹⁹⁴ Sin embargo, es especialmente destacable la fructífera producción jurisprudencial en esta materia que expresamente declara la procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual; en este sentido, véanse CS, 16.6.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3°, 94; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183. Sobre la indemnización del daño moral en sede contractual y su tratamiento en el derecho chileno, *supra* § 24 i.

§ 52. ACCIDENTES DEL TRÁNSITO

a. Introducción

512. Responsabilidad civil y seguro en los accidentes del tránsito. a) El uso de vehículos motorizados se ha masificado y ha dado lugar a un ámbito de actividad especialmente riesgoso, tanto por la probabilidad de sufrir accidentes, como por la intensidad de los daños que éstos amenazan producir. En razón de ambos factores, la circulación de vehículos motorizados y el tránsito en vías públicas (como peatones, pasajeros o conductores) es la actividad más riesgosa que emprendemos cotidianamente.

Sin embargo, la reducción de los costos del transporte y los beneficios sociales asociados al uso de vehículos motorizados son tan significativos, que justifican la aceptación generalizada de esa actividad riesgosa.¹⁹⁵ En este sentido, la responsabilidad por accidentes del tránsito es sintomática de cómo el derecho está dispuesto a asumir riesgos proporcionalmente mayores cuando una actividad es en particular valiosa y tiene como contrapartida un aumento generalizado de la riqueza y el bienestar. El límite está dado por las reglas que rigen la conducta de los agentes de riesgo, estableciendo un régimen de prevención basado en sanciones penales e infraccionales y un estatuto de responsabilidad civil que cumple funciones preventivas y de justicia correctiva.¹⁹⁶

A lo anterior, se agrega, como criterio de distribución de los costos de los accidentes, el establecimiento de regímenes de *seguros obligatorios* (que en algunas jurisdicciones significan disminuir sustancialmente la relevancia preventiva y correctiva de la responsabilidad civil).¹⁹⁷

¹⁹⁵ Calabresi 1985 1 muestra la aceptación del riesgo a partir de una hipótesis moral originaria: un dios maligno ofrece a la comunidad inmensos beneficios a condición de que aleatoriamente pueda elegir cada año un cierto número de víctimas para sus siniestros propósitos; el rechazo moral de este acuerdo es luego comparado con la introducción del automóvil y de los medios masivos de transporte. Desde luego que existen diferencias entre ese pacto y los accidentes de circulación: en el caso del automóvil, se trata del desarrollo espontáneo de una actividad, de modo que no hay acuerdo en un número de víctimas como contraprestación a los beneficios; no se trata de un intercambio, sino de un riesgo estadístico; existen reglas de responsabilidad que tienen por preciso objeto disminuir los accidentes y sistemas de seguros generalizados para compensar a las víctimas. Sin embargo, perdura una analogía más profunda de ese caso con la aceptación social de un riesgo, que trae beneficios inobjetable, pero que estadísticamente supone un cierto número de víctimas.

¹⁹⁶ La Corte Suprema ha resuelto que "ciertamente, la conducción de cualquier vehículo motorizado crea un riesgo, el cual, sin embargo, el ordenamiento jurídico permite, en atención a los beneficios sociales que implica el empleo de esos medios de transporte. Tal autorización, sin embargo, reconoce límites impuestos por el cuidado debido e implica la observancia de una serie de regulaciones tendientes a evitar que se excedan dichos márgenes de tolerancia" (CS, 12.11.2003, GJ 281, 155, también publicada en F. del M. 516, 3253).

¹⁹⁷ Una antigua discusión de la socialización del riesgo como modelo de estatuto legal de los accidentes del tránsito en Tunc 1981 *passim*, con informes de juristas europeos y referencias a la ley neozelandesa de 1978 que estableció un seguro general de accidentes, prescindiendo de su causa.

b) También en el derecho chileno se ha introducido un régimen de seguro obligatorio para accidentes del tránsito (ley N° 18.490), pero el legislador ha establecido coberturas en extremo restringidas, en el espíritu de no encarecer en exceso la tenencia del automóvil.

Asimismo, el tráfico automotriz es típicamente sede de *obligaciones legales de seguro*. En sistemas jurídicos donde el seguro obligatorio es comprensivo de los daños efectivos, a diferencia del seguro más bien básico establecido en Chile por la Ley de seguro obligatorio del tránsito, el efecto es que las partes en los juicios de responsabilidad por accidentes del tránsito sean usualmente compañías de seguros.

En la década de 1960 y 1970 se discutió en todos los países industrializados la conveniencia de suprimir el régimen de responsabilidad civil en materia de accidentes del tránsito, a efectos de poner término a lo que se llamó el carrusel de los seguros, en que unas compañías hacían transferencias a otras a consecuencia de juicios de responsabilidad, que usualmente concluían en transacciones extrajudiciales. Sin embargo, la experiencia ha llevado a concluir que resulta preferible conservar incentivos de conducta, aun en el sistema universal de seguros, en la forma de primas menores como incentivos para quienes no incurrir en responsabilidad civil y, eventualmente, mediante acciones de reembolso que se reconozcan al asegurador en caso de incurrirse en ciertos ilícitos calificados. Por eso, aun en lugares donde el seguro es universal, en cuanto a la cobertura personal y de daños derivados de accidentes, el sistema de responsabilidad civil conserva su función de instancia reguladora de incentivos.

A ello se agregan las razones generales contra el adormecimiento del sentido de lo correcto en nuestras relaciones recíprocas a que podría conducir un sistema generalizado de seguros, que justifican la persistencia de un régimen de responsabilidad civil que permanezca, en lo posible, conceptualmente independiente del seguro, aun en sistemas donde éste es obligatorio y comprensivo de todos los daños (*supra* N° 24 a).

513. ¿Responsabilidad estricta o por negligencia? a) En todos los sistemas jurídicos el tráfico automotriz estuvo regido en sus inicios por el régimen general de responsabilidad por negligencia. Con el correr del tiempo los sistemas jurídicos han tendido a separarse así, mientras en los países europeos rigen estatutos de responsabilidad estricta, en el derecho angloamericano continúa rigiendo el sistema de responsabilidad basado en la negligencia.¹⁹⁸ El derecho chileno extiende a los accidentes del tránsito el régimen general de responsabilidad por negligencia, que se apoya en un amplio conjunto de reglas del tránsito, cuya inobservancia da lugar a múltiples hipótesis de culpa infraccional. Paralelamente se establecen obligaciones de garantía del propietario y tenedor del vehículo, que adquieren la forma de una responsabilidad vicaria (*supra* N° 104), que tiene por antecedente la culpa del conductor, pero que, cumplida esa condición, es estricta respecto de la víctima de esa negligencia.

¹⁹⁸ Kötz/Wagner 2006 209, Shavell 1987 32.



b) En materia de política legislativa, pocas áreas del derecho de la responsabilidad se prestan con más claridad que los accidentes del tránsito para argumentar a favor de uno u otro régimen de responsabilidad, de modo que no cabe reiterar en este lugar la discusión ya referida en extenso al tratar de la responsabilidad estricta (*supra* § 36).

514. Sujetos de responsabilidad. a) De acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil, es primariamente responsable del accidente el *conductor* que incurre en una negligencia que resulta determinante en la producción del daño (artículo 174).¹⁹⁹ En circunstancias que el conductor puede resultar insolvente, la ley hace solidariamente responsables al *propietario* y al *tenedor* del vehículo por la obligación indemnizatoria que tiene por antecedente la culpa del primero (artículo 174 II).

A su vez, el *propietario* es responsable por su propia culpa si el accidente es causalmente atribuible al mal estado y condiciones del vehículo (artículo 175 I).

Finalmente, si el accidente es atribuible al mal estado de las vías, o a la ausencia o inadecuada señalización, la responsabilidad es atribuible al *Fisco* o a la respectiva *municipalidad*, en un importante caso de aplicación de la responsabilidad de los órganos públicos por falta de servicio (artículo 174 V).

b) Además de estas hipótesis principales de responsabilidad, la Ley del tránsito hace referencia a ilícitos especiales, conexos con la materialización del accidente. Ante todo, establece la responsabilidad de los *funcionarios que otorgan licencias de conducir en infracción a la ley*, autorizando de este modo a un conductor que luego por impericia o imprudencia provoca un accidente. Además establece la responsabilidad, conexa a la del propietario o tenedor del *concesionario de un servicio de revisión técnica* que haya entregado un certificado falso, sea por no haberse practicado la revisión o por contener afirmaciones contrarias a la verdad (artículo 174 IV). En ambos casos, se trata de una concurrencia de responsabilidad con el conductor, propietario o tenedor del vehículo, que la ley resuelve expresamente sobre la base del principio de solidaridad (*supra* N° 278).

b. Responsabilidad del conductor por el hecho propio

515. Régimen general de responsabilidad por accidentes del tránsito. La Ley del tránsito dispone que la conducción de un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, en virtud de una conducta que no toma en consideración los derechos ajenos o infrinja las reglas del tránsito, da lugar a responsabilidad civil (artículo 170). De este modo, se recoge el principio general de responsabilidad de que el conductor de un vehículo motorizado responde de los daños causados por su culpa, sea por

¹⁹⁹ Las referencias legales de este apartado se entienden hechas a la Ley del tránsito, a menos que del contexto se infiera que lo son al Código Civil.

no actuar con la consideración de los deberes generales de cuidado que resultan exigibles en nuestras relaciones recíprocas, sea por infringir las normas legales que rigen la actividad (*supra* § 10 d). En consecuencia, la Ley del tránsito no modifica el régimen general de responsabilidad, sino que desarrolla deberes legales de cuidado más detalladamente, ampliando así el alcance de la culpa infraccional.

516. Determinación legal de los deberes de cuidado del conductor: culpa infraccional. a) Es una práctica común que las actividades que presentan riesgos intensos sean reguladas por el legislador u otra autoridad con potestad normativa. Es el caso del tránsito de vehículos motorizados, donde la ley ha definido numerosas reglas que imponen a los conductores los más diversos deberes de conducta. Las consideraciones que sigue el legislador son preferentemente preventivas y asumen una valoración de los costos de reglas excesivamente exigentes y los beneficios asociados a la circulación de vehículos, buscando alcanzar un grado óptimo de prevención en ese contexto de fines encontrados entre sí.

La infracción a una regla del tránsito definida por el legislador tiene por efecto que el acto sea tenido por culpable sin necesidad de entrar en consideraciones adicionales (*supra* N° 53 b). El principio se encuentra recogido en la Ley del tránsito, en cuya virtud toda persona que conduzca un vehículo infringiendo las reglas legales de circulación o de seguridad resulta responsable de los perjuicios que de ello provengan (artículo 170). En consecuencia, las infracciones relevantes a efectos de la responsabilidad civil son las conductas que contravienen normas legales o reglamentarias y que resultan determinantes en la producción del daño, aunque no den lugar a ilícitos contravencionales sancionados con multa u otras penas (artículos 197 y siguientes).

b) La infracción a reglas legales supone contrastar la regla con la conducta efectiva, de modo que las circunstancias personales del autor en cuya virtud se produjo la infracción resultan irrelevantes. De este modo, quien emprende la conducción de un vehículo motorizado sin tener la aptitud para ello no puede invocar su propia debilidad como excusa.²⁰⁰ Por eso, en el plano puramente subjetivo, sólo resultan admisibles de un modo particularmente restrictivo las excusas de incapacidad o falta de libertad en la acción (*supra* N° 47).

Adicionalmente, la infracción a una regla del tránsito puede ser excusada invocando una razón más poderosa que ha impedido cumplirla, lo que supone un juicio de ponderación, como es típico de las causales de justificación (*supra* § 12); también puede ser excusa suficiente el caso fortuito o fuerza mayor, que supone la concurrencia de una causa extraña al demandado que ha intervenido en el accidente, situación en que se plan-

²⁰⁰ Así, la ley prescribe que ninguna persona podrá conducir un vehículo cuando se encuentre en condiciones físicas o síquicas deficientes (artículo 115); y la misma conducta es considerada, a efectos sancionatorios, como una infracción grave (artículo 198 N° 1).

tea un problema de imputación objetiva del daño cuando intervienen varias causas (*supra* N° 270).

En la medida que la infracción de las reglas del tránsito admite las excusas indicadas, el legislador señala que los ilícitos dan lugar a presunciones de responsabilidad (artículo 172). En verdad, se trata de hipótesis de culpa infraccional, que permiten calificar la conducta como ilícita (culpable), a menos que opere una excusa del infractor.

c) En definitiva, la responsabilidad por accidentes del tránsito se funda principalmente en un conjunto de reglas de conducta establecidas en la propia Ley del tránsito. En la práctica, la jurisprudencia tiende a enumerar las infracciones legales incurridas, asumiendo que el solo hecho de la infracción permite calificar la conducta de culpable.²⁰¹

517. Deberes generales de cuidado en la circulación de vehículos. a) La circunstancia de que el legislador haya definido múltiples deberes de cuidado que deben ser observados por quien conduce un vehículo motorizado no significa que el deber de diligencia se agote en el cumplimiento de esas reglas, pues la regulación no tiene pretensiones de exhaustividad y autoriza la determinación judicial de cuidados adicionales (*supra* N° 25). Las reglas generales de la responsabilidad civil suponen que el buen padre o madre de familia no sólo se guía por la letra de la ley, sino que también actúa de acuerdo a lo que la prudencia aconseja atendidas las particulares circunstancias de la acción. Por eso, la norma inicial del título sobre responsabilidad civil de la Ley del tránsito dispone que el ilícito de hacer peligrar la seguridad de los demás no sólo se produce por infracción a las reglas legales, sino también, en general, por la actuación desconsiderada con los derechos de los otros (artículo 170).

La determinación adicional de deberes de cuidado resulta del reconocimiento de la imposibilidad del legislador de establecer un catálogo detallado de conductas que considere todas las hipótesis relevantes de cuidado debido en el tráfico de vehículos motorizados. De este modo, si bien el cumplimiento de todas las reglas del tránsito es indicio de un comportamiento correcto, no es una garantía de irresponsabilidad. Las condiciones externas de la acción pueden llevar a que el cumplimiento de las reglas legales del tránsito resulte insuficiente y que los deberes de cuidado deban ser extremados (*supra* N° 55). Así, todo indica que un conductor prudente no imprime el mismo cuidado a su conducta cuando conduce por una

²⁰¹ La Corte Suprema ha sentenciado que "habrá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia necesarias para evitar un daño" (CS, 10.11.2005, CJ 305, 177; CS, 14.3.2006, rol N° 3.192-2009); enumerando las reglas legales y asumiendo que su infracción supone culpa: Corte de Santiago, 24.5.1999, CJ 227, 138; Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 66, también publicada en GJ 229, 153; CS, 24.1.2001, CJ 247, 134; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, CJ 263, 120; y Corte de Antofagasta, 15.12.2001, CJ 273, 95.

calle despejada, caso en que el cumplimiento de las reglas legales puede ser suficiente, que cuando lo hace por un vía agolpada de gente que participa en un acto público.

b) En la determinación de estos deberes de cuidado que no están definidos por la ley, los jueces realizan una tarea eminentemente normativa que supone definir en concreto la conducta que debió observar en esas circunstancias un conductor prudente y diligente. La ejecución de esta tarea supone recurrir a distintos criterios de diligencia (*supra* § 10 d 3), que, en el fondo, expresan la orientación práctica asumida por un conductor respetuoso de los demás.

518. Prueba de la culpa. a) La prueba de la culpa se refiere al hecho del demandado y a todas las circunstancias que permiten calificar la conducta como negligente (*supra* N° 84). A la víctima de accidentes del tránsito le será generalmente suficiente probar la conducta del demandado, porque, en la mayoría de los casos, ella constituye el supuesto de hecho de una culpa infraccional; en consecuencia, le bastará probar los hechos constitutivos de la infracción para que se tenga por configurada la negligencia (*supra* N° 86). Y si el demandado invoca una excusa, a él corresponderá probar los hechos que desvirtúan la presunción *prima facie* de negligencia que envuelve la infracción a la norma legal o reglamentaria.

b) Por el contrario, si la ilicitud de la conducta se sustenta en la infracción de un uso normativo o de un deber de conducta construido judicialmente, el demandado deberá probar precisamente todas las circunstancias relevantes que permitan al juez calificar el acto como culpable, a pesar de que formalmente no se ha violado norma legal o reglamentaria alguna (*supra* N°s 87 y 88). Para probar la culpa pueden emplearse cualesquiera medios probatorios, sin que opere restricción alguna respecto de la prueba testimonial (*supra* N° 89).

519. Presunciones de responsabilidad. a) Además de las hipótesis de delitos, infracciones y contravenciones tipificadas y penadas en el Título XVII, la Ley del tránsito establece un listado de *presunciones de responsabilidad civil* (artículo 172). En algunos casos, estas presunciones reiteran ilícitos sancionados por aquellas normas punitivas (por ejemplo, artículo 172 N° 3, en relación con 196 E); pero también se hace referencia a conductas que no infringen deberes de cuidado establecidos por otras disposiciones de la ley. La interpretación más apropiada de esta norma resulta ser que estas presunciones complementan las diversas hipótesis de culpa infraccional, que tienen por antecedente el incumplimiento de cualesquiera deberes de cuidado establecidos por la ley. En consecuencia, si la conducta del conductor corresponde a alguna de las conductas que dan lugar a las presunciones, se aplica, a efectos del requisito de la culpa, el mismo principio general que rige la infracción a una norma legal, en cuya virtud la conducta es culpable, desde el punto de vista civil, *en razón de la infracción*, a menos que el conductor logre probar una excusa suficiente (*supra* N° 516).



b) La pregunta que queda abierta es si la expresión 'presunciones de responsabilidad' se extiende a los otros elementos del ilícito civil, especialmente a la *causalidad*. La materia será tratada enseguida al analizar en particular este requisito de la responsabilidad (*infra* N° 521). En ningún caso, sin embargo, la presunción puede alcanzar al *daño*, que debe ser probado de conformidad con las reglas generales (*supra* §§ 23 d y 24 h).

520. El manejo bajo la influencia del alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y en estado de ebriedad. a) La Ley del tránsito tipifica dos ilícitos relacionados con la ingesta de alcohol, el primero contravencional y el segundo penal: el *manejo bajo la influencia del alcohol* y el *manejo en estado de ebriedad*.²⁰² La sola realización del tipo infraccional o penal califica de ilícita la conducta y da lugar a la respectiva sanción administrativa o penal; pero para que de ella se siga responsabilidad civil es necesario que el ilícito sea la precisa causa del daño sufrido por el demandante (artículo 171, *infra* N° 521).²⁰³ En verdad, es difícil imaginar un supuesto en que un daño sea exclusivamente imputable a la infracción legal consistente en conducir con una significativa concentración de alcohol en la sangre. Lo determinante desde el punto de vista de la responsabilidad civil es que el manejo bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad devenga en un incumplimiento de otros deberes de conducción, que si son causa precisa de accidentes del tránsito. Con todo, el manejo bajo la influencia del alcohol da lugar a una presunción de responsabilidad (artículo 172 N° 3), que exige del demandado la prueba de que su condición no resultó determinante en la materialización del accidente.

b) Lo dicho respecto de la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol se aplica a hacerlo bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (artículos 115 A II, 172 N° 3 y 196 E).

521. Causalidad en materia de accidentes del tránsito. a) La responsabilidad civil tiene por condición una relación de causalidad entre la conducta culpable del demandado y el daño. Este requisito supone, ante todo, que

el hecho del demandado sea una condición necesaria del daño y que las consecuencias del hecho puedan serle normativamente imputadas. La circunstancia de que el hecho del demandado sea una condición necesaria del daño es constatada en los accidentes del tránsito según el principio de la equivalencia de condiciones (*supra* § 28).²⁰⁴ A su vez, el requisito de que el daño sea directo no plantea preguntas especiales en materia de accidentes del tránsito, de modo que la imputación objetiva de las consecuencias dañinas mediatas se rige por los criterios generales (*supra* § 30).

El requisito de que exista una conexión de sentido entre el ilícito y el daño se encuentra expresamente señalado en la Ley del tránsito, que dispone que el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad del infractor, si no existe una relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente (artículo 171).²⁰⁵ En definitiva, el daño debe haberse producido como una consecuencia de la infracción. De lo contrario no resulta posible atribuir responsabilidad *en razón del ilícito*.²⁰⁶

b) En general, la relación de causalidad no suele plantear problemas conceptuales significativos y da lugar a complejidades sólo en casos excepcionales. El problema que se plantea con más frecuencia se refiere a la concurrencia de infracciones de la víctima y del demandado, lo que deviene en una comparación de la relevancia relativa de las conductas de las partes en la producción del accidente. En esas situaciones, la causalidad suele tornarse en el elemento decisivo para atribuir responsabilidad (*infra* N°s 524 y 525).

c) En los juicios de responsabilidad civil por accidentes del tránsito suele plantear dificultades la *prueba* de la causalidad. Por lo mismo, es

²⁰⁴ CS, 29.12.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4°, 325; CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4°, 7; Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4°, 288; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105, también publicada en F. del M. 497, 527; y Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80.

²⁰⁵ "En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligada a la indemnización" (Corte de Santiago, 3.12.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 153).

²⁰⁶ En este sentido, se ha fallado que no procede acoger una acción de indemnización de perjuicios fundada en que el demandado fue multado por conducir sin la licencia respectiva, si dicha infracción está completamente desligada de la colisión (Corte de Concepción, 5.8.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 2°, 105); también se ha entendido que la circunstancia de manejar una persona en estado de ebriedad y a exceso de velocidad resulta irrelevante si el accidente se debe a que otro conductor pierde el control de su vehículo y traspasando el eje central invade la pista de circulación contraria, ya que "dichas circunstancias no influyeron en el hecho en sí, no tuvieron relación de causa a efecto, pues como se ha demostrado, el accidente ocurrió por haberse desplazado el conductor de la camioneta a la pista contraria" (CS, 17.11.1998, F. del M. 480, 2334); y que la circunstancia de haber conducido un camionero con una licencia inadecuada y a exceso de velocidad es irrelevante, ya que de comportarse correctamente "la colisión se habría producido de todas maneras" (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80).



importante definir a quién corresponde la carga probatoria en la materia. Según el principio de distribución de la carga de la prueba del artículo 1698 del Código Civil, en principio corresponde probar la causalidad a quien alega la obligación indemnizatoria (esto es, al demandante). Sin embargo, existe consenso generalizado en la doctrina comparada en que esta regla debe ser moderada cuando existen indicios de que el ilícito del demandado fue la causa esencial del daño (*supra* N° 271). Estos indicios probatorios, que permiten *presumir la relación de causalidad* a partir del ilícito y el daño, son particularmente importantes en materia de accidentes del tránsito.

Ante todo, es interesante la formulación de la regla legal que se refiere a la conexión de ilicitud que debe haber entre el ilícito y el daño en materia de accidentes del tránsito. La ley reitera, ante todo, que la mera constatación del ilícito no determina necesariamente la responsabilidad civil si no existe una relación de causa a efecto entre la infracción y el daño. Pero enseguida señala que si una persona infringe una disposición legal, y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños, no habrá lugar a responsabilidad (artículo 171). Una lectura cuidadosa de esa norma muestra que la regla general es que si alguien ha cometido un ilícito contra la Ley del tránsito y ha ocurrido un daño, en principio éste es atribuido causalmente al autor, *a menos* que se muestre que esa contravención no ha sido determinante en el resultado dañoso.

A lo anterior se agrega que la norma del artículo 172 establece un listado de presunciones de *responsabilidad*, lo que permite asumir que el legislador no quiso sólo inferir la culpa, sino también la causalidad, en caso de ocurrir los diversos ilícitos infraccionales allí referidos. Con razón al menos análoga, puede inferirse *prima facie* la causalidad si el demandado ha incurrido en los delitos o cuasidelitos tipificados en el Título XVII de la Ley del tránsito.

Finalmente, la gravedad del ilícito y la producción simultánea del daño son, por lo general, antecedente suficiente para dar por establecida *prima facie* la relación causal; en particular si la infracción ha estado acompañada de un aumento del riesgo de daño (Código Civil, artículo 2329; *supra* N° 271 c y d). Ese es generalmente el caso en materia de infracciones a las reglas del tránsito asociadas a daños corporales.

Todo indica, en consecuencia, que un ilícito infraccional, naturalmente apto para producir el daño soportado por la víctima, puede dar lugar a una presunción de causalidad, con fundamento en las normas de la propia Ley del tránsito, en la regla probatoria del artículo 2329 del Código Civil y en los principios probatorios desarrollados de modo ampliamente generalizado por la doctrina comparada (*supra* § 14 b).

522. El criterio del fin de la norma en los accidentes del tránsito. a) La infracción de un deber de cuidado sólo da lugar a responsabilidad cuando la norma tenía precisamente el fin de evitar el daño alegado por el demandante. Ello supone una conexión de ilicitud entre la regla de conducta infringida y el daño. Sólo el daño cubierto por el fin de la norma

infringida es objetivamente atribuible a la negligencia del demandante (*supra* N° 248). Si alguien conduce con el permiso vencido y participa en un accidente sin que haya intervenido su negligencia, debe entenderse que la infracción no es causa del daño, porque puede asumirse que ese requisito ha sido impuesto precisamente como una medida preventiva de la conducción inepta.

La determinación de cuál es el fin protector de una regla del tránsito supone una interpretación teleológica de la norma, que exige discernir cuáles son sus fines relevantes (*supra* N° 249). La precisión del fin relevante puede resultar de particular interés cuando tanto el demandado como la víctima del accidente hayan infringido una regla del tránsito, pero sólo una de esas normas tenía por objeto evitar el preciso resultado dañoso producido (como ocurre, en el extremo, si una de las partes no obedeció una señal de detención obligatoria y la otra conduce con licencia vencida).

b) En los accidentes del tránsito es frecuente que la jurisprudencia recurra al fin de la norma para imputar un resultado a una determinada infracción. Este criterio es especialmente utilizado cuando se trata de discriminar entre diversas infracciones a la Ley del tránsito y determinar cuál de éstas ha sido determinante en la producción del accidente.²⁰⁷

523. Comportamiento lícito alternativo en accidentes del tránsito. La norma del artículo 171 de la Ley del tránsito debe ser entendida en términos que la relación causal se tenga por inexistente si el accidente se hubiera producido aunque el conductor hubiese observado las reglas del debido manejo. El ejercicio intelectual que corresponde realizar en tal situación es la reconstrucción hipotética de los acontecimientos bajo el supuesto de que se hubiesen observado por el demandado las reglas per-

²⁰⁷ Así, en un caso en que un motociclista que conducía a exceso de velocidad impactó el costado de una camioneta que circulaba por la misma vía y realizó un viraje prohibido para ingresar a un servicentro, se falló, entendiendo correctamente el fin de la norma como una cuestión de causalidad, que "la norma que prohíbe circular a una velocidad excesiva no tiene por objeto evitar que el conductor se encuentre en el lugar del accidente cuando éste sucede, sino impedir otras consecuencias, como la pérdida de control de su vehículo, o la imposibilidad de detenerse frente a obstáculos previsibles o, en su caso, de evitarlos o de efectuar maniobras necesarias para la seguridad de la marcha, etc. Por ello, en un caso como el que nos ocupa, el riesgo creado por el occiso al imprimir una velocidad excesiva a su vehículo no se realiza en el lamentable accidente que le costó la vida, pues ese resultado, tal como se presenta en el caso concreto, yace fuera del ámbito de protección de la norma que (él) ha vulnerado" (...). A la inversa, la norma que prohíbe irrespetar el derecho preferente de circulación de otro vehículo, obstruyéndole inesperadamente el paso, sí tiene por objeto evitar que el autor se encuentre donde no debía encontrarse cuando se produce la colisión, ya que lo que tal prohibición pretende es, precisamente, que quienes circulan por la vía con paso preferente la encuentren despejada de obstáculos de esa clase" (CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342); véase también CS, 25.4.2000, GJ 238, 105.

tinentes. Si el accidente no se hubiese producido bajo esa hipótesis, el daño debe atribuirse al ilícito;²⁰⁸ si de igual modo se hubiese producido, entonces el daño no puede ser atribuido al ilícito y la causalidad debe tenerse por excluida²⁰⁹ (*supra* N° 265, *infra* N° 524 c).

524. Concurrencia de culpas y culpa de la víctima como causa determinante y excluyente de la responsabilidad. Causa basal del accidente. a) En los accidentes del tránsito es frecuente que ambas partes infrinjan deberes de conducta asociados al uso de vehículos motorizados y al tránsito peatonal. Sea que la víctima del accidente actúe como conductor o peatón, la ley le impone precisos deberes de comportamiento. Si ha actuado como conductor, está sujeta a los mismos deberes de cuidado del otro conductor que ha participado en el accidente; si es peatón, la ley también le impone deberes de cuidado específicos, cuya infracción da lugar a presunciones de culpa (y, eventualmente, de causalidad), que técnicamente suponen hipótesis de culpa infraccional de la propia víctima (artículos 167 y 176). Adicionalmente, los deberes de conducta de la víctima pueden ser determinados por vía judicial según el modelo y los criterios generales de diligencia (*supra* § 10 d 3).

b) Es frecuente que a efectos de determinar si la culpa de la víctima (y, en general, de los varios coparticipantes en el accidente) debe tenerse por excluyente de la responsabilidad del demandado, los tribunales suelen recurrir al concepto más bien impreciso de *causa basal* para imputar el resultado.²¹⁰ El concepto de causa basal es empleado precisamente en accidentes en que concurren en la producción de un resultado dos conductas imprudentes. En ese contexto, es utilizado para determinar cuál de esas conductas

²⁰⁸ Así, se ha fallado que "ha de tenerse en cuenta, que la imprudencia con infracción de reglamentos atribuida al [demandado] explica el resultado alcanzado; toda vez que éste creó un riesgo superior al permitido dada las condiciones del tránsito existentes, y cuya prescendencia, de acatar lo que razonablemente le era por lo demás exigible, habría variado el curso de los acontecimientos, evitándose así el desenlace que se le ha reprochado" (CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356).

²⁰⁹ En este sentido, en una colisión de camiones en que uno de los conductores traspasó el eje central de la calzada, mientras que el otro conducía con una licencia inadecuada y a exceso de velocidad, se resolvió que "si por un momento hacemos abstracción de lo sucedido y suponemos que este último conducía con la licencia adecuada y a una velocidad prudente, la colisión se habría producido de todas maneras" (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80).

²¹⁰ Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 103; CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, publicada también en F. del M. 482, 3041; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131, publicada también en F. del M. 485, 498; CS, 14.10.1999, GJ 232, 118, también publicada en F. del M. 491, 2325; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105, también publicada en F. del M. 497, 527; Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159; Corte de Santiago, 3.11.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 153; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; CS, 10.12.2003, GJ 282, 155; y CS, 10.11.2005, GJ 305, 177.

ha sido determinante en la producción del daño resultante.²¹¹ Así, se ha sostenido que es basal el comportamiento que ha incidido de modo determinante en el resultado acaecido.²¹² En la práctica, sin embargo, para discernir la causa que debe ser tenida por 'basal', los tribunales recurren a distintos criterios normativos, diferentes entre sí, de modo que el concepto amenaza con devenir en una idea carente de sentido normativo preciso.

c) En circunstancias que el concepto de causa basal, empleado específicamente a propósito de los accidentes del tránsito, no aporta nuevos criterios para imputar causalmente el daño a efectos de la responsabilidad, no existen razones prácticas ni sistemáticas que justifiquen su utilización. En verdad, tras el concepto de causa basal se confunden distintas preguntas, que tienen un lugar sistemático suficientemente preciso en el derecho de la responsabilidad civil, de modo que su introducción en materia de accidentes del tránsito resulta innecesaria.

Ante todo, hay casos en que la pregunta se refiere a si *alguna de los ilícitos concurrentes no ha sido determinante en que haya ocurrido el accidente*, en cuyo caso tal hecho carece de toda incidencia alguna en el juicio de responsabilidad (Ley del tránsito, artículo 171). El ejercicio hipotético exigido en este caso es asumir qué habría ocurrido si la parte respectiva hubiese tenido un comportamiento perfectamente lícito; si el daño se hubiese producido de igual modo en esas circunstancias, entonces el ilícito no puede ser tenido por causa del accidente (*supra* N° 523).²¹³

²¹¹ Se ha fallado que "el concepto de causa basal —quizás algo impreciso, pero que ha adquirido carta de ciudadanía en la jurisprudencia y parte de la doctrina nacionales— esconde la idea de que, en casos como los de estos autos, en los que concurren a la producción del resultado dos conductas equivalentemente causales y ambas creadoras de un riesgo que supera al permitido (es decir, imprudentes), hay, sin embargo, a veces, sólo una de ellas que se realiza en tal resultado y determina por lo tanto que éste sea objetivamente imputable a su autor, al paso que la otra no" (CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342).

²¹² CS, 12.4.1999, GJ 226, 131; Corte de San Miguel 18.6.2003, GJ 276, 176.

²¹³ En verdad, la pregunta relevante se refiere a si un cierto ilícito probado en el proceso puede ser tenido por determinante en la producción del resultado. Así, en el caso de un conductor de microbús que circulaba a exceso de velocidad, pero que atravesó con luz verde un cruce, impactando a un peatón que en ese momento cruzaba la calle con luz roja, se falló, recurriendo innecesariamente al concepto de causa basal: "El mérito de la prueba reunida (...) permite concluir inequívocamente que el peatón, enfrentando luz roja de semáforo, obstruyó inesperadamente la vía de circulación del microbús, que ingresaba al cruce con luz verde favorable y era titular del derecho preferente de paso (...). En tal virtud, el accidente materia de autos no resulta razonablemente explicable si se prescinde de la contravención reglamentaria efectuada por la infortunada víctima y la imprudencia manifiesta en que incurrió, ya que de haberse ella detenido en su camino, a la espera de tener la autorización de la luz verde del semáforo, puede concluirse (...) que el accidente no habría ocurrido (...). En cambio, no sucede igual cosa con la infracción reglamentaria e imprudencia atribuibles al conductor del bus, por conducir a sesenta kilómetros por hora, es decir, superando en diez (...) el límite máximo permitido en sector urbano, como norma general, ya que los antecedentes probatorios disponibles y la



En segundo lugar, la idea de causa basal puede referirse a situaciones en que *diversos ilícitos concurren a la causación de un daño a una víctima inocente*, en cuyo caso basta aplicar las reglas generales sobre pluralidad de responsables, sin que sea necesario determinar *a priori* si la culpa de una de ellas debe tenerse por más importante que la de los demás, esto es, por 'causa basal' del accidente (*supra* § 33, especialmente N° 278).²¹⁴

En tercer lugar, la comprobación de la conducta lícita alternativa procede también al momento de analizar los efectos causales de la imprudencia de la víctima. En consecuencia, si la infracción cometida por el demandante de una regla de cuidado no es causalmente determinante en

correcta evaluación de ellos no permiten concluir con el mismo grado de probabilidad ya aludido, que el suceso no habría ocurrido de haber manejado dicho chofer su vehículo a cincuenta o menos kilómetros por hora (...). En tales condiciones, no es posible aseverar que el luctuoso resultado se produjo 'por' la conducta descuidada de carácter secundario, no principal o primordial, en que incurrió el sentenciado en relación al resultado ilícito finalmente ocurrido" (Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176). En el mismo sentido, en un caso en que un conductor al enfrentar un curva debió disminuir la velocidad y luego detenerse ante el sorpresivo cruce de un peatón, producto de lo cual fue colisionado por la parte posterior del móvil por otro vehículo, se falló que "la imprudencia con infracción de reglamentos atribuida al encartado explica el resultado alcanzado; toda vez que éste creó un riesgo superior al permitido, dadas las condiciones de tránsito existentes, y cuya procedencia, de acatar lo que razonablemente le era exigible, habría variado el curso de los acontecimientos, evitándose así el desenlace que se ha reprochado. Cuestión, por lo demás, que permite afirmar que aquél generó lo que se ha llamado común y técnicamente la causa basal del accidente" (CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356). En este segundo fallo se muestra que la idea de causa basal nada agrega al perfecto razonamiento con fundamento en el comportamiento lícito alternativo; véase también, CS, 17.11.1998, F. del M. 480, 2334, y CS.12.1.1999, F. del M. 482, 120.

²¹⁴ Se ha fallado que no es basal la infracción del conductor que maneja a exceso de velocidad y que a consecuencia de ser encandilado por otro vehículo impacta a un camión que en ese momento se encuentra detenido, ocupando parte de la berna y de la calzada, porque "la finalidad de protección de la norma del artículo 154, inciso 1°, de la ley N° 18.290, que la sentencia entiende infringida por el reo, no tiene por objeto impedir que otros vehículos que se desplacen a velocidad inmoderada, como es el caso, se estrellen contra aquél estacionado anórreglamentariamente, de modo que el resultado producido no es imputable a la infracción cometida por el procesado. Al ser una condición del accidente, puede ser estimada como una causal concurrente, pero no basal del mismo" (CS, 25.4.2000, GJ 298, 105, también publicada en F. del M. 497, 527). La pregunta que subyace tras este análisis es qué habría ocurrido si el conductor hubiese marchado a la velocidad máxima autorizada; si igualmente se hubiese producido el accidente, éste no puede ser atribuido a su culpa, en razón de que aun en ese evento el daño se habría producido. Si, por el contrario, el daño hubiese sido menor, no es una hipótesis que excluye la causalidad, sino de reducción de la reparación indemnizatoria. En el caso se muestra que la idea de *causa basal* contribuye a confundir ambas cuestiones.

el daño sufrido, tampoco podrá ser considerada a efectos de la disminución de la reparación indemnizatoria; pero si ha tenido significación, debe ser considerada a efectos de la apreciación del daño, sin que ello se vea modificado por la circunstancia de que una culpa sea más relevante que la otra (*infra* N° 525).

En cuarto lugar, la idea de causa basal puede servir para sopesar las causas, atribuyendo a una de ellas un rol preponderante en el resultado, excluyendo la otra, en cuyo caso también surge la seria duda de si por medio de ese concepto no se elude el artículo 2330 (si el concepto de causa basal sirve para desestimar la influencia causal de la culpa de la víctima o, al revés, para excluir la responsabilidad, a pesar de que el demandado ha influido con su ilícito en el resultado dañoso) o las reglas generales sobre participación de varios ilícitos en la producción de un daño (*supra* § 33, especialmente N° 278).²¹⁵

Finalmente, el concepto de causa basal puede servir para indicar que sólo uno de los ilícitos fue determinante en el resultado dañoso, en razón de los fines de las normas pertinentes; pero también en este caso existe una doctrina establecida que no requiere de ese concepto multivalente para excluir la responsabilidad de quienes han infringido normas cuyos fines no son prevenir el riesgo que se materializó en el accidente (*supra* N° 522).

d) La prueba de la incidencia causal relativa de los diversos ilícitos puede realizarse por cualesquiera medios. El informe de peritos elaborado por las unidades especializadas de la policía suele ser de extraordinaria relevancia a la hora de fijar la infracción que ha sido la precisa causa del accidente.²¹⁶ Pero ello no excluye otros medios de convicción del juez, incluyendo la prueba testimonial.

525. Efectos de la culpa de la víctima. De acuerdo con la regla general del artículo 2330 del Código Civil, plenamente aplicable a los accidentes del tránsito, si la víctima ha contribuido con su imprudencia a la producción del daño, debe reducirse el monto de la indemnización (*supra* N° 282). En estos supuestos, el primer paso consiste en una comparación entre el hecho del demandado y el de la víctima, a efectos de determinar si procede un efecto compensatorio entre el hecho culpable del demandado con el de la víctima; luego será necesario apreciar la contribución relativa de uno y otra a efectos de precisar la proporción en que deben concurrir (*supra* N° 289). El requisito esencial para que opere esta atenuación, es que la imprudencia

²¹⁵ No cabe aquí pronunciarse sobre el concepto de causa basal en el derecho penal; sólo cabe anotar que éste es más estricto en las condiciones de responsabilidad; sin embargo, existe una cierta coincidencia en que los casos en que se hace referencia a una causa basal, que excluye de significancia jurídica a las demás causas del daño, hayan sido dictados en acciones civiles ejercidas en sede penal; en este sentido, Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159.

²¹⁶ CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, también publicada en F. del M. 482, 3041; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176.

de la víctima haya tenido algún grado de incidencia en el daño.²¹⁷ De lo contrario, la culpa de la víctima resulta irrelevante, en virtud del principio de que no hay responsabilidad si el daño también se habría producido a resultas del comportamiento lícito alternativo (*supra* N° 523).²¹⁸

En el extremo, la comparación de la relevancia causal de la imprudencia de la víctima puede devenir en que el daño sea por completo atribuible a su culpa, de modo que excluya por completo la responsabilidad del demandado (*supra* N° 290). Que la víctima se haya desempeñado como peatón o conductor es irrelevante para estos efectos. Lo decisivo es que su conducta imprudente sea de tal manera determinante que lleve a excluir la relevancia de la culpa del tercero en la producción del accidente de tránsito.²¹⁹ Salvo los casos excepcionales en que la imprudencia de la víctima tenga tal intensidad, que permite excluir la responsabilidad del demandado, sólo tiene por efecto una reducción del monto de la indemnización, como ordena el artículo 2330.

526. El daño en los accidentes del tránsito. En los accidentes del tránsito el daño no plantea preguntas diferentes de las que surgen en la responsabilidad civil en general. En la gran mayoría de los casos los accidentes del tránsito ocasionan daños tanto patrimoniales (*supra* § 23), como morales (*supra* § 24).

En la generalidad de los casos se ocasionan daños al vehículo y a las personas, suelen ser especialmente significativos los perjuicios que se siguen de los daños causados a las cosas corporales (*supra* § 23 e) y los efec-

²¹⁷ En un caso en que un conductor conducía en un camino de ripio angosto a exceso de velocidad e infringiendo otras disposiciones del tránsito, a cuya consecuencia al salir de una curva cerrada impactó a dos menores, uno de los cuales, con infracción a las normas del tránsito, circulaba por la izquierda de la ruta, debiendo hacerlo por la derecha, se resolvió que "la circunstancia de circular el menor de los hermanos (...) por la izquierda de la ruta en vez de hacerlo por la derecha, si bien es una infracción a las normas del tránsito, infracción que influyó en la ocurrencia del accidente (...) su culpa no excluye la que le cabe en los hechos al enjuiciado, aun cuando tal circunstancia deberá tenerse presente respecto de las indemnizaciones civiles demandadas" (Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120).

²¹⁸ "La exposición imprudente al daño debe importar una contribución al resultado producido y si bien esa contribución es de naturaleza objetiva, debe ser imputable a quien sufre el daño y no a quien lo causa" (CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4°, 3).

²¹⁹ Por ser la culpa de la víctima la única causa relevante en la producción de un accidente de tránsito, se ha excluido la responsabilidad del conductor que atropella a dos peatones que cruzan la calzada en un lugar prohibido (CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, también publicada en F. del M. 482, 3041); del conductor que luego de efectuar una maniobra de adelantamiento impacta a un ciclista que sorpresivamente se interpone en su trayectoria, sin previamente cerciorarse que tras él se aproximaba un automóvil (Corte de Talca, 10.1.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 260, 161); y, en el extremo, en el caso del peatón que, en manifiesto estado de ebriedad, se aparece de improviso en una carretera oscura y de mala visibilidad sin adoptar ninguna medida de seguridad (CS, 10.12.2003, GJ 282, 155).

tos patrimoniales y morales que se siguen del daño corporal (*supra* §§ 23 f y 24 e); adicionalmente, es frecuente que este tipo de accidentes genere daños reflejos o por rebote (*supra* § 25), tanto patrimoniales (*supra* § 25 b) como morales (*supra* § 25 c), especialmente en aquellos casos con resultado de muerte de la víctima del accidente (*supra* N°s 227 y 231).

En verdad, la ausencia de preguntas específicas en la materia deviene en que todas las cuestiones relevantes pueden ser analizadas a la luz del desarrollo efectuado en el capítulo especialmente dedicado al daño como condición de la responsabilidad civil (*Capítulo IV*), lo que no justifica un tratamiento especial en esta parte.

c. Responsabilidad del propietario o tenedor de vehículos motorizados

527. Régimen legal aplicable. a) Desde antiguo, en los derechos chileno y comparado, la ley ha establecido un régimen especial de responsabilidad para el propietario de vehículos motorizados conducidos por terceros.²²⁰ Con el correr del tiempo, las reglas especiales de responsabilidad se han extendido a quienes tienen la cosa en virtud de un título personal o real de mera tenencia (*infra* N° 531).²²¹ En esta sección sólo se hará referencia a las principales soluciones que plantea el derecho vigente, sin pretensión alguna de exhaustividad.

b) La Ley del tránsito establece que *el propietario y el tenedor a cualquier título de un vehículo motorizado son solidariamente responsables con el conductor por los daños causados, a menos que acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad (artículo 174 II)*.²²² En el supuesto que el daño sea causado por el remolque o acoplado del vehículo, la responsabilidad se radica igualmente en el propietario del vehículo tractor.²²³

²²⁰ Una completa reseña comparada e histórica en Zelaya en Martinić 2004 373 (para el derecho comparado) y 396 (para la evolución del derecho chileno).

²²¹ La ley N° 20.068 (DO 10.12.2005) extendió la responsabilidad solidaria al mero tenedor del vehículo, corrigiendo la situación legal anterior, que la excluía respecto de quien gozaba efectivamente del vehículo y de quien lo recibía en uso de un tercero; sobre la antigua exclusión de responsabilidad del mero tenedor, CS, 18.4.1999, F. del M. 485, 302.

²²² El texto actual de la norma, incorporado por la ley N° 20.068 (DO 10.12.2005), admite la excusa de que el vehículo fue usado 'contra la voluntad' del propietario o tenedor que se pretende hacer responsable; en la versión inmediatamente anterior, incorporada por la ley N° 19.495 (DO 8.3.1997), se establecía la responsabilidad solidaria del propietario, pero se admitía la excusa de haber sido *utilizado* el vehículo sin su conocimiento o autorización expresa o tácita; la anterior Ley del tránsito (DO 7.2.1984) establecía que la responsabilidad del propietario quedaba excluida si éste probaba 'que el vehículo le ha sido *tomado* sin su conocimiento o autorización expresa o tácita'; estas excusas dieron lugar a una abundante jurisprudencia acerca del alcance de los términos '*utilizado*' y '*tomado*' y respecto de las circunstancias en que se podía dar por establecida una '*autorización*' (una exhaustiva revisión jurisprudencial y doctrinaria en Zelaya en Martinić 2004 404).

²²³ Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 199.

La regla plantea tres cuestiones interpretativas de importancia: la primera se refiere a la naturaleza de la responsabilidad del propietario y del tenedor, en circunstancias que la ley señala que serán solidariamente responsables con el conductor; la segunda, a la extensión personal de la responsabilidad y, más precisamente, a quiénes deben ser tenidos a este efecto por tenedores; la tercera, al alcance de la excusa que le es admitida al propietario y tenedor, esto es, a las circunstancias en que se entiende que el vehículo ha sido usado contra su voluntad.

En los párrafos siguientes serán sucesivamente analizadas, en su estructura más básica, estas tres preguntas.

528. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del propietario y tenedor.

a) En principio, la responsabilidad del propietario o tenedor puede ser estructurada de tres maneras. Ante todo, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, en cuyo caso se tratará de una responsabilidad por culpa presumida, si el conductor es calificado de dependiente, o por la culpa probada en la decisión de entregar el vehículo a un tercero que no se encuentra en esa relación de dependencia. Un segundo camino consiste en establecer la responsabilidad vicaria del propietario y tenedor, en cuyo caso éstos responden por los hechos culpables del conductor, sin que sea necesario imputarles culpa alguna a ellos mismos; en consecuencia, la responsabilidad participa de los caracteres del régimen general, porque requiere de culpa del agente, pero agregando un régimen de garantía que soportan el propietario y el tenedor, cuya responsabilidad es establecida con prescindencia de todo juicio personal de culpa (probada o presumida). Finalmente, se puede establecer un régimen de responsabilidad estricta en sentido propio, en cuya virtud el propietario o el tenedor son responsables, sin que medie juicio alguno acerca de la culpa del conductor, ni de los civilmente responsables.²²⁴

b) Es inequívoco que la ley chilena sigue en la materia el segundo camino, esto es, establece un régimen especial de *responsabilidad vicaria*, que tiene por fundamento, por un lado, la culpa del conductor y, por otro, el riesgo creado por el propietario o tenedor. En consecuencia, la responsabilidad del propietario o tenedor es estricta en la medida que no requiere de juicio de culpabilidad respecto a su propia conducta, ni le es admisible la excusa de la propia diligencia (como sí ocurre bajo las reglas generales del Código Civil);²²⁵ pero, al mismo

²²⁴ Un análisis de los diferentes sistemas, con preferencia por un régimen amplio de responsabilidad estricta, en Zelaya en Martinić 2004 372.

²²⁵ Se ha fallado que "la responsabilidad solidaria que asigna el artículo 174, inciso 2º de la ley 18.290 al propietario de un vehículo que ocasiona daños en una colisión tiene un carácter objetivo, ya que se aparta de la teoría de la responsabilidad civil contenida en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que exige concurrencia de dolo o culpa" (Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2º, 66, también publicada en GJ 229, 153); y que "la ley hace responsable objetivamente a quien detenta la titularidad del derecho de dominio de un vehículo, porque no puede permanecer ajeno a la responsabilidad de su conductor" (Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95); en el mismo sentido: Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188, y Corte de Santiago, 22.4.2005, GJ 298, 298.

tiempo, no se trata de un régimen de responsabilidad estricta que se superpone a la responsabilidad por negligencia que soporta el conductor, sino que depende precisamente de que éste haya infringido un deber de cuidado. En consecuencia, se trata de una garantía legal a favor de la víctima, surgida a condición de que el conductor del vehículo haya incurrido en un ilícito civil.²²⁶

c) La responsabilidad vicaria respecto del uso de vehículos por terceros presenta la ventaja de generar los incentivos adecuados, no sólo para el óptimo nivel de cuidado en la elección de las personas a quienes se confía el manejo del vehículo, sino también para que sea utilizado en un óptimo nivel de actividad. Desde una perspectiva económica, una de las principales ventajas de la responsabilidad estricta por sobre la responsabilidad por culpa radica precisamente en su capacidad para regular el nivel de actividad (*supra* Nº 310 a); en la medida que el nivel de circulación de un vehículo es una variable manejada por su propietario o tenedor, la imposición de un estatuto de responsabilidad vicaria evita que el vehículo sea utilizado para actividades que presentan alto riesgo y escasa utilidad. Así, la responsabilidad vicaria aparece como un instrumento adecuado para regular el nivel de circulación de los vehículos motorizados. A su vez, la regla establece una garantía frente a la víctima de que el propietario o tenedor del vehículo, que suele ser más solvente que el conductor, asuma la obligación indemnizatoria, bajo el supuesto de que aquélla tiene derecho a percibirla en razón de la culpa del agente, de acuerdo a los demás supuestos generales de la responsabilidad civil.²²⁷

d) La responsabilidad vicaria (o estricta por el hecho culpable ajeno) es coherente con el régimen general de responsabilidad por accidentes del tránsito asumido por nuestro derecho, como es la responsabilidad por negligencia del conductor; sin embargo, el legislador ha querido que el propietario y el tenedor del vehículo sean *garantes* de esa responsabilidad.

²²⁶ Así, a propósito de la responsabilidad del propietario se ha resuelto que "dicha responsabilidad legal objetiva supone, para poder ser establecida en sede jurisdiccional, la comprobación de la responsabilidad personal del conductor del vehículo, cuando es un individuo distinto del propietario, responsabilidad subjetiva referida a la infracción de las normas que regulan el tránsito público, supuesto que el hecho lesivo se haya producido en ese entorno" (Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2º, 66, también publicada en GJ 229, 153). Revisadas decenas de sentencias publicadas sobre la responsabilidad del propietario entre los años 1998 y 2005, el autor no ha advertido ninguna en que ésta haya sido establecida como una forma de responsabilidad estricta u objetiva en el sentido más fuerte, en orden a que no sólo sería independiente de la culpa del propietario o tenedor, sino también de que el conductor haya cometido un ilícito.

²²⁷ Por lo mismo, se ha fallado que esta garantía legal no puede ser dejada sin efecto por acuerdo entre el propietario y el usuario, para lo cual "basta tener presente que el artículo 1545 del Código Civil se refiere al valor que los contratos tienen para sus celebrantes, pero lo convenido en ellos no afecta o compromete a terceros, además, de que sus términos, en este caso, no pueden modificar, sustituir o eliminar lo que la ley dispone en materia de responsabilidad civil respecto del propietario de un vehículo, de ser responsable solidariamente con el conductor de los daños causados a terceros" (CS, 13.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1º, 60).

La conclusión de que la responsabilidad del propietario y tenedor es vicaria (esto es, se trata de una responsabilidad estricta por la negligencia ajena) se infiere de la estructura normativa del título de la Ley del tránsito dedicado a la responsabilidad, así como de la norma del artículo 174 II, que establece la responsabilidad del propietario y tenedor del vehículo. En efecto, la ley comienza estableciendo un régimen de responsabilidad por culpa del conductor (artículos 170, 171 y 174 I) y señala, además, algunas presunciones de responsabilidad que están asociadas a ilícitos infraccionales, de modo que la responsabilidad civil está inequívocamente fundada en la negligencia de quien maniobra el vehículo. Luego establece que el propietario y el tenedor son solidariamente responsables con el conductor, a menos que acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, de modo que la responsabilidad de aquéllos es una obligación de garantía, que en ningún caso es más extensa que la obligación indemnizatoria asumida por el conductor en razón de su negligencia.

En otras palabras, todo indica que el propietario y tenedor no pueden excusarse alegando su propia diligencia, como es típico de la responsabilidad vicaria (*supra* N° 104); por otro lado, no pueden ser hechos responsables en casos en que no lo sería el conductor (porque se trata de una obligación solidaria, que tiene los mismos requisitos de precedencia tanto contra el conductor como contra el propietario y tenedor).

529. Regla especial para operaciones de *leasing*. a) La responsabilidad civil del propietario recae sobre el arrendatario cuando ha mediado un contrato de arrendamiento con opción de compra irrevocable (operación de *leasing*), cuya inscripción en el Registro de vehículos motorizados haya sido solicitada con anterioridad al accidente (artículo 174 VI). La regla tiene su origen en una reforma legislativa que ha dirimido un problema frecuente en los accidentes del tránsito provocados por vehículos dados en *leasing*, que aparecen registrados como propiedad de la empresa de *leasing*,²²⁸ la que, en verdad, sólo financia la adquisición con una fuerte garantía representada por la propiedad del vehículo.

En efecto, la operación de *leasing* es de naturaleza típicamente financiera: la empresa de *leasing* adquiere el vehículo y lo arrienda al usuario, quien luego de un determinado espacio de tiempo ejerce una opción de compra por la cuota remanente y pasa a ser su dueño. En tanto no se ejerza la opción de compra, la empresa de *leasing* es propietaria y el usuario mero tenedor del vehículo. En consecuencia, una estricta aplicación del artículo 174 II deviene en la responsabilidad solidaria de la empresa de *leasing*.

La exclusión de la responsabilidad de quien es técnicamente propietario en este tipo de operaciones tiene por objeto hacerse cargo de esa naturaleza puramente financiera del negocio de *leasing*. La empresa de *leasing*

²²⁸ Sobre la responsabilidad de la empresa de *leasing* en su calidad de propietaria, bajo el régimen legal vigente antes de la reforma de la ley N° 20.068 (DO 10.12.2005), CS, 30.I.2001, GJ 247, 150.

no tiene ninguna injerencia en la puesta en circulación y utilización del vehículo, limitándose a financiar su adquisición y conservando la propiedad por razones de garantía. La decisión sobre la puesta en circulación y utilización del vehículo se radica exclusivamente en el usuario, quien es el arrendatario en la operación de *leasing*, que en definitiva controla el riesgo asociado al uso del vehículo.

b) Las condiciones para que la empresa de *leasing* no asuma la responsabilidad y ésta se radique en el usuario de la operación son: i) la existencia de un contrato de arrendamiento con opción de compra; ii) que la opción de compra sea irrevocable; y iii) que se haya solicitado la inscripción en el Registro de vehículos motorizados con anterioridad al accidente. A efectos de evitar que la empresa de *leasing* no corra siquiera con el riesgo más directamente asociado a la operación financiera realizada, como es el valor residual del vehículo, la ley establece que la víctima siempre conserva la facultad para ejercer sus derechos sobre el vehículo que es objeto del arrendamiento.

530. Excusa del propietario o tenedor del vehículo. a) A diferencia de lo que ocurre en los regímenes de responsabilidad vicaria o estricta por el hecho ajeno, la Ley del tránsito admite al propietario y tenedor la excusa de que el vehículo que participó en el accidente fue usado *contra de su voluntad*. Por definición, en esta hipótesis el propietario o tenedor no ha incidido en la puesta en circulación del vehículo y, por consiguiente, en la creación del riesgo; por lo mismo, tampoco ha podido tener control sobre el nivel de actividad de quien lo usa contra su voluntad. Lo anterior justifica la configuración de una excusa para el propietario o tenedor del vehículo. Bajo este supuesto, la responsabilidad se radica exclusivamente en el conductor que ocasiona un daño infringiendo un deber de cuidado.

Desde esta perspectiva, a efectos de la configuración de la excusa, lo determinante es si puede atribuirse al propietario o tenedor haber creado el riesgo de que un tercero maneje su vehículo con imprudencia, causando daño a terceros. Si ninguna influencia ha tenido en la utilización del vehículo y en la creación del riesgo asociado, su responsabilidad no se encuentra justificada. La ley, sin embargo, va más allá, y acepta la excusa sólo en casos en que el vehículo fue usado contra la voluntad del propietario o tenedor.

b) Antes de la reforma legal que limita la excusa del propietario o tenedor a los casos en que el uso del vehículo se efectúe contra su voluntad, la jurisprudencia tendió a ser estricta al momento de admitir, bajo las antiguas reglas, que el vehículo había sido tomado o usado 'sin conocimiento o autorización expresa o tácita' del propietario. Así, se entendió que existía esa autorización si las llaves fueron entregadas por el hijo de la dueña, quien, a su vez, las sacó sin autorización de su madre;²²⁹ y, en gene-

²²⁹ Corte de Santiago, 28.5.1992, GJ 143, 99, en un fallo que Zelaya en Martínic 2004 404 vincula a la extensión de la responsabilidad del propietario en casos de autorización dada por algún miembro del grupo familiar al que pertenece el automóvil.

ral, se entendió que si a un trabajador se le había entregado el uso de un vehículo para fines laborales, no podía negarse que el uso estaba autorizado, aunque lo hiciera luego de cumplida la jornada de trabajo, para fines privados y ese uso particular estuviese prohibido por el empleador.²³⁰ Por el contrario, se aceptó la excusa de que quien deja un vehículo en mantenimiento no autoriza tácitamente para que sea sacado a circulación (sin perjuicio de la responsabilidad del dueño del taller).²³¹

La norma vigente no puede ser entendida en términos que se exija una prohibición explícita (de lo contrario, al ladrón se le podría tener por autorizado). Pero resulta inequívoco el propósito del legislador de estrechar el ámbito de las excusas aceptables, de modo que la responsabilidad alcance todas las situaciones en que el conductor tuvo acceso al uso del vehículo en virtud de una aquiescencia expresa o tácita del propietario o tenedor, aunque luego haya abusado de esa autorización. Desde luego, además, están incluidos en la responsabilidad todos los contratos que autorizan el uso del vehículo (comodato, arrendamiento, trabajo). Más allá de estos casos evidentes, corresponderá a la jurisprudencia trazar la línea entre el uso que da lugar a responsabilidad, porque no está prohibido explícita ni implícitamente, y las situaciones fronterizas en que debe entenderse que la falta de autorización tiene el sentido de una prohibición implícita (como podría ser el caso del accidente provocado por quien está encargado de lavar el automóvil y lo usa sin autorización alguna).

531. Cúmulo de responsabilidades: contribución a la deuda. a) En general, frente a la ausencia de una excusa suficiente, el propietario y el tenedor del vehículo motorizado resultan solidariamente responsables con el conductor por los perjuicios causados. En estas circunstancias, la víctima puede demandar la totalidad del daño indistintamente al conductor, al propietario o al tenedor del vehículo. Lo usual será que todos sean conjuntamente demandados para que se declare la obligación solidaria de pagar la indemnización. El propietario y el mero tenedor del vehículo serán con frecuencia más solventes y, por lo mismo, contra ellos se dirigirá la acción de pago. En estas circunstancias, resulta relevante determinar si tienen derecho a un reembolso del conductor (y el propietario del tenedor, o viceversa).

En verdad, el propietario y el tenedor del vehículo son garantes ante la víctima de la obligación indemnizatoria que tiene por antecedente el accidente atribuible a la culpa del conductor; por lo mismo, el accidente tiene su fuente exclusivamente en la infracción de un deber de cuidado por el conductor. Por tratarse de una obligación de garantía, el propietario y el tenedor tienen acción de reembolso contra el conductor responsable, a menos que se les pueda imputar a ellos mismos negligencia. La solidari-

²³⁰ Corte de Temuco, 29.6.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4°, 66; CS, 22.11.1976, RDJ, t. LXXXIII, sec. 4°, 234; CS, 23.5.1977, RDJ, t. LXXIV, sec. 4° 281.

²³¹ CS, 11.11.1997, F. del M. 473, 324.

dad se agota en la obligación al pago de la deuda, pero no alcanza a la obligación de contribuir a la deuda que cada uno de los responsables tiene respecto de quien indemnizó a la víctima (*supra* N° 279).

Si la relación entre el propietario o tenedor y el conductor es de dependencia, y al propietario se le puede imputar culpa, las reglas de contribución a la deuda obligan a hacerse cargo de esa circunstancia, aunque al nivel de la obligación a la deuda el propietario y el tenedor sean responsables con independencia de su propia culpa (*supra* N° 125).

b) También se puede producir concurrencia entre el propietario y el tenedor en sede de contribución a la deuda. Ese sería el caso, por ejemplo, si el tenedor ha omitido deberes de cuidado respecto del dependiente a quien ha confiado el vehículo y por cuya negligencia se ha producido el accidente. Si el propietario es demandado por la víctima y debe pagar la indemnización, no sólo tendrá acción subrogatoria en contra del conductor, sino también en contra del tenedor, cuya culpa se presumiría en ese evento, de conformidad con la regla del artículo 2320.

c) En suma, en la medida que quien se encuentra obligado a la deuda no ha contribuido con su conducta culpable a generar la obligación indemnizatoria y sólo ha debido pagarla por su condición de garante, habrá acción de reembolso para recuperar lo pagado. De modo análogo a quien garantiza una obligación ajena en el ámbito contractual (típicamente el fiador), no existe en este caso una obligación de contribución a la deuda. Por el contrario, si ha mediado una conducta culpable que ha contribuido a la génesis de la obligación indemnizatoria, habrá también una obligación de contribuir a la deuda. En último término, la gravedad de la culpa y la influencia causal que han tenido los hechos de cada cual en la ocurrencia del daño son, a la vez, fuente de la responsabilidad y criterio de distribución de la carga de indemnizar el daño (*supra* N° 279 y 289).

532. Alcance del concepto de tenedor. Del contexto histórico de la norma del artículo 174 II se infiere que el legislador ha querido ampliar el conjunto de garantes de la obligación indemnizatoria que pesa sobre el conductor negligente. Para atribuir responsabilidad vicaria, tanto al propietario como al tenedor, como obligados solidarios de la obligación indemnizatoria del conductor, el legislador ha considerado, por una parte, que al propietario se le presume guardián del vehículo y, por otra, que un título de mera tenencia es asimismo antecedente suficiente de que la cosa se encuentra bajo el cuidado y control de quien lo detenta. Por consiguiente, debe entenderse que la norma comprende cualesquiera títulos de mera tenencia, sea que emanen de derechos reales de uso o goce o de derechos personales provenientes de contratos de arrendamiento, comodato u otros nominados o innominados. Todo indica, en consecuencia, que el legislador ha empleado el concepto de *tenedor* en su sentido técnico, de quien tiene la cosa por cualquier título, reconociendo dominio ajeno (como arrendatario, comodatario o usufructuario, por ejemplo). Lo decisivo, entonces, es que pueda hacer uso del vehículo por derecho propio (personal o real), con independencia de si ello deriva de un título oneroso o



gratuito.²³² En circunstancias que la posición del tenedor provisto de título no puede ser más gravosa que la de quien lo carece, debe entenderse para efectos de la responsabilidad que es también tenedor quien lo sea a título meramente precario o a consecuencias de un hecho ilícito.

533. Otros responsables del accidente. a) Las hipótesis generales de responsabilidad por el hecho de terceros son plenamente aplicables a los accidentes del tránsito. De este modo, quien tenga bajo su cuidado a las personas que han intervenido con su culpa en la materialización de un accidente del tránsito podrá ser hecho responsable según las reglas y principios que regulan la responsabilidad por el hecho de incapaces (*supra* § 16) y por el hecho ajeno (*supra* § 17).

b) La responsabilidad por el hecho ajeno suele adquirir relevancia en el contexto de actividades empresarialmente organizadas. En la práctica, es frecuente que el empresario utilice vehículos de transporte o carga que son operados por sus trabajadores para el cumplimiento de sus funciones.²³³ El estatuto de responsabilidad del empresario (*supra* § 18) suele resultar plenamente aplicable en estos casos. El empresario puede resultar responsable tanto por su hecho propio (*supra* § 18 b), como por su culpa en el hecho ajeno (*supra* § 18 a).

c) A su vez, además de la culpa del conductor, el accidente puede ser atribuible a negligencias de terceros, como ocurre con el garaje que deja los frenos en mal estado; con el establecimiento de revisión técnica que otorga una autorización falsa o da por acreditado un estado del vehículo que no corresponde a la realidad (artículo 174 IV); con el funcionario que otorga una licencia de conducir en infracción a la ley (artículo 174 III), sin perjuicio de la responsabilidad municipal. A situaciones de estos tipos se refiere la parte final del artículo 174 II de la Ley del tránsito, al señalar que la responsabilidad solidaria del conductor, propietario y tenedor es sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad con la legislación vigente.

²³² Así es la interpretación de tenedor (*Halter*) en la ley alemana sobre accidentes del tránsito (Kötz/Wagner 2006 200).

²³³ Se ha fallado que "el empresario -desde el instante que tiene bajo su orden y dirección a su dependiente- está obligado a vigilar su conducta para evitar que ocasione daños a otro. Es natural, por tanto, suponer que si el daño se ha producido es porque la vigilancia no fue eficaz o no se tomaron las medidas para impedirlo. Producido un acto ilícito del dependiente (chofer del camión), la ley presume la responsabilidad del empleador, la que se basa en una omisión, descuido o negligencia de su parte, ya que ella hizo posible el actuar reprochable" (Corte de Concepción, 7.11.1995, RDJ, t. LXXXII, sec. 4°, 280); véase también: CS, 14.7.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1°, 389; CS, 15.4.1939, RDJ, t. XXXVI, sec. 1°, 544; CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4°, 186; Corte de Iquique, 21.10.1952, RDJ, t. L, sec. 4°, 5; CS, 19.6.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 216; CS, 11.12.1958, RDJ, t. LV, sec. 4°, 209; Corte de Santiago, 28.12.1961, RDJ, t. LVIII, sec. 4°, 374; y CS, 18.11.1980, F. del M. 264, 337.

534. Responsabilidad del propietario por su propia culpa. La responsabilidad del propietario por el hecho ajeno, sea bajo el régimen de responsabilidad vicaria del artículo 174 II de la Ley del tránsito o de la responsabilidad por el hecho ajeno del Código Civil, debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad que al propietario puede corresponderle por su propia culpa, como ocurre si infringe los deberes de cuidado referidos a la manutención del vehículo (artículo 175). Esta responsabilidad por el hecho propio del propietario puede ser de interés para la víctima si el accidente ocurrió sin culpa del conductor.

d. Responsabilidad del Fisco y de las municipalidades por accidentes del tránsito vehicular y de peatones

535. Norma especial de responsabilidad del Fisco y de las municipalidades. El Fisco y las municipalidades responden en el derecho chileno por falta de servicio según el estatuto general de responsabilidad que les resulta aplicable (*supra* § 40). Las hipótesis de culpa infraccional de órganos de la Administración del Estado y de las municipalidades no son frecuentes. Por lo general, la responsabilidad se construye sobre la base de una falta de servicio que es determinada por el juez, que se ve en la necesidad de establecer un límite entre las *potestades* que poseen los órganos públicos y los *deberes* de servicio que se asocian a esos poderes jurídicos.

En materia de accidentes del tránsito y en vías públicas en general, la Ley del tránsito establece un tipo muy importante de ilícito infraccional, atribuyendo responsabilidad civil al Fisco y a las municipalidades si un accidente se ha debido al *mal estado de las vías públicas, o a su falta o inadecuada señalización* (artículo 174 V). En este caso, el funcionamiento anormal del servicio se muestra en el 'mal estado de la vía' o en la 'falta de señalización', que condicionan la materialización del accidente.

La ley facilita el ejercicio de la acción indemnizatoria, otorgando expresamente competencia al juez civil que corresponda según las reglas del Código Orgánico de Tribunales y estableciendo que el juicio se tramitará de acuerdo a las reglas del juicio sumario (artículo 174 V *in fine*).

536. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del Fisco y municipalidades.

a) La jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad del Fisco y las municipalidades, de conformidad con la Ley del tránsito, es por falta de servicio, con la particularidad de que ésta se infiere del mal estado de la vía o la inadecuada señalización (esto es, de la circunstancia que el accidente se deba a un defecto de la vía o de señalización se presume un incorrecto funcionamiento del servicio).²³⁴

²³⁴ CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5°, 94; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 88; CS, 29.1.2002, CJ 259, 17; CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 27, publicada también en F. del M. 496, 1.



La presunción es análoga a la presunción de culpa por el hecho propio prevista en el artículo 2329 del Código Civil. La falta de servicio se tendrá por presunta en la medida que el mal estado de la vía y la falta de una adecuada señalización amenacen un daño intenso, que según la experiencia en la generalidad de los casos se deberá a un defecto del servicio que no responde a las expectativas del público.²³⁵

b) Como es usual en este tipo de responsabilidad, es necesario un juicio de valor respecto del estado exigible de las vías y de su señalización. Este juicio es normativo, en la medida que exige una valoración de lo que resulta exigible como estándar de servicio. Es la infracción a ese estándar, que define el nivel de servicio que se puede esperar de la Administración, lo que permite calificar, a efectos de responsabilidad patrimonial, la vía en *mal estado* o la señalización de *inadecuada* (*supra* N°s 348 b y 349).²³⁶

En otras palabras, que el pavimento sea irregular e incluso que haya baches más o menos profundos (especialmente en municipios pobres), forma parte de las expectativas que puede hacerse un conductor diligente acerca del servicio público; por el contrario, si existe un hoyo no señalizado en la acera, que permite la caída de los peatones,²³⁷ o si una zanja profunda en la calzada no está señalizada,²³⁸ o una calle es diseñada de manera que el agua de las lluvias inunde una vivienda,²³⁹ debe inferirse que existe una falta de servicio, que da lugar a la indemnización del daño provocado.

Como es típico en el caso de las presunciones de falta de servicio, de la calificación de un resultado como defectuoso (*mal estado* de la vía o *inadecuada* señalización), se infiere una deficiencia en el servicio, con indiferencia del preciso lugar en que ella se produjo. En definitiva, el resultado

²³⁵ En este sentido, se ha fallado que "establecido el deber del municipio de mantener las aceras en estado de transitar por ellas o al menos señalar debidamente los peligros, no es necesaria prueba alguna de las razones que llevaron al municipio a incurrir en esa falta de servicio, pues es característico de este tipo de responsabilidad que baste que un accidente se haya producido a consecuencia de no haberse cumplido la función que la ley asigna al órgano público respectivo, para que la responsabilidad quede configurada" (CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 88).

²³⁶ Por eso, resulta excesivo el deber de cuidado establecido en CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4°, 236, publicada también en F. del M. 490, 2041, en que se condenó a la Municipalidad de Viña del Mar en circunstancias que un automovilista viró sin respetar el derecho preferente de paso, atropellando a un menor y causándole la muerte, porque se estimó que la municipalidad era responsable de que faltase en ese lugar un semáforo de cuatro tiempos, que habría podido evitar el accidente; el equilibrio entre el nivel de seguridad posible y el alcanzable es usualmente una tarea política, que corresponde a los órganos públicos que deben distribuir porciones presupuestarias, de modo que es en extremo delicada la tarea judicial de definir el umbral *jurídico* en que la ausencia de un dispositivo o medida de seguridad es fuente de responsabilidad por daños.

²³⁷ Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 132.

²³⁸ CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 88.

²³⁹ CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5°, 87, y CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.

es sintomático de una falla atribuible a la organización del servicio público en su conjunto, que permite construir inductivamente la infracción al estándar de conducta que la Administración debió observar (*supra* N° 370).

537. Responsabilidad municipal y fiscal por accidentes del tránsito.

a) La mantención en buen estado de las vías públicas pertenece naturalmente a las *municipalidades*. Los municipios tienen la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna (Ley de municipalidades, artículo 5° letra c), de manera que les corresponde una función general de cuidado respecto de las calles y aceras. Además, cada municipio debe tener una unidad encargada de ejecutar medidas relacionadas con la vialidad urbana y rural (Ley de municipalidades, artículo 24 letra e) y otra encargada de señalar adecuadamente las vías públicas (Ley de municipalidades, artículo 26 letra c).²⁴⁰ A su vez, la Ley del tránsito refuerza este último deber de servicio al atribuirles responsabilidad por la instalación y mantención de la señalización del tránsito, y por el buen funcionamiento de las señales luminosas (artículos 100 y 112). A lo anterior se agrega la regla general de responsabilidad del artículo 174 V.

b) En iguales términos que las municipalidades, el *Fisco* responde por la falta de servicio en la mantención y señalización de caminos y vías de uso público entregadas al cuidado de órganos de la Administración del Estado (como el Servicio de Vivienda y Urbanismo y la Dirección de Vialidad). Como en el caso de los municipios, a la responsabilidad del Estado se aplican los criterios normativos de falta de servicio presumida referidos.

c) Se ha estimado que existe responsabilidad municipal por falta de señalización y mal estado de las aceras no obstante el actuar imprudente de la víctima, supuesto en el cual no procede eximir de responsabilidad al municipio, pero sí reducir el monto de la indemnización en razón de lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil.²⁴¹

538. Responsabilidad por accidentes sufridos por peatones.

a) Las municipalidades tienen el deber de comprobar que las aceras de su comuna, en sus áreas urbanas, estén dispuestas para el tránsito de peatones, y en cumplimiento del artículo 100 de la Ley del tránsito, les cabe la obligación de instalar, mantener o hacer mantener las señales de advertencia de peligro en caso de ejecución de trabajos en ellas, a fin de precaver a los usuarios

²⁴⁰ Excepcionalmente, las empresas de ferrocarriles responden de los daños que se causen en accidentes ocurridos en cruces ferroviarios mal señalizados, según dispone *a contrario sensu* el artículo 107 de la Ley del tránsito.

²⁴¹ Se ha estimado que existe responsabilidad municipal por falta de señalización y mal estado de las aceras no obstante el actuar imprudente de la víctima, supuesto en el cual no procede eximir de responsabilidad al municipio, pero sí reducir el monto de la indemnización en razón de lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil (CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660).



del riesgo que corren.²⁴² Como en el caso de las vías del tránsito, la responsabilidad está sujeta a los criterios de exigibilidad del servicio, atendidas las circunstancias (*supra* N^{os} 348 b y 349).

La jurisprudencia ha entendido a estos efectos que resulta aplicable la regla del artículo 174 V de la Ley del tránsito a los accidentes de peatones en las aceras mal conservadas, pues esa norma debe ser aplicada indistintamente al desplazamiento de vehículos y peatones por vías de uso público, según resulta del uso general de las palabras, y, además, de las definiciones extensivas que el artículo 2^o de la referida Ley del tránsito hace de los vocablos 'tránsito' y 'vía'.²⁴³

b) Si las obras son emprendidas por el Servicio de Vivienda y Urbanismo, por la Dirección de Vialidad u otro órgano de la Administración del Estado, la responsabilidad corresponde al Fisco, de conformidad con el artículo 174 V de la Ley del tránsito y las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (*supra* § 40).

e. Responsabilidad por licencias o certificaciones irregulares

539. Responsabilidad de funcionarios por entrega irregular de licencias de conducir. a) La Ley del tránsito establece expresamente el ilícito de otorgamiento irregular de licencias para conducir. Al efecto dispone que los funcionarios responsables de otorgar esas licencias, sean o no municipales, que infrinjan en el ejercicio de esa función las normas legales aplicables son solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados por la culpa del conductor (artículo 174 III). La ley establece una obligación de garantía, que es indiferente de la influencia causal que haya tenido la irregularidad incurrida en la producción del daño. Como en el caso del propietario, la responsabilidad es estricta sólo una vez que se ha esta-

²⁴² En este sentido: CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5^a, 94, en que se declaró la responsabilidad municipal por un accidente experimentado por una transeúnte que sufrió lesiones al pasar sobre un tablón de madera, colocado a raíz del mal estado de la acera para el paso peatonal, sin señalización, cayendo al suelo sobre su extremidad superior derecha; CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCLX, sec. 1^a, 27, publicada también en F. del M. 496, 1, en que se declara la responsabilidad municipal por la caída mortal de dos señoras a un desagüe mal señalado; y CS, 24.11.2003, GJ 281, 80, publicada también en F. del M. 516, 3034, en que se da por correctamente establecida la responsabilidad por la torcedura seria de un tobillo sufrido por una transeúnte a consecuencia del mal estado de la vereda, que no estaba señalizada; en el mismo sentido, Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5^a, 192; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1^a, 88; y CS, 7.5.2002 RDJ, t. XCLX, sec. 5^a, 104.

²⁴³ En CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1^a, 88, se sostuvo que el antiguo inciso final (hoy quinto) del artículo 174 de la Ley del tránsito debe ser indistintamente aplicado al desplazamiento de vehículos y peatones por vías de uso público, según resulta del uso general de las palabras y, además, de las definiciones extensivas que el artículo 2^o de la Ley del tránsito hace de los vocablos 'tránsito' y 'vía'.

blecido la culpa del conductor (esto es, probada esta última, no se admite la excusa de que la entrega irregular de la licencia no fue causalmente determinante en el perjuicio sufrido por el demandante).

b) Además del funcionario, puede resultar responsable la municipalidad que haya otorgado irregularmente la licencia. Pero en este caso no se aplica la regla del artículo 174 III, sino las reglas generales de responsabilidad municipal por falta de servicio (*supra* § 40).

540. Responsabilidad de los concesionarios de establecimientos de revisión técnica. a) Mientras la responsabilidad por el otorgamiento irregular de licencias de conducir es conexas a la culpa en la conducción, los deberes de cuidado de los concesionarios de establecimientos de revisión técnica se relacionan con el buen estado del vehículo. Por lo mismo, mientras la responsabilidad en el primer caso es dependiente de que el accidente se haya debido a la culpa del conductor, en el segundo está condicionada a que el accidente se haya producido por "desperfectos del vehículo respecto del cual se hubiese expedido un certificado falso, ya sea por no haberse practicado realmente la revisión o por contener afirmaciones de hechos contrarios a la verdad" (artículo 174 IV).

b) Cabe la duda acerca del alcance de esta responsabilidad. Una hipótesis consiste en exigir una relación de causalidad entre la negligencia del concesionario del servicio de revisión técnica que incurre en falsedad al otorgar el certificado y los daños sufridos por el demandante; en tal caso, la responsabilidad sólo podría darse por establecida respecto de daños que provengan de un accidente causado por un desperfecto no consignado en la revisión y que habría dado lugar a negar la autorización. Una hipótesis alternativa es que determinado el ilícito de haberse entregado un certificado falso, por no haberse efectuado la revisión o por contener afirmaciones contrarias a la verdad, el concesionario se transforma *ipso iure* en solidariamente responsable, con la sola condición de que el accidente se haya debido a desperfectos del vehículo. En principio, pareciera que esta segunda alternativa resulta más correcta, porque es la que mejor se aviene con la idea de responsabilidad solidaria, que es una garantía legal que tiene por precisas condiciones el ilícito del establecimiento y que un desperfecto del vehículo haya sido causa del accidente; por tratarse de una obligación de garantía, no está determinada por el fin de la norma protectora, como ocurriría de acuerdo con la primera hipótesis, de modo que basta que se cumplan los requisitos formales para que resulte aplicable la norma especial del artículo 174 IV.

c) Conviene tener presente que el otorgamiento de un certificado de revisión técnica sin haber realizado realmente la revisión o que contenga afirmaciones relevantes de hechos contrarios a la verdad, es una conducta constitutiva de delito (artículo 196 B letra g). El dolo requerido y el tipo penal son similares a los delitos de falsificación instrumental (Código Penal, Título IV, §§ 4 y 5).

En el ámbito civil la exigencia de una conducta dolosa o extremadamente descuidada está implícitamente contenida por la norma del artículo

lo 174 IV de la Ley del tránsito, que establece la responsabilidad solidaria respecto del concesionario que haya entregado un certificado falso, engañando acerca de la realización efectiva de la revisión o porque se afirman hechos contrarios a la verdad. En otras palabras, la garantía civil solidaria del concesionario exige que le sea atribuible dolo o culpa grave en el otorgamiento del certificado falso.

f. Responsabilidad de los concesionarios de obra pública

541. Principio: la responsabilidad del Estado no se extingue en virtud de la entrega en concesión de calles o caminos. a) El Fisco y las municipalidades tienen deberes legales de servicio, que les hacen responsables de los accidentes que se deban al mal estado de las vías públicas o a la falta o inadecuada señalización (artículo 174 V). De acuerdo a los principios que rigen la materia, el Fisco y las municipalidades conservan una responsabilidad subsidiaria en la hipótesis de delegar en privados la prestación de un servicio que por ley les corresponde desarrollar (*supra* N° 367). Desde el punto de vista de la víctima, la delegación convencional resulta inoponible en razón del efecto relativo de los contratos. En verdad, el principio no parece ser muy diferente del que rige las relaciones privadas, en el sentido que ningún acuerdo entre particulares puede limitar la responsabilidad de éstos por los deberes de conducta que tienen respecto de terceros.

b) Sin embargo, nada obsta a que leyes especiales puedan establecer reglas diferentes en la materia (*supra* N° 368). Ese no es el caso de las concesiones camineras, donde la ley especial sigue a la regla general (Ley de concesiones, artículo 35). En consecuencia, todo indica que el Estado y las municipalidades conservan una responsabilidad directa por el mal estado de las vías o una inadecuada señalización, sin que les sea admisible la excusa de haber delegado en terceros la prestación del servicio público.

La condición de la responsabilidad del Fisco y de las municipalidades en esta hipótesis es que la empresa concesionaria haya mantenido la vía en mal estado o con defectos de señalización que no responden a las expectativas normativas del público. En otras palabras, la empresa concesionaria debe haber incurrido en una falta en la prestación del servicio que le ha sido delegada; dadas esas condiciones surge la responsabilidad del órgano público. En consecuencia, el Fisco y las municipalidades responden estricta o vicariamente por el hecho culpable de los concesionarios de calles o caminos públicos.²⁴⁴

c) Al argumento anterior se agrega que el dominio de los bienes nacionales de uso público no se privatiza en razón del contrato de concesión; incluso si el concesionario adquiriere bienes sin recurrir al procedimiento de expropiaciones, está sujeto a limitaciones en la facultad de disposición y pasan a dominio público al término de la concesión (Ley de concesio-

²⁴⁴ Así, también, Viñuela en Baraona 2003 b 135.

nes, artículo 15). El concesionario se obliga a construir y mantener las vías públicas concesionadas y tiene el derecho a explotarlas económicamente por el tiempo y condiciones establecidos en el contrato de concesión, pero no se le transfiere dominio sobre lo construido sobre bienes fiscales o nacionales de uso público.²⁴⁵

d) El Fisco tiene dos caminos para ser restituido de lo que haya debido pagar a terceros en razón de accidentes sufridos por usuarios de las vías concesionadas. Ante todo, las bases de licitación usualmente obligan a contratar seguros a favor de los particulares por los daños que sufran los usuarios por la falta del servicio debido, y, en el caso del Fisco, por las indemnizaciones que se haya visto obligado a pagar. Además, el Fisco tiene una acción restitutoria, porque si bien el contrato de concesión no empece al tercero, sí obliga al concesionario a dejar indemne al órgano público que ha otorgado la concesión. Esta obligación restitutoria, que tiene su fundamento en el derecho común, está usualmente refrendada en las bases de licitación, que luego pasan a formar parte del contrato de concesión.

542. Responsabilidad directa de las empresas concesionarias. a) Sin perjuicio de las obligaciones restitutorias que las concesionarias contraen para con el Estado en virtud del contrato de concesión de obra pública, la Ley de concesiones establece el deber del concesionario de indemnizar a los usuarios que experimenten perjuicios derivados de la explotación de las obras que son objeto del contrato de concesión; sólo se excluye esta responsabilidad si los daños son exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato (artículo 35). En consecuencia, nada obsta a que un particular decida demandar directamente al concesionario.

b) La responsabilidad del concesionario, en el caso de caminos y autopistas, se puede calificar tanto en términos contractuales como extracontractuales. La responsabilidad contractual se funda en que el usuario del camino o autopista recibe un servicio por el cual debe pagar directamente un peaje al concesionario. Ello se refleja en el peaje. A cambio de éste, el concesionario debe permitir el tránsito y garantizar las debidas condiciones de seguridad. La responsabilidad extracontractual se funda, análogamente a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, en la calificación que enseguida se hace respecto del estándar de cuidado.

c) La Ley de concesiones establece los estándares de cuidado especiales que debe observar el concesionario durante la fase de explotación de la obra. La regla es vaga en materia de responsabilidad civil: por un lado, establece un deber general de mantener las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización (artículo 23 N° 1); por otro, obliga a facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen peligrosidad a los usuarios (artículo 23 N° 2 letra a). En consecuencia, el concepto que define el deber de

²⁴⁵ Silva 1995 223.

servicio es la normalidad (*supra* N° 348 b y 369), lo cual hace referencia a un estándar necesariamente normativo y no puramente estadístico, como podría también asumirse a primera vista. Todo indica que el legislador no ha establecido en la materia un deber de cuidado que excede al que normalmente rige respecto del mantenimiento y señalización de calles y caminos de conformidad con la Ley del tránsito (artículo 174 V).

g. Seguro de daños por daños provocados por accidentes del tránsito

543. El seguro automotriz obligatorio. Ley 18.490. a) Los accidentes del tránsito han sido universalmente materia de seguros obligatorios. Se trata típicamente de daños que amenazan indiferenciadamente a muchas personas y que provienen de cientos de miles de fuentes de riesgo a que nos exponemos diariamente. El seguro obligatorio puede estar estructurado como un seguro de responsabilidad o como uno de daños a terceros (*infra* N° 856).

En el derecho chileno, el seguro obligatorio por accidentes del tránsito está establecido como un *seguro de daños a terceros*, esto es, la indemnización se devenga por el solo hecho del accidente, sin consideración a la culpa en que haya incurrido el conductor (*infra* N° 856). En tal sentido, presenta analogías con otro importante estatuto protector, como es el de los accidentes del trabajo (*supra* N° 496).

b) El seguro obligatorio se establece como requisito de admisibilidad para el tránsito de vehículos motorizados (Ley de seguro obligatorio del tránsito, artículo 1°).²⁴⁶ La obligación de contratar el seguro reside en el propietario del vehículo. A estos efectos, se tiene por propietario a la persona a cuyo nombre el vehículo esté inscrito en el registro correspondiente; el seguro se entiende tomado por quien lo haya contratado y por sus sucesores en el dominio del vehículo (artículo 4°).²⁴⁷

c) El seguro obligatorio sólo cubre los *daños personales* (artículo 1°),²⁴⁸ consistentes en lesiones o muerte, sufridos por el conductor del vehículo, por las personas transportadas o por cualquier tercero afectado, como puede ser un peatón (artículo 24).

Como es usual en los seguros obligatorios, la ley establece límites a los montos indemnizables: 150 unidades de fomento en caso de muerte; 150

²⁴⁶ En esta sección toda referencia legal debe entenderse hecha a la ley N° 18.490, que establece un seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. La ley entiende por vehículo motorizado el que está destinado a desplazarse en el medio terrestre, con propulsión propia, que se encuentre destinado por su naturaleza al transporte o traslado de personas o cosas y sujeto a la obligación de obtener permiso de circulación para transitar; asimismo están comprendidos los remolques, acoplados, casas rodantes o similares (artículo 2°).

²⁴⁷ En el caso de los acoplados y remolques, la misma norma impone la carga al propietario del vehículo tractor.

²⁴⁸ La misma norma establece que los daños a los vehículos están garantizados, a falta de otros seguros, por una prenda legal sin desplazamiento.

unidades de fomento, en caso de incapacidad total; 90 unidades de fomento, en caso de incapacidad permanente parcial; y 90 unidades de fomento, por concepto de gastos de hospitalización o de atención médica, quirúrgica y farmacéutica (artículo 25).²⁴⁹ El régimen se extiende a los daños personales sufridos a consecuencia de accidentes de la locomoción colectiva y taxis colectivos; aunque el texto de la norma es oscuro, debe entenderse que su sentido es que los montos referidos alcancen a cada una de las víctimas de esos accidentes (artículo 25 III).²⁵⁰

Las indemnizaciones por muerte y por incapacidades permanentes no son acumulables, de modo que si ha sido pagada una indemnización por incapacidad o por gastos de hospitalización y tratamiento y el accidentado fallece, los titulares del derecho sólo reciben la cantidad remanente, esto es, la que corresponde en razón de la muerte, menos lo ya percibido por aquellos conceptos (artículo 26).²⁵¹

La ley establece un orden de prelación de los beneficiarios en caso de muerte, donde los de grado superior excluyen a los de grado inferior: i) el cónyuge sobreviviente; ii) los hijos menores de edad; iii) los hijos mayores de edad; iv) los padres; v) la madre de los hijos no matrimoniales de la víctima; y vi) quienes, a falta de los anteriores, acrediten la calidad de herederos.

Sólo quedan excluidos de la cobertura los accidentes ocurridos en carreras de automóviles o en competencias; fuera del territorio nacional; a consecuencia de guerras, sismos u otros casos fortuitos que sean por completo extraños a la circulación del vehículo; y el suicidio o la comisión de lesiones autoinferidas (artículo 34).

d) El seguro está establecido *en beneficio de las víctimas* de los accidentes. De ello se siguen algunas importantes consecuencias que son típicas de este tipo de seguros. Ante todo, el seguro *no se resuelve* por el no pago de la prima u otros incumplimientos del asegurado y sólo por sentencia ejecutoriada puede ponerse término antes de su fecha de vencimiento (artículo 5°). En segundo lugar, como se ha señalado, se trata de un seguro de daños a terceros, y no de responsabilidad civil, de modo que *no es necesario acreditar*

²⁴⁹ La ley establece, asimismo, límites para los gastos diarios por concepto de hospitalización y remite a la póliza a efectos de los montos máximos de la indemnización por gastos de atención médica y quirúrgica (artículo 25 IV y V).

²⁵⁰ La ley N° 16.426 (DO 4.2.1966) establecía un seguro obligatorio de accidentes de locomoción colectiva y taxis colectivos. Su último texto fue dado por el artículo 39 de la ley N° 18.490, pero luego la norma fue derogada por la ley N° 18.679 (artículo 13 IV). Actualmente, el seguro obligatorio de buses y taxis de locomoción colectiva se rige por la ley N° 18.490, que establece un régimen común de seguro obligatorio por accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados; la ley N° 19.887 (DO 18.8.2003) introdujo importantes modificaciones en la materia, algunas precisamente orientadas a derogar las normas especiales de cobertura en el caso de accidentes causados por buses de locomoción colectiva.

²⁵¹ La ley establece conceptos de incapacidades y señala un procedimiento para su establecimiento (artículos 27 y siguientes).

