

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU SEGURO

**(UN ANÁLISIS BAJO LA PERSPECTIVA JURIDICA DE LOS SISTEMAS DEL
"COMMON LAW" Y DEL "CIVIL LAW")**

Oswaldo Contreras Strauch
Profesor de Derecho Comercial (UDP)
Vicepresidente de AIDA Mundial
Presidente del Grupo de Trabajo sobre el Seguro de R.C.

Introducción

Nos parece indispensable hacer una prevención a quienes emprendan la lectura de este trabajo. En efecto, el tema sobre el cual versa es uno de aquellos que mayor interés práctico reviste, desde la perspectiva del derecho comparado de la responsabilidad civil, sobre el cual, desde diferentes ángulos, generales y particulares ha sido objeto de la atención de muchos autores en todo el mundo, es conveniente precisar que debe ser considerado más bien, como una exposición general de los principales aspectos que inciden en el establecimiento de la responsabilidad asegurada y la determinación y pago de la que, para nosotros, no tiene otra pretensión que servir de punto de apoyo para que vaya siendo complementado con los trabajos realizados y por realizar en el seno del Grupo de Trabajo sobre el Seguro de Responsabilidad Civil de AIDA. En otros términos tenemos la intención que sirva de alguna manera como un punto de partida para una profundización del tema, que se encuentra en curso.

También es importante precisar que el trabajo se circunscribe a una exposición general sobre la responsabilidad civil, análisis que se hace sobre las características de la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos regidos por el derecho civil de raigambre romanista (o "continental") y en el sistema del "common law"; determinar

cuáles son los diferentes tipos de daños que pueden ser cubiertos por un seguro de RC y la forma como ellos se establecen o regulan, por acuerdo entre las partes (asegurado, tercero perjudicado y asegurador) o por sentencia de término dictada en el proceso respectivo, para terminar en el pago de la indemnización.

Por lo tanto, en este trabajo no se hace referencia ni comentario alguno relacionado con la contratación del seguro de RC, ni sobre el interés asegurable, la buena fe, la información precontractual de los riesgos ni su agravación posterior, ni tampoco sobre los tan controvertidos temas relativos a la ocurrencia del siniestro y su información, las cláusulas “claims made”, ni tampoco a la acción directa. Sobre todos estos temas pretendemos que vaya siendo complementado en la forma señalada precedentemente, es decir, principalmente por los trabajos individuales o colectivos que se desarrollen a propósito de las actividades del Grupo de Trabajo sobre la Responsabilidad Civil de AIDA.

Hechas estas precisiones, quisiéramos hacer hincapié en las particularidades que presenta el seguro de responsabilidad civil en los aspectos que analizamos en este trabajo, y que constituyen la causa por la cual la determinación y pago de la indemnización tienen en este seguro características especiales, que lo separan de la gran mayoría, o todas las otras ramas de los seguros de daños.

En efecto, el seguro de responsabilidad civil se caracteriza en primer lugar porque el tomador del seguro (y el asegurado, si se trata de una persona distinta a aquél) contrata la póliza, ya sea porque quiere proteger su patrimonio o porque tiene la obligación legal de contratarlo, pero para responder, en uno y otro caso, a las reclamaciones de terceros perjudicados por un hecho dañoso del cual el asegurado sea responsable, *de modo que en todo caso el beneficiario de la indemnización es un tercero.*

Sin embargo, o precisamente a consecuencia de la singularidad precedentemente mencionada, en el seguro de responsabilidad civil quien recibe y percibe la indemnización no es el asegurado que contrata la póliza sino el tercero perjudicado como beneficiario de una indemnización que tiene por objeto resarcirlo de los daños causados por el asegurado o que, en regímenes de responsabilidad objetiva, está de todas formas obligado a asumirlos. En resumen, este seguro cede en exclusivo beneficio de un tercero que no toma parte en su contratación.

También es característica propia de este tipo de seguro, el hecho de que el ajuste y determinación de la indemnización se apartan de la forma en que generalmente se ajustan los siniestros en el resto de los seguros de daños. Cambia el papel que desempeña el liquidador (o ajustador): no es él quien determina la indemnización; adquiere, en cambio, importancia fundamental la negociación extrajudicial con los terceros afectados y, de no llegar a buen puerto dichas negociaciones, la regulación definitiva de los daños indemnizables queda entregada a lo que determine la justicia.

Por último, también es especial la actitud del asegurado, de quien contrata la póliza, frente a la ocurrencia o reclamo del siniestro: en todos los demás casos de los

seguros de daños es el asegurado el que presenta el reclamo de indemnización y denuncia el siniestro con la finalidad de percibir para sí mismo la indemnización, lo que implica, evidentemente, que es el asegurado el que sostiene la existencia de dicho siniestro y acredita los daños sufridos, como antecedente necesario para reclamar el pago.

No sucede así en el caso de un seguro de responsabilidad civil, porque en éste la víctima no es el propio asegurado sino un tercero, quien para sostener su reclamo debe precisamente imputarle al asegurado su responsabilidad en un hecho dañoso, de modo tal que, en muchos casos, al contrario de la regla general, el asegurado estará en la predisposición de negar la existencia de tal responsabilidad, o sea, actuará en contra del reclamo de indemnización y, en todo caso, a cuestionar la extensión o cuantía de los daños causados.

La causa de esta actitud del asegurado no puede ser más clara: la imputación de una responsabilidad constituye acusarle de haber observado una conducta (acción u omisión) contraria al deber de cuidado y diligencia que las personas deben ejercer para no causar daño a otro, lo que en algunos casos no solo puede derivar en las consecuencias pecuniarias que cubre el seguro de responsabilidad civil, sino también sanciones criminales, contravencionales o administrativas, o un reproche o cuestionamiento a la conducta o capacidad profesional, cuando el asegurado ocasiona daños en el desempeño de una actividad de ese tipo.

Sin embargo, en algunos casos, la existencia de estas consecuencias colaterales de la responsabilidad del asegurado pueden llevar a que éste se interese, por el contrario, en llegar a un rápido y discreto acuerdo con el tercero perjudicado, sobre la base del pago indisputado del seguro, para que dicho tercero no haga públicas sus quejas o no reclame judicialmente una condena en contra del asegurado que le cause a éste un desmedro de su reputación. Por el contrario, en estos mismos casos suele suceder que el asegurador, con una visión más objetiva o, si se quiere, meramente pecuniaria sobre las consecuencias de la responsabilidad del asegurado, estará en una posición más proclive a llegar a un rápido acuerdo con el tercero, pero acotando o reduciendo las pretensiones de indemnización de éste, mientras que el asegurado, más interesado en dejar a salvo su reputación personal o profesional adoptará la actitud de rechazar la reclamación del tercero a toda costa.

Todas estas son las particularidades de este seguro, que inciden en la determinación y pago de la indemnización, que son los aspectos que analizaremos en este trabajo a continuación, luego de referirnos, sumariamente por cierto, al entorno en que dicho seguro se desenvuelve, que es precisamente el de la responsabilidad civil.

I.- La responsabilidad civil y el seguro que la cubre.

1.- Consideraciones generales

El estudio del seguro de responsabilidad civil ha de partir necesariamente, de la premisa que por su propia naturaleza y denominación, en el se amalgaman y vinculan dos instituciones de enorme importancia y continua evolución en el mundo contemporáneo: el seguro y la responsabilidad civil, que convergen para fijar la naturaleza y los efectos de este seguro.

Por su parte, la responsabilidad civil y el daño son inseparables, pues sin la existencia de un daño injusto que sufra alguien, no surge la responsabilidad de indemnizarlo.

A su vez, el seguro de responsabilidad civil se justifica por la existencia de una responsabilidad latente, pero existe sin que ella se manifieste¹, porque lo que el seguro cubre es el riesgo, y el riesgo es la eventualidad de que suceda un hecho que acarree una consecuencia económicamente perjudicial, en este caso, de que se haga efectiva dicha responsabilidad del asegurado.

El seguro de responsabilidad civil, toda vez que protege y garantiza la integridad patrimonial del asegurado ante la materialización de riesgos que comprometen su responsabilidad ante terceros, es un tipo –o “ramo”- de los denominados seguros de daños patrimoniales².

Se trata de un ramo de enorme importancia y gran relevancia práctica para la sociedad y la actividad aseguradora, por cuanto su crecimiento y desarrollo está estrechamente vinculado al progreso y desarrollo económico de la sociedad, en términos que, mientras mayor sea el grado de avance de la economía y de la cultura, mayor es la cantidad de seguros de esta especie que se contratan, voluntaria u obligatoriamente³.

¹ Sin embargo, en algunas modalidades del seguro de responsabilidad civil, emitidos bajo el sistema “claims made”, se emite la cobertura para amparar los reclamos formulados por el tercero afectado, aún cuando la causa de su reclamo (el hecho dañoso) haya ocurrido con anterioridad. Esta es una situación excepcional en la disciplina del seguro que, por definición, cubre los riesgos que puedan sobrevenir en el futuro y no los ya ocurridos.

² En la propia definición se encuentra expresada la naturaleza del interés asegurable que justifica su contratación. El interés asegurable es justamente, “el interés pecuniario en la especie que es objeto del seguro, que surge de una relación reconocida por la ley”. MacGillivray on Insurance Law, Sweet and Maxwell, Londres, Undécima Edición, 2008, pág. 9. Agreguemos que aún si se entendiere que el seguro cede en beneficio del tercero perjudicado, de su parte también se da dicho interés pecuniario.

³ Es en este ramo donde se registra el mayor número de seguros obligatorios en la legislación comparada.

Por otra parte, a pesar de ser un seguro privado, cumple una importantísima función social, desde que, si bien protege la integridad patrimonial del asegurado que lo contrata, sirve a los efectos de reparar económicamente los daños y perjuicios sufridos por el tercero perjudicado. Más aún: como ya lo anticipamos en la introducción, está concebido para que la indemnización que proceda, sea pagada por el asegurador al tercero perjudicado y no al asegurado.

Este seguro cubre en principio y principalmente la responsabilidad civil extracontractual, que es aquella que nace, utilizando los términos del Código Civil Chileno, "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona" (Art 1.437); pero también cubre, en ciertas ocasiones⁴, a la responsabilidad contractual, cuando ella se origina en actos cometidos con ocasión del contrato, que causen a una de las partes daño por negligencia o incompetencia, con características semejantes a lo que ocurre en la responsabilidad delictual o cuasidelictual, sobre todo, cuando se traduce en daños que exceden al que produce el mero incumplimiento de las obligaciones del contrato (como es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad civil médica) y en general, en todas las situaciones en que concurre la responsabilidad contractual y la extracontractual⁵.

La Corte Suprema de Justicia de Chile ha señalado que: "por responsabilidad debe entenderse, en general, la obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado; la que resulta ser civil si se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una determinada persona, o penal si es el resultado de un hecho ofensivo que tiene señalada una sanción punitiva por el perjuicio que agravia al afectado y a la sociedad en que actúa"⁶.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual⁷.

⁴ La responsabilidad contractual asegurable, se cubre normalmente por otro tipo de pólizas, como la que ampara el fiel cumplimiento de contratos, de algunos específicos, como el de construcción y la de garantía.

⁵ "La posición acertada parecería ser que una póliza de seguro de responsabilidad civil cubre responsabilidades contractuales si ellas acarrearán paralelamente una responsabilidad extracontractual, y que una póliza de seguro de responsabilidad civil, en ausencia de un texto claro, no se extenderá a los casos de responsabilidad exclusivamente contractual". Robert Merkin, "Colinvaux on Insurance Law", Thomson, Londres, 8ª edición, 2006, pág. 687.

⁶ En un fallo de fecha 6 de Noviembre de 1972.

⁷ La tesis clásica, predominante en Chile, opta por la dualidad: en la responsabilidad contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, que obliga a indemnizar; mientras que en la extracontractual no hay obligación previa entre partes, sino que el hecho ilícito genera la obligación de resarcir los perjuicios. fuera de Chile se impugna esta teoría, en pos de la unificación de ambas responsabilidades. Planiol señala que la responsabilidad extracontractual sí tiene una obligación anterior: no lesionar o perjudicar ilícitamente a otro; y la responsabilidad contractual crea una nueva obligación, que sustituye a la de cumplir el contrato, por lo que la diferencia entre ambas no se justifica. Existe,

La **extracontractual** puede ser definida como aquella que proviene de un hecho ilícito perpetrado por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un mero deber contractual en sentido estricto, sino del deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*), que es un principio general del derecho.

Por su parte, la responsabilidad **contractual** se define como aquella que nace a consecuencia directa de la violación de un vínculo jurídico obligatorio generado por un contrato existente entre las partes. Según dice un destacado autor francés, “la responsabilidad que consiste o se origina **únicamente** en la inejecución de una de las obligaciones creadas por el contrato no es extracontractual sino únicamente contractual. Por el contrario, la que no consiste en dicha inejecución contractual principal o accesoria”....”no puede sino ser generadora de responsabilidad delictual (extracontractual), incluso si un contrato liga al autor del daño con la víctima”⁸.

La responsabilidad es en sí y se manifiesta o expresa como una obligación: la de indemnizar el daño causado a un tercero, que como contrapartida tiene el derecho personal de exigir dicha indemnización.

Algunos autores contemporáneos sostienen que debe reconocerse la existencia de una tercera categoría o tipo de responsabilidad con fisonomía independiente: la responsabilidad **legal**.

La idea no es nueva. Ya en el Código Civil de Austria de 1812, su Art. § 859 señalaba que: “Los derechos personales sobre las cosas, en cuya virtud una persona está obligada frente a otra a prestar alguna cosa están fundados **inmediatamente en la ley**, en el contrato o en el daño sufrido”. Aquí, como rápidamente se puede percibir, se refleja el carácter tripartito de las fuentes de las obligaciones: “ex lege”, “ex contractu”, “ex delicta”.⁹

Al respecto Rodríguez expresa que “si la obligación incumplida se encuentra directamente impuesta en la ley en términos explícitos y formales, nos encontraremos ante la responsabilidad legal”. Aclara, sin embargo, que no puede confundirse ésta con aquella que surge de la infracción a la norma legal supletoria de la voluntad contractual de las partes. En efecto, explica que ...”cuando la ley opera en el silencio de las partes (leyes supletorias de la voluntad) no nos encontramos con obligaciones legales, sino contractuales. Ello porque presumiéndose el conocimiento de la ley, la circunstancia de celebrar un acto o contrato guardándose silencio respecto de algunos de sus efectos, implica aceptar anticipada y tácitamente que en aquella materia rige plenamente el mandato normativo. Todo contrato se celebra en el marco del ordenamiento jurídico; y por lo mismo, a

también, una teoría ecléctica, que sostiene que en ambas responsabilidades se observa que nace una obligación que produce efectos, no existiendo diferencias de naturaleza, pero sí de carácter práctico.

⁸ Philippe Le Tourneau, “Droit de la Responsabilité et des Contrats”, Dalloz, Paris, 2005, pág. 270.

⁹ Guido Alpa, “Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil”, Editorial Jurista Editores, Lima, Perú, 2006, Pág. 85.

*éste corresponde llenar los vacíos y solucionar las imprecisiones en que incurren las partes al darle vida*¹⁰.

En principio, la responsabilidad civil liga a dos personas: el que directamente, y por si mismo, ejecuta el hecho dañoso y la víctima. Pero la ley extiende las relaciones activas y pasivas a otras personas.

Así, de acuerdo a la ley, puede pedir también la correspondiente indemnización de perjuicios, es decir, está legitimado activamente para perseguir la responsabilidad civil, no solo el que ha sufrido el daño, sea en su persona o en las cosas de las cuales es dueño o poseedor, sino también sus herederos y todos aquellos que por tener un interés directo en la cosa o la persona dañada, sufren un menoscabo a consecuencia del hecho que causa el daño, como el usufructuario, o el que debe responder por ella, como el depositario, el administrador de bienes ajenos y en general el mero tenedor; y también los herederos de una persona que fallece a consecuencia del hecho dañoso.

Por la inversa, no sólo es obligado a la indemnización el que hizo el daño, sino también sus herederos y en general todas las personas que son civilmente responsables de hechos ajenos (responsabilidad civil vicaria). Así, son legitimados pasivos de una acción de responsabilidad el padre y a falta de éste la madre, por los hechos de sus hijos menores que habiten en su propia casa; el tutor o curador, por los hechos del pupilo que se encuentran bajo su dependencia o cuidado; los jefes de los establecimientos educacionales por los hechos de los alumnos mientras están a su cuidado; el empresario y el artesano por los hechos de sus empleados, obreros o aprendices, y en general, de los dependientes que actúen en el ejercicio de sus respectivas funciones, etc. Los ejemplos en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia se multiplican.

2.- Evolución histórica de la responsabilidad, particularmente en el ámbito del derecho privado de raigambre romanista o "continental".

Antes del desarrollo jurídico de la responsabilidad, la reacción primitiva frente a una ofensa era -y a un nivel instintivo o primario, sigue siéndolo- la venganza: retribuir la ofensa o el daño con otra ofensa o daño (ley del Talión). Además, la injusticia de la ofensa era apreciada según sus efectos, sin tomarse en cuenta su causa.

Del mismo modo que otras instituciones del derecho, la responsabilidad ha experimentado una evolución cuyo punto de partida se remonta a los tiempos del derecho romano y que continúa, acentuadamente, en los últimos dos siglos hasta la actualidad.

¹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, "Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 12

En las primeras etapas de la evolución del derecho romano, no existió distinción entre la responsabilidad penal y la civil. En sus orígenes, las conductas dañosas sólo daban motivo a la imposición de una pena. “El derecho romano distinguió dos suertes de atentados ilícitos: los *crimina* que eran atentados contra el Estado, que se reprimían por la autoridad pública con penas corporales y multas a favor del erario, y los *delicta*, en donde se encontraban el hurto, las lesiones personales y el daño en las cosas”¹¹.

En la antigua Roma, dentro de los delitos privados se hallaban, por una parte, la injuria y el robo (*furtum*), cometidos con propósito de lucro y por otro lado, otros delitos que no entraban en esta noción porque eran delitos contra los bienes, que constituían un ataque contra la persona. Para reprimir esos daños (*damnum injuria datum*), el Pretor Aquilius dictó un plebiscito (una forma de ley en aquéllos tiempos), conforme al cual se estableció una acción que tenía por objeto obtener que al autor de conductas ilícitas que generaban consecuencias dañinas, fuera condenado a pagar a la víctima el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada había tenido en ese año, o en el mes que había precedido al delito. Esta ley se conoció como *lex aquilia*¹², y su aplicación se efectuaba con intervención de un Pretor, quien era el encargado de reprimir las conductas civilmente dañinas.

Pero es necesario precisar que en el derecho romano no se reconocían los perfiles de la institución ni las distinciones fundamentales de la responsabilidad. En particular, no se reconocía la diferencia entre responsabilidad penal y responsabilidad civil ni tampoco entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Tampoco, ni la ley ni la doctrina concibieron en el derecho romano, principios generales sobre la responsabilidad.

En el derecho medieval, bajo la influencia del cristianismo, comienza a esbozarse una concepción más moralista de la responsabilidad, que se modela sobre la idea de atribuirla a la culpa personal. De esta manera, la justificación de la obligación de reparar vino a fundarse en un acto u omisión reprochable del actor.

En España, el cambio de esta concepción de responsabilidad se observa en el Código de “Las Siete Partidas” de Alfonso el Sabio, en el cual, aunque se conserva la tipificación característica del derecho romano (*crimina* y *delicta*), se advierte un giro hacia la generalización de la responsabilidad individual por culpa.

El abandono del sistema romano parece consolidarse como fruto de los principios proclamados por el Derecho Natural Racionalista, cuyo fundador fue el holandés Hugo Grocio, en cuya clásica obra, “Del Derecho de la Guerra y la Paz”, se

¹¹ Corral Talciani, Hernán, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 79.

¹² Este es el origen de la expresión “responsabilidad aquiliana” que se usa para designar a la que tiene un origen ajeno a todo contrato o vínculo entre las partes: la denominada hoy en día, “extracontractual”.

observa ya, en forma rotunda, la afirmación de que cuando se ha causado daño por culpa se está obligado “naturalmente” a repararlo.

La carencia de principios generales sobre la responsabilidad, proveniente del antiguo derecho romano, vino a cambiar en los sistemas legales de raigambre romana vino a cambiar recién a partir de la doctrina elaborada desde el siglo XVIII en adelante y vino a obtener reconocimiento legal en los códigos civiles elaborados a contar de los comienzos del siglo XIX, plasmándose en el artículo 1382 del Código Civil francés, el Art. 859 del Código Civil de Austria (OBGB), el Art. 823 del Código Civil de Alemania (BGB) o el artículo 2314 del Código Civil chileno. Dado que con anterioridad a esa fecha no existían principios generales sobre los cuales pudiera estructurarse la doctrina y la legislación sobre la responsabilidad civil, el tema de sus fundamentos no presentó ni ocupó parte importante de la reflexión de los juristas romanos, ni los posteriores que continuaron con la evolución y desarrollo del derecho romano.

En la época previa a la codificación, en cambio, los juristas pertenecientes a la tradición del código napoleónico, desarrollaron una teoría sobre la responsabilidad civil fundada en la culpa y siguieron haciéndolo con posterioridad en un proceso evolutivo que dura hasta hoy.

Por lo tanto, en el derecho “continental” de inspiración romanista, la responsabilidad civil sólo encontró su autonomía como institución hace relativamente poco tiempo, a partir de comienzos del siglo XIX, distinguiéndose de gran parte de las otras instituciones de derecho civil, cuyo origen se remonta al derecho romano.

Como adelantamos, con anterioridad a la dictación del Código Civil, se había iniciado en Francia un período de revisión y reflexión profunda respecto de las normas de derecho civil. Un ejemplo importante es el de la obra de Jean Domat quien fue el primero en presentar una teoría general de la responsabilidad civil que inspiró, en gran medida, a los redactores del Código de Napoleón. Uno de los rasgos más importantes de la obra de Domat fue el de disociar claramente la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, apartándose así de los precedentes históricos.

La reflexión doctrinaria que antecedió e inspiró la redacción del Código de Napoleón apuntaba a la formulación de un principio general de responsabilidad civil fundada sobre la noción de la culpa civil. Tal como lo señala Domat en su obra *Las Leyes Civiles en el Orden Natural*: “*Es una consecuencia natural de todo tipo de pacto particular y del pacto general de no causar ilícitamente daños a otras personas, que todo aquel que causa algún daño, por haber contravenido a sus compromisos, está obligado a reparar el daño causado*”¹³.

El sistema de Domat, que recogió el Código Civil francés, está basado en el principio de que todo daño que sea consecuencia de una culpa debe ser reparado por el autor del acto culposo, ya que ..“*todas las perdidas y todos los daños que puedan*

¹³ Domat, Jean « Les lois civiles dans leur ordre naturel », 1er partie, Livre III, Titre V.

*ocasionarse por el hecho de que una persona, sea por su imprudencia, negligencia o ignorancia de aquello que se debe saber, u otros actos similares, deben ser reparados por aquel cuya imprudencia u otra falta haya dado lugar*¹⁴.

Otro jurista francés, Robert Joseph Pothier¹⁵ se encarga de replantear y perfeccionar el régimen diseñado por Domat, lo que en definitiva se plasmó en el Código Civil francés, de 1804 estableciendo el “principio de la responsabilidad por culpa”, que se plasma en los arts. 1382 y 1383 de dicho código.

Los citados artículos 1382 y 1383 del Código de Napoleón, establecen como regla general que todo daño inferido a otro debe ser reparado, si se debe al “hecho o culpa” del autor. El art. 1382 de dicha codificación dispone que: “Todo hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a repararlo”. Y el art. 1383 agrega: “Cada uno es responsable de los daños causados no solamente por su hecho, sino incluso por su negligencia o por su imprudencia”.

Con todo, los redactores del Código Civil francés, al igual que los del Código Civil chileno (y otros códigos latinoamericanos), no consagraron a la responsabilidad un capítulo especial. De hecho, es muy sintomático que la palabra responsabilidad no aparece mencionada en el Código de Napoleón. Sólo se menciona al “responsable”.

Faltaba la consagración de la institución de la responsabilidad y de un sistema de normas que la rigieran orgánicamente, cuestión que hoy en día está plenamente lograda, en términos tales que la responsabilidad civil es en nuestros tiempos, uno de los más grandes e importantes campos del derecho privado, y el seguro que la cubre, uno de los que con mayor intensidad se ha extendido y evolucionado, en términos que se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que la evolución de la responsabilidad civil es en gran parte un producto de la ampliación en el uso del seguro que la cubre y que a su vez, este último evoluciona como consecuencia de los avances de aquella.

La construcción de un sistema orgánico de la responsabilidad sobre la base del principio de la culpa, es común a todo el derecho occidental de raigambre civilista o romanista, y aparece, por cierto, en todas las legislaciones decimonónicas derivadas del Código Civil francés, entre ellas, la nuestra¹⁶.

Al establecer un sistema general de responsabilidad basado en la culpa, los autores previos a la revolución francesa dieron pie al establecimiento de una nueva dimensión de la responsabilidad civil o una extensión de su concepto, en términos que parecían inconcebibles bajo las viejas tradiciones fundadas en el derecho romano. Esta es el primero de los pasos encaminados hacia el establecimiento y expansión de

¹⁴ Ibidem, Livre II, Titre IV.

¹⁵ Robert Joseph Pothier, *Traité des Obligations* (Tratado de las Obligaciones; 1761-64).

¹⁶ A partir de la dictación del Código Civil de Chile, obra del insigne jurisconsulto chileno y venezolano Andrés Bello, promulgado el 14 de diciembre de 1855 y que entró en vigencia el 1° de enero de 1857. Fue el inspirador de numerosos otros códigos civiles dictados posteriormente en diversos países de América Latina.

una teoría general sobre la responsabilidad civil, inaugurando un proceso de renovación, actualización y expansión cuya culminación parece estar en nuestros tiempos, muy lejos de haberse alcanzado.

Hoy en día se reconoce que la importancia de su evolución y los alcances que tiene, orientados hacia la reparación del daño, hacen que la responsabilidad civil sea la base de un “derecho de la responsabilidad civil”, reconocido o designado por otros como “derecho de daños”, fundándose para ello en la importancia que la noción del daño tiene para la responsabilidad civil.

En efecto, las transformaciones económicas, sociales, políticas y culturales, que se generaron a partir de la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, obligaron a cuestionar el principio de que sólo se responde por la culpa personal apreciada en concreto. En efecto, el desarrollo iniciado con la revolución industrial, cuyos efectos empezaron a hacerse sentir a gran escala a mediados del siglo XIX, y que se tradujeron en una sucesión ininterrumpida de avances científicos y técnicos, “junto con favorecer el bienestar se convierten en nuevas fuentes de daño (ferrocarriles, automóviles, aviones, vacunas, productos farmacéuticos)”¹⁷.

Ya en 1812, el Código Civil de Austria avanzaba en este sentido. Dentro del Capítulo XXX de su Segunda Parte, que trata “Del Derecho de Indemnización y Reparación”, luego de que el Art. 1293 define al daño, el Art. 1294 expresa cuales son las fuentes u orígenes ordinarios de los que el daño puede provenir y el 1295 sentando el principio de que *“todo individuo tiene derecho de exigir del autor la reparación del daño causado con culpa, ya se haya producido por haber faltado a un deber derivado del contrato o independientemente del mismo”*. Más adelante aparece la norma más novedosa de este Código, por su anticipación a la evolución futura de la responsabilidad objetiva, el Art 1299, que expresa: *“El que públicamente ejerza un cargo, un arte, tráfico, oficio, o sin necesidad se encargue voluntariamente de un asunto que requiere una pericia especial o una diligencia no común, manifiesta con ello que se obliga a la necesaria diligencia, y que se atribuye la exigida pericia no común, y se hace por tanto responsable de la falta de dicha cualidad”*¹⁸.

De esta manera surge el primer antecedente que dio origen al desarrollo de la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo, según la cual, la obligación de reparar debe ser configurada al margen de consideraciones sobre la culpabilidad individual del sujeto. De ahí precisamente la calificación de “objetiva”, que se

¹⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 87.

¹⁸ El Código Civil de Austria de 1812 debe directamente su existencia al jurista Franz von Zeiler e indirectamente a Karl Anton von Martini. Este último, uno de los más famosos juristas del siglo XVIII, es autor del Código Civil de Galicia, una de las provincias orientales de Austria, que entró en vigor en el año 1796. Sólo por su aplicación limitada a una región determinada y a su corta vida, éste no es considerado como el primer Código Civil de la historia, ya que fue reemplazado menos de 20 años después por el ya mencionado Código de 1812, que fue aplicado en cambio, a todo el Imperio Austriaco.

contrapone a la de “subjetiva”. Esta teoría objetiva fue formulada por primera vez, precisamente en Austria, por Victor Mataja (1888)¹⁹, en Italia por Orlando (1894) y en Francia por Saleilles y Josserand (1897). En el siglo XX el tema fue retomado con fuerza, siendo uno de sus más destacados exponentes, Calabressi. Según esta teoría, si se crea un riesgo a raíz de una actividad que a su vez provoca un daño, se debe reparar los daños causados por dicho riesgo con prescindencia de si ha habido dolo o culpa por parte del agente que ejecuta tal actividad. Esta responsabilidad se funda “no en el acto que provoca el daño, sino en el acto que genera el riesgo”²⁰

La idea de fondo que subyace en esta teoría, adicionalmente, es la de que prevenir y socializar la responsabilidad es más económico y tiene mejores efectos para la sociedad, que la indemnización privada del daño: la primera vía para obtener dicha finalidad es el seguro privado voluntario y luego el obligatorio.

Esta teoría ha tenido una recepción muy fuerte en la doctrina, cuando los daños son producidos por empresas u organizaciones, ya que es muy complejo individualizar al culpable. Es más, quizás ni siquiera exista culpa, ya que “*en estricto rigor el daño es estadísticamente necesario a una determinada actividad productiva*”²¹.

Sin embargo, esta doctrina de la responsabilidad objetiva o sin culpa despertó también mucha resistencia. En Francia, por ejemplo, Marcel Planiol la criticó rotundamente por varias razones: 1º Porque suprime el elemento moral, que para él, es esencial en toda responsabilidad; 2º Porque paraliza la iniciativa privada e inhibe la actuación particular y 3º Porque tiende a convertirse en una responsabilidad que obliga a contratar seguros, lo que traería –en su concepto– un mayor descuido y mayores accidentes.

¹⁹ Victor Mataja. “Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie” (El derecho de la responsabilidad por daños y perjuicios desde el punto de vista de la economía), 1888. Los antecedentes más antiguos sobre el análisis económico del derecho se remontan a fines del siglo XIX y se encuentran en los países germano parlantes, particularmente en Viena. Uno de los pioneros fue precisamente Victor Mataja, profesor de economía política y posteriormente miembro del gobierno en el cargo de Secretario de Comercio. Mataja anticipó las ideas centrales del movimiento surgido en EE.UU., en la década de los años 60 del siglo XX, que enfatizó la relación entre la economía y el derecho. Mataja sostuvo que bajo el concepto de la responsabilidad por culpa, los incentivos para prevenir el daño eran más bajos que los socialmente óptimos porque el responsable no ejercería mayor cuidado que el requerido por la ley. Por el contrario, en el régimen de responsabilidad objetiva o estricta, se establecerían incentivos óptimos, porque el costo de los daños se internalizarían y el responsable minimizaría tales costos. En el caso de los eventos de fuerza mayor, argumentó que los costos de los daños no deberían ser soportados por el propietario sino por aquel que estuviera en mejor posición para prevenir los daños. Mataja no se enfocó solamente en el efecto de los incentivos, sino que también discutió otros principios. Hizo notar que debido a la declinación marginal de la utilidad de la riqueza, el costo de los daños deberían dispersarse sobre más de una persona.

²⁰ Rodríguez, ob. cit., pág. 84.

²¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 89.

Otros señalan que esta concepción de la responsabilidad “arrastra a establecer un criterio valórico que escapa de lo propiamente jurídico y que, en última instancia, deberá resolver el legislador”²².

Las actuales tendencias han provocado que la doctrina no se pronuncie sobre un sistema único que fundamente la responsabilidad civil. En efecto, la doctrina sostiene que ambos sistemas presentan ventajas y desventajas. Por una parte, la responsabilidad objetiva facilita a las víctimas obtener el pago de las indemnizaciones por los perjuicios sufridos. Por su parte, la subjetiva, según Alessandri, se debe conservar como un principio general de responsabilidad puesto que “descansa en un valor humano, cual es la conducta del agente, y para una sociedad, como la nuestra, que atribuye la debida importancia a los valores espirituales; ésta es una razón digna de considerarse”²³.

Desde el punto de vista *cultural* se ha evolucionado, por lo menos en occidente, desde un tipo de sociedad en que el daño se aceptaba como la consecuencia de una suerte de fatalismo histórico o natural que debía aceptarse, a una situación en que culturalmente el daño no se acepta sin una indemnización, sea de parte de quien lo causó, sea de parte de la sociedad, sea de parte de algunas instituciones que tienen la función de reparar o atenuar las consecuencias del daño.

El cambio cultural ha sido acompañado también, de un cambio en la ética social prevaleciente. Hoy día se considera, no sólo como una aspiración deseable, sino como un *imperativo ético*, que el daño debe ser reparado. Ello es aceptado, prácticamente sin cuestionamientos, y no sólo cuando se trata de daños corporales sino también económicos y morales. La idea de que todo daño deber ser reparado y que la sociedad tiene un deber que cumplir al respecto está adquiriendo cada día mayor solidez.

Por otra parte, es evidente que la continuación, cada vez más acelerada, del *desarrollo económico y tecnológico*, ha tenido un impacto en los regímenes de responsabilidad civil. El efecto de la revolución industrial en la responsabilidad civil ya resulta un lugar común en la literatura y el último paso de su evolución parece ser el surgimiento y proliferación de los seguros obligatorios.

3. - Responsabilidad civil en el sistema del derecho civil con base romanista o “continental”. Doctrina general.

1.- Introducción.

²² Rodríguez, ob. Cit. pág. 85.

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo, “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, Ediar Editores, Santiago, 1983, pág. 120.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, se llama responsabilidad civil, en general, a “la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”. Se refiere a la obligación de reparar un daño y de responder por las consecuencias civiles, penales o disciplinarias de ese daño, sea con respecto a la víctima o a la sociedad.

Acertadamente se enfatiza que “la responsabilidad civil aparece vinculada esencialmente al daño que sufren una o más personas individualizables, y al deber que tiene alguien de repararlo o compensarlo con medios equivalentes”²⁴.

Por su parte, centrándose en la responsabilidad contractual, Rodríguez señala que la responsabilidad civil consiste en “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación”²⁵.

He de servir a la finalidad de exponer el tema de la responsabilidad civil, dentro del reducido marco que brinda el capítulo que le hemos dedicado, dejar sentado que los elementos esenciales de la responsabilidad civil son el *daño injusto* que sufre una persona y la *obligación de repararlo civilmente* que pesa sobre otra.

El resto de los elementos, que luego examinaremos, son secundarios, en la medida que pueden revestir diversas formas y distinto tratamiento legal.

Aún cuando puedan nacer de un mismo hecho, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal están gobernadas por normas diferentes que persiguen finalidades también disímiles.

La responsabilidad penal está establecida en normas sancionatorias o represivas, contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales, que persiguen el objetivo de restablecer la paz social quebrantada por un delito, en el interés general de la sociedad, más que en la víctima misma, aún cuando ella pueda encontrar, en ciertas ocasiones, un grado de satisfacción o de reparación del mal sufrido, por la condena que se impone al autor del delito del que ha sido víctima.

La responsabilidad civil persigue que el autor de los daños los repare, indemnizando a la víctima los perjuicios sufridos por ella, sean tales daños originados, en general, por el incumplimiento de un contrato, o por un delito o cuasidelito.

Diversos factores influyen o juegan, en general, en el establecimiento de la responsabilidad, tales como la culpa o negligencia y el dolo; a la excusa de caso fortuito o fuerza mayor; a la relación de causalidad; a las obligaciones de medios y de resultados y a la responsabilidad que en algunos casos contempla la ley

²⁴ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, pág. 20.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 11.

objetivamente, sin consideración a la existencia de culpa en el obligado a la reparación.

Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad civil, al igual que las obligaciones en general, nace en la ley, en el contrato o en el daño sufrido (ex lege, ex contractu, ex damnum)²⁶.

Sin embargo, pensamos que es conveniente aclarar que en los sistemas de derecho civil romanista o continental, todas las fuentes de la responsabilidad civil están legalmente sancionadas (statute law) y sin dicha sanción la responsabilidad no surgiría. Cuando se alude a la responsabilidad legal, se hace referencia a aquella responsabilidad que directamente se origina en la ley.

Los preceptos que rigen la responsabilidad civil en Chile, se avienen con las orientaciones que dominaron la codificación a principios del siglo XIX. Este régimen general se ha completado con un conjunto de disposiciones que, para los supuestos concretos en ellas mencionados se sigue un régimen de responsabilidad civil diverso.

En Chile, todos los tipos o clases de responsabilidad encuentran su origen legal en una misma fuente, el Art. 1437 del Código Civil, según el cual, “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (de aquí derivan las normas que regulan la responsabilidad contractual); ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos (de aquí nacen las normas sobre responsabilidad extracontractual); ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad (de aquí arranca el fundamento de la responsabilidad estrictamente legal).

Existen dos tipos de responsabilidad civil basados en la culpa del deudor responsable: la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

1) La responsabilidad civil contractual, que es la que surge como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento defectuosos o tardío de obligaciones contractuales y su estatuto legal consta en el Título XII, artículos 1545 y siguientes del Código Civil²⁷; el primero, Art. 1545, establece que el contrato es una ley para las partes

²⁶ El Código Civil de Austria de 1812 trata este tema y en general, el de la responsabilidad civil contractual y extracontractual con mucha claridad. Su Art. 859 expresa: “*Los derechos personales sobre las cosas, en virtud de los cuales una persona está obligada a dar ó prestar alguna cosa, se fundan en la ley, en el contrato o en el daño sufrido*”.

²⁷ La normativa legal chilena es, a nuestro juicio, compleja. Se echa de menos una norma sencilla, como la que contempla el Código Civil español, en cuyo Art. 1101 dice: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella*”, o la del Art. 1146 del Código Civil francés, que expresa: “*El deudor, en los casos que proceda, será condenado al pago de daños y perjuicios, bien con motivo de la falta de cumplimiento de la obligación, o por causa de su retraso en llevarla a cabo, siempre que no justifique que el no cumplimiento procede, sin haber mala fe por su parte, de causas extrañas a su voluntad que no pueden serle imputadas*”.

contratantes, el Art. 1546 que estatuye la obligatoriedad de cumplir el contrato, y de hacerlo de buena fe; el Art. 1547, sobre la prueba de la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones; el Art. 1551, que define el momento desde el que se entiende que el deudor está en mora de cumplirlas, y los Arts. 1556, 1557, 1558 y 1559, que delimitan el alcance de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento. Juega también un rol importante el Art. 1489²⁸.

La responsabilidad civil contractual supone la existencia previa de un contrato entre el responsable del daño y el que lo sufre, y surge del incumplimiento total o parcial, el cumplimiento defectuoso o el retardo en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho contrato. Alessandri la define como aquella que “proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (art. 1556 del Código Civil de Chile)”²⁹.

En otros códigos civiles existen estándares similares, particularmente en aquellos que hemos mencionado en la párrafo 2.

Hay dos tipos de responsabilidad basadas en la culpa, la contractual y la extracontractual. Las analizaremos a continuación.

2.- La responsabilidad contractual.

La responsabilidad civil contractual, que es la que surge como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento defectuosos o tardío de obligaciones contractuales y su estatuto legal consta en el Título XII, artículos 1545 y siguientes del Código Civil³⁰; el primero, Art. 1545, establece que el contrato es una ley para las partes contratantes, el Art. 1546 que estatuye la obligatoriedad de cumplir el contrato, y de

²⁸ Según el cual en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por una de las partes lo pactado, que otorga al contratante diligente la facultad de pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

²⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 42.

³⁰ La normativa legal chilena es, a nuestro juicio, compleja. Se echa de menos una norma sencilla, como la que contempla el Código Civil español, en cuyo Art. 1101 dice: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla”, o la del Art. 1146 del Código Civil francés, que expresa: “El deudor, en los casos que proceda, será condenado al pago de daños y perjuicios, bien con motivo de la falta de cumplimiento de la obligación, o por causa de su retraso en llevarla a cabo, siempre que no justifique que el no cumplimiento procede, sin haber mala fe por su parte, de causas extrañas a su voluntad que no pueden serle imputadas”.

hacerlo de buena fe; el Art. 1547, sobre la prueba de la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones; el Art. 1551, que define el momento desde el que se entiende que el deudor está en mora de cumplirlas, y los Arts. 1556, 1557, 1558 y 1559, que delimitan el alcance de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento. Juega también un rol importante el Art. 1489³¹.

La responsabilidad civil contractual supone la existencia previa de un contrato entre el responsable del daño y el que lo sufre, y surge del incumplimiento total o parcial, el cumplimiento defectuoso o el retardo en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho contrato. Alessandri la define como aquella que “proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (art. 1556 del Código Civil)”³².

Ante un caso concreto, para que se establezca la existencia de responsabilidad contractual, es decir, la obligación de un contratante de reparar un daño injusto sufrido por su contraparte, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un contrato;
- b) Que el contrato haya sido celebrado entre la víctima y el responsable; y
- c) Que el daño sufrido por la víctima sea consecuencia del incumplimiento, o del cumplimiento imperfecto o negligente de dicho contrato por parte de aquél (causalidad).

Se ha dicho que siempre que dos o más personas están vinculadas entre sí por un contrato, la responsabilidad que surja habrá de ser necesariamente contractual; pero esto no constituye más que una regla que admite diversas excepciones.

De hecho en esta materia es preciso hacer dos precisiones o comentarios: la primera es que, si bien en un sentido amplio la responsabilidad contractual constituye el resultado del incumplimiento de las obligaciones contractuales, en un sentido más estricto se reduce a la que deriva del daño injusto ocasionado a un contratante por su contraparte en el contrato, que excede el marco del mero incumplimiento de las obligaciones contraídas. La segunda observación, muy relacionada con la primera es la de que en el último tiempo se ha ido desarrollando una tendencia en la dogmática francesa, en cuanto a que en materia contractual, nada habría que justifique la existencia separada de la institución de la responsabilidad civil contractual, que no pueda resolverse por la vía del tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial del incumplimiento de las obligaciones.

El primer tema es simple, más no siempre es tratado de esa forma. Existe una tendencia tradicional a tratar a la responsabilidad contractual como el resultado del

³¹ Según esta norma, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por una de las partes lo pactado, la que otorga al contratante diligente la facultad de pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

³² Alessandri Rodríguez, Arturo, *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 42.

incumplimiento de las obligaciones contractuales y su correspondiente sanción legal. A ésta la denominaremos como el enfoque amplio de la responsabilidad civil contractual.

Hay otro enfoque más restringido, según el cual, si bien la responsabilidad civil contractual encuentra su origen en el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de un contrato, exige dar un paso más allá que la mera observación del cumplimiento o incumplimiento formal de dichas obligaciones, para atender si con motivo del contrato y contra las expectativas del resultado esperado, se produce un daño injusto para una de las partes, a raíz de una obligación de la otra, no cumplida, o cumplida en forma deficiente o imperfecta, con negligencia, por falta de habilidad o experticia, o simplemente como consecuencia de un error.

La diferencia queda en evidencia con mayor claridad en la responsabilidad contractual profesional. El cirujano que se obliga con su paciente a operarlo e inadvertidamente comete un error u omisión durante el acto quirúrgico, del cual el paciente sufre, por ejemplo, una incapacidad parcial permanente, seguramente ha obrado en el ejercicio de su ciencia, con la máxima rigurosidad, con el sincero deseo de dar fiel y entero cumplimiento a su obligación profesional. Pero un error de décimas de milímetro durante el curso de una operación que es o deviene complicada, se traduce en una lesión permanente para su paciente que desencadena su responsabilidad contractual de indemnizarlo. Lo que ocurre es que fuera del cumplimiento de las obligaciones contractuales, todo contratante está obligado a responder del daño infligido a su contraparte, teniendo en cuenta que en materia contractual, la prueba de la diligencia o cuidado recae sobre quien ha debido emplearlo, y la del caso fortuito a quien lo alega, según prescribe el Art. 1547 del Código Civil.

La precisión que hemos hecho es de gran importancia para el tema de que trata esta obra, porque en el campo del derecho de seguros, está reconocido internacionalmente el principio de que el seguro de responsabilidad civil cubre la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil contractual, sólo en los términos anteriormente expresados y de ninguna manera las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento imperfecto común, de las obligaciones contractuales.

3.- La responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual, delictual o cuasidelictual, o aquiliana, es aquella que surge cuando una persona causa un daño a otra persona, independientemente de todo vínculo anterior entre ellas. Es aquella que proviene del daño ocasionado por medio de un hecho ilícito cometido por una persona en perjuicio de otra, que no constituye la violación de un deber contractual. En este tipo de responsabilidad "el deber de reparar surge de la trasgresión, no de una obligación

propriadamente tal, sino que de un deber genérico de no dañar a otro, que es un principio general de todo ordenamiento jurídico”³³.

En Chile, al igual que en otros países de América Latina, en principio sólo existe responsabilidad civil extracontractual cuando el causante del daño ha realizado un acto o incurrido en una omisión, mediando culpa o dolo de su parte. Esa acción u omisión, debe causar un daño, o sea, un detrimento, perjuicio, menoscabo o dolor, del cual es víctima un tercero, en su persona o en sus bienes.

El artículo 1437 del Código Civil de Chile establece que constituyen delitos y cuasidelitos civiles, “los hechos que han inferido injuria o daño a otra persona”. Por su parte, el Art. 2284 dispone que “las obligaciones que nacen sin convención, nacen de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes” y en los incisos 3º y 4º agrega que: “Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”.

Pero las normas más importantes en relación a esta especie de la responsabilidad están contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, Arts. 2314 y siguientes.

El Art. 2314 expresa que: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de las penas que las leyes le impongan por el delito o cuasidelito”*.

Los requisitos o condiciones para que proceda la responsabilidad extracontractual son, según la doctrina predominante, los siguientes:

- a) Existencia de un hecho (acción u omisión) ilícito, ejecutado con dolo (intencionalmente) o con culpa (negligentemente);
- b) Imputabilidad del hecho a su autor (éste debe tener capacidad de discernimiento sobre las posibles consecuencias dañinas de sus actos u omisiones);
- c) Un factor de atribución de la responsabilidad, generalmente, la culpa o dolo;
- d) Existencia de un daño;
- e) Relación de causalidad entre el hecho generador (culpable o doloso) y el daño ocasionado (aquí se presenta un problema cuando confluyen diversas causas para producirlo).

En esencia la responsabilidad civil extracontractual, proviene de un hecho ilícito, doloso o culpable, que causa daño a la persona o propiedad de otro. También es extracontractual, porque no surge a propósito del cumplimiento de un contrato, la responsabilidad que tiene por sólo fundamento la ley, con prescindencia de la culpa o dolo del responsable, responsabilidad que propiadamente se denomina objetiva y que examinaremos posteriormente.

Como hemos visto, la principal diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual radica en la naturaleza de la obligación preexistente

³³ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 24.

que liga a dos sujetos. En efecto, la responsabilidad civil contractual se origina por el incumplimiento doloso o culpable de una obligación derivada de un contrato. En cambio, la responsabilidad civil extracontractual se origina por el incumplimiento de una obligación que emana de la comisión de un delito o cuasidelito civil, o de la ejecución de un hecho voluntario no convencional, o por la sola imposición de la ley³⁴.

³⁴ Por motivos de extensión del presente trabajo nos limitaremos tan solo a señalar algunas otras diferencias, a saber: a) *Capacidad o imputabilidad del obligado*: En materia de responsabilidad contractual se supone en las partes la capacidad de contratar, esto es, 18 años de edad. En la extracontractual, al no haber vínculo jurídico contractual, el criterio para determinar la capacidad es el discernimiento. Al respecto, la plena capacidad se adquiere a los 16 años, pero el menor de 16 puede ser capaz si el tribunal determina que obró con discernimiento (art. 2319 del Código Civil). b) *En materia de culpa*: En la responsabilidad contractual la culpa admite grados: grave, leve y levísima (art. 44). Ello se explica porque al existir un contrato entre las partes, la ley les exige diversos grados de cuidado, según sea la naturaleza de este contrato. Así por tanto hay que distinguir: -Si en el contrato sólo se favorece al deudor, por ejemplo, el comodato, tendrá éste un mayor grado de responsabilidad debiendo actuar con aquella “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (lo que significa que responderá de culpa levísima). -Si el contrato es de aquéllos en que sólo se favorece al acreedor, por ejemplo el depósito, la responsabilidad del deudor es menor, respondiendo únicamente si ha actuado sin el cuidado “que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios” (culpa grave). -Finalmente, si el contrato favorece a ambas partes (contratos onerosos, por ejemplo, el arrendamiento), el deudor sólo va a responder si actuó sin aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” (culpa leve). En cambio, en la responsabilidad extracontractual al no haber un vínculo jurídico previo que ligue a dos partes, como en el contrato, no puede haber diversos grados de cuidado. Por ello cualquier falta de diligencia, cualquier descuido o negligencia que cause perjuicios a otro genera la obligación de indemnizar. c) *Prueba de la culpa*: En la responsabilidad contractual, producido el incumplimiento, se presume la culpa del deudor, de modo que sobre éste corresponderá probar que actuó con la diligencia debida (Art. 1547 inciso tercero). En la responsabilidad extracontractual, en cambio, la culpa del deudor debe probarla el acreedor (la víctima). Sin embargo, como señala Corral no es tan absoluto este principio puesto que en la doctrina comparada se distinguen las obligaciones de medio y las de resultado. Al respecto Corral señala que sólo “respecto de las obligaciones contractuales de medio (cuando lo que se pactó es el desarrollo diligente de una cierta actividad sin que se garantizara un determinado resultado), es necesario probar la culpa (así, por ejemplo, en los contratos de prestación de servicios médicos)”³⁴. En las obligaciones de resultado, la sola constatación del hecho atribuible al autor y la consecuencia dañosa, bastan para probar la culpa.

d) *Extensión de la reparación*: En la responsabilidad contractual, la regla es que el deudor responde de los perjuicios directos previstos, salvo que haya actuado con dolo, caso en que también responde de los perjuicios directos imprevistos según el Art. 1558. Debe también responder del daño moral siempre que por la naturaleza del contrato, su infracción sea capaz de producir ese tipo de daño. Esto se discute pero embargo cada vez es más aceptado en la jurisprudencia nacional. En la responsabilidad extracontractual, en cambio, se responde de todo daño sufrido por la víctima, por lo que no hay ninguna duda que la indemnización comprende el daño moral, pues el art. 2329 es muy claro al señalar que: “por regla general *todo* daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”. e) *En materia de prescripción*: La prescripción de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad contractual se rige por la norma del artículo 2515 del Código Civil, es decir, que será por regla general de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible. En cambio,

Examinaremos a continuación, los principales elementos de la responsabilidad civil extracontractual, que es la fuente primaria de la responsabilidad que cubren los seguros propios de este ramo.

4.- a) El hecho ilícito y su imputabilidad al autor

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el hecho ilícito generador del daño y de la consiguiente responsabilidad civil es la acción u omisión productora del ilícito³⁵. Dicho hecho ilícito es catalogado como un delito o cuasidelito civil, de acuerdo a lo que dispone el artículo 2.284 del Código Civil distingue entre “delito” y “cuasidelito”.

En el cuasidelito, el hecho ilícito dañoso (acción u omisión), se ejecuta sin intención de dañar, sino por la mera culpa del agente.

En el delito civil, en cambio, el hecho ilícito es intencional, voluntario, en términos legales propios del derecho civil continental, hay dolo.

Esta distinción que atiende al elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual, en verdad carece de importancia práctica, salvo en un aspecto. En efecto, conforme al artículo 2329, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta. En consecuencia, la extensión del daño en materia delictual o cuasidelictual es la misma. La única diferencia se presenta en relación a los terceros. El art. 2316 inc. 2º, atribuye responsabilidad a los terceros *que se aprovechan del dolo ajeno* hasta concurrencia del provecho. En cambio los terceros que se han *aprovechado de la culpa ajena* no tienen responsabilidad.

Además de la ocurrencia de un hecho ilícito, es imprescindible que tal hecho pueda ser imputable según la ley a una determinada persona, lo cual significa, entre otras consideraciones, que dicha persona debe tener capacidad de discernimiento sobre las posibles consecuencias dañinas de sus actos u omisiones.

la acción para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho (art. 2332). f) *Necesidad de la mora*: Para que exista responsabilidad contractual, salvo que se trate de obligaciones de no hacer, es necesaria la constitución en mora del deudor (arts. 1557 y 1558). En la responsabilidad extracontractual la constitución en mora no es necesaria; se debe la indemnización desde la ocurrencia del hecho dañoso.

³⁵ En el ámbito de la responsabilidad contractual, el hecho ilícito consiste en el incumplimiento de una obligación contractual. Existe incumplimiento en términos generales, cuando la prestación debida no es ejecutada, de conformidad a las reglas del pago. Recordemos que pago es la prestación de lo que se debe. El Código civil chileno, en el artículo 1556, que se refiere a la indemnización de perjuicios, señala las hipótesis de incumplimiento: a) no haberse cumplido la obligación (inejecución); b) cumplimiento imperfecto o cumplimiento impropio; y c) retraso en el cumplimiento.

5.- b) La culpa o negligencia y el dolo.

De lo anteriormente expresado queda en claro que en el Derecho chileno la culpa o negligencia son esenciales para la existencia de los dos tipos de responsabilidad civil a que nos hemos referido anteriormente. La culpabilidad es el principal factor de atribución de responsabilidad, lo que lleva a la doctrina a establecer que nuestro sistema legal consagra la llamada responsabilidad subjetiva, conforme a la cual sólo se responde cuando concurre un factor de imputación (de atribución), en esencia un juicio de reproche.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad subjetiva o con culpa, convive hoy en día con la responsabilidad objetiva, impuesta por la ley, de naturaleza excepcional, que prescinde de la culpa como factor de imputación, sustituyéndola por la necesidad de afrontar las consecuencias de un riesgo creado.

Las nociones de culpa y dolo están establecidas en el Art. 44 del Código Civil. En dicha norma, la culpa está concebida en la manifestación tripartita tradicional, que distingue entre culpa grave, leve y levísima. Sin embargo, está claro que esta distinción resulta aplicable sólo a los contratos y por ende, a la responsabilidad contractual, pero no se aviene a la naturaleza de la responsabilidad extracontractual. Es por ello que la norma ya citada señala que cuando se emplea la noción de culpa sin ninguna calificación, debe entenderse referida a la noción de la culpa o descuido leve, que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o común.

En cuanto al dolo lo define por su atributo fundamental: la intención de causar el daño.

El texto del Art. 44 es el siguiente: *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.*

Constituyen conductas generadoras de la culpa o “causas de la culpa”, sea por acción u omisión, las siguientes:

a) La negligencia: La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.

b) La imprudencia: La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada. En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las

precauciones necesarias; y

c) La impericia: La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad.³⁶

La forma concreta cómo debe establecerse la existencia de la culpa o negligencia del agente, fuera de los casos en que la ley la presume, ha sido discutida dentro de la doctrina. Sin embargo, puede decirse que el criterio dominante es que la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico que ha de tomarse en consideración al efectuarse el análisis acerca de si hubo o no la posibilidad de evitar el daño.

Esta noción concurre con la esencia de la culpa, que consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto, o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso.

Por último, cabe señalar que en algunos casos el legislador establece presunciones de culpabilidad, como en el caso de los daños causados al medio ambiente cuando ha habido infracción de normas ambientales (art. 53 Ley 19.300) y daños causados por productos oficialmente declarados peligrosos en la Ley de protección al consumidor. (Art. 47 Ley 19.496).

El propio Código Civil establece las siguientes:

a) Presunciones de culpa por el hecho propio.

El Art. 2329 consagra la regla general de responsabilidad, “todo daño debe ser indemnizado”, y agrega que se presume la culpa de:

- El que dispara imprudentemente un arma de fuego.

- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche.

-El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

b) Presunciones de culpa por el hecho ajeno.

La regla general es que se responde tan sólo de los hechos propios y que por excepción se responde de los hechos de los otros. Se responde de los hechos de las personas que están a su cuidado (art. 2320 inc. 1º) y se habla de responsabilidad por el

³⁶ En el derecho español, los mismos conceptos están encerrados en las siguientes disposiciones: Art.1104 que establece: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”; y el art. 1105 que dispone: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

hecho ajeno, aunque en verdad es una responsabilidad por el hecho propio, que consiste en la falta de cuidado por las personas que están a cargo o cuidado del responsable.

Esta responsabilidad es de carácter general, esto es de todas las personas que estén al cuidado de otro.

6.- c) El daño

El daño es un elemento esencial para la existencia misma de la responsabilidad. Tanta es su importancia que en la actualidad se constata la tendencia a designar al derecho que se ocupa de la responsabilidad civil como el "Derecho de Daños".

El daño es todo menoscabo o detrimento, material o moral, que experimenta una persona, sea en su vida, su integridad corporal o su salud, o en su patrimonio y derechos.

Según lo ha definido el autor alemán Karl Larenz el daño es *la alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona, y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen, sean estos respecto de su personalidad, libertad, honor o patrimonio.*

El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas. Si una persona es atropellada, puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, comprar remedios, pagar la ambulancia, tratamiento siquiátrico; quizá deba someterse a una costosa rehabilitación; debido a su hospitalización o forzosa inactividad, puede perder un negocio importante, e incluso, además, puede quedar inhabilitado para trabajar y en consecuencia, para trabajar y mantenerse él y a su familia, etc.

El daño debe ser cierto, directo y previsible, y ha de recaer sobre un interés propio.

a. Que sea *cierto*, significa que *no* debe ser eventual; necesariamente ha de producirse, no debe estar sujeto a condición; sin embargo, puede perfectamente ser un daño futuro, como en el caso del lucro cesante.

b.- Que sea *directo y previsible*, significa que no se indemnizan los daños que no son consecuencia directa del incumplimiento o del hecho ilícito ni que sean tan remotos y razonablemente conectados con el hecho dañoso, que no sea razonable que el autor del daño los haya previsto.

c. Que sea *propio* no se refiere sólo a la titularidad del bien que resulta dañado, sino, más genéricamente a la titularidad del interés afectado.

7.- d) La relación de causalidad.

Como presupuesto del régimen general de la responsabilidad civil, y en particular de la regida por los artículos 2314 y siguientes, se requiere también, que exista una relación de causalidad entre el daño injusto y la conducta del agente a quien se imputa la responsabilidad.

El problema se presenta cuando el daño, en vez de provenir de una sola causa, proviene de varias.

La jurisprudencia chilena ha declarado que la causa es el nexo entre la acción y el daño, esto es, la necesaria existencia de un vínculo entre el comportamiento del sujeto al que se pide o exige la reparación y el daño producido. A los efectos de determinar qué daños han de ponerse a cargo del presunto responsable han de tenerse en cuenta los criterios que dominan el sistema normativo de la responsabilidad, a través de una operación que se denomina en la doctrina, imputación objetiva, y que consiste en la determinación de una causalidad jurídica de los daños, operación que parte de la recepción de la idea de las ciencias de la naturaleza o de las relaciones sociales y de la lógica como primera parte del proceso volitivo *“lo que, por otra parte, nunca está libre de valoraciones específicamente normativas contra lo que a veces se pretende, ya que se trata de una operación de discriminación que comporta juicios o valores o viene presidida por delimitaciones jurídicas”, y se dirige a la fijación de los daños cuya reparación puede ser puesta a cargo del agente*³⁷.

Se han planteado diversas teorías para resolver este problema, tales como la “Equivalencia de las condiciones”, la de la “Causa Próxima”, la de la “Condición Preponderante”, la de la “Causa Eficiente” y la de la “Causa Adecuada”.

Escapa al ámbito de este trabajo, explicar cada una de ellas en detalle. Sin embargo, diremos que cada una de estas teorías presenta, como en todos los ámbitos, ventajas y desventajas, y así lo ha demostrado la jurisprudencia de nuestro país que, al resolver cada caso en particular, procede a analizar los hechos y circunstancias y contrastarlos con los principios de cada teoría para la determinación del vínculo causal, aplicando la doctrina más pertinente a la forma en que dichos hechos se produjeron. Así, de este modo por ejemplo, se ha empleado en algunos casos la doctrina de la equivalencia de las condiciones, que es aquella que postula que todas las condiciones son equivalentes en cuanto a la causalidad y en cuanto a su existencia en la generación de un resultado dañoso, lo que tiende a extender notablemente la atribución de responsabilidades.

Sin embargo, podría decirse que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por utilizar la teoría de la llamada causalidad adecuada, pero sin delimitarla suficientemente respecto a la teoría de la causa eficiente. La doctrina chilena dice, como consecuencia de numerosas sentencias de la Corte Suprema, que el resultado dañoso ha de ser de consecuencia natural, adecuada y suficiente, debiéndose entender por natural, la que requiere entre el acto inicial y el

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 2 de enero de 2006.

resultado una relación de necesidad conforme a los conocimientos generalmente aceptados, debiendo ponderarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene aptitud suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo que se arroja como resultado.

La teoría de “la causa adecuada” fue formulada por Von Kries en 1888 y sostiene que la causa de un resultado es aquella que ordinaria y adecuadamente lo produciría. Esta teoría parte por distinguir entre la causa de un resultado y simples condiciones. No es causa cualquier condición del evento, sino aquella que es idónea para determinarlo o producirlo.³⁸

Para referirse a la causa adecuada, en el Derecho Inglés se habla de la causa próxima, y se dice que aquella puede encuadrarse en tres categorías distintas³⁹:

a) La primera categoría es aquella constituida por la inevitabilidad del resultado: si ocurre la condición A se producirá inevitablemente el resultado B.

b) La segunda es la de aquellos casos en que se produce “un debilitamiento”: si ocurre el evento A sea que cause o no un daño a la cosa asegurada, la pone en un riesgo mayor a que se produzca el resultado B, o hace más posible que se produzca dicho resultado B.

c) La tercera categoría es denominada en el derecho inglés como “state of affairs” (estado de las cosas) y aquí la situación es que el evento A ocurre y, no obstante que no produce directamente el daño ni debilita la materia asegurada haciéndola más susceptible de experimentarlo, induce al asegurado a un cambio de su conducta y el resultado dañoso B se produce en el contexto de ese nuevo “estado de las cosas” resultante de ese cambio de conducta del asegurado.

En la mayoría de los casos será posible aislar la causa próxima de la cadena de circunstancias que condujeron a la pérdida y en el caso de que haya dos o más causas, la Corte intentará identificar la causa próxima.

Sin embargo si no es posible identificar cuál de esas dos o más causas es la causa próxima, serán consideradas como causas concurrentes. No obstante, podrán estimarse que son concurrentes cuando las dos causas sean de igual importancia en términos que cada una de ellas actuando por si sola es capaz de producir la pérdida.

Puede obtenerse el pago del seguro si una de las causas próximas es un peligro cubierto y la otra no está asegurada: si una de las causas próximas está excluida, el asegurado *puede* no tener derecho a cobrar el seguro⁴⁰.

³⁸ Johannes Adolf von Kries, fisiólogo y psicólogo alemán, (6 de Octubre 1853–30 Diciembre 1928).

³⁹ Robert Merkin “*Colinvaux’s Law of Insurance*”. Thomson, Londres, 2006 pág. 114 y sigts.

⁴⁰ Hemos empleado el término “puede”, para reflejar el hecho que sobre este punto no hay en el derecho inglés una doctrina propiamente asentada. El criterio de que si concurre una causal cvubierta con otra excluida el siniestro no es indemnizable proviene del fallo en el caso *Wayne Tank and Pump Co Ltd v Employers Liability Assurance Corporation* donde el fallo de una Corte de Apelaciones sostuvo que “si hay dos causas que ambas pueden ser apropiadamente descritas como causa efectiva (próxima) de la pérdida y en el evento que el asegurado ha sufrido una pérdida que es causada

En el caso en que la pérdida haya sido causada concurrentemente por una causa incluida en la cobertura y por otra que simplemente no lo está (es decir no esta incluida pero tampoco constituye un peligro exceptuado), el asegurado tiene la posibilidad de cobrar, justamente sobre la base de que la pérdida fue el resultado de un peligro cubierto⁴¹.

8.- Tendencias del desarrollo de la responsabilidad civil en los sistemas de derecho romanista o continental.

En la época contemporánea se observan las siguientes tendencias en el desarrollo de la doctrina de la responsabilidad civil, con los consiguientes cambios graduales en la legislación positiva y la jurisprudencia:

1. Tendencia hacia la unificación de la responsabilidad civil.

Uno de los aspectos en el cual ha habido modificación significativa es la tendencia a la unificación de la responsabilidad civil, que tradicionalmente se ha dividido en dos compartimentos estancos, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

En efecto, una fuerte tendencia moderna se encamina u orienta hacia el reconocimiento de una teoría general de la responsabilidad civil.

De acuerdo a dicha doctrina, existen elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad y como consecuencia conviene abandonar las distinciones arbitrarias. Así por ejemplo, se señala como elementos comunes:

- a) La acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito.
- b) La antijuridicidad de la misma y causas que la excluyen
- c) La culpa del agente (factor de atribución).
- d) La producción de un daño
- e) Relación causal entre la acción u omisión y el daño⁴².

próximamente por una causa cubierta y un peligro exceptuado, la excepción debe prevalecer". "Colinvaux" sostiene que el razonamiento no es claro al respecto y que incluso "hay una falacia lógica en el razonamiento" (Ob. Cit., pág. 119. "Mac Gillivray", al tratar el tema, se limita a citar el referido fallo sin opinar nada al respecto (Ob. Cit., pág. 515).

⁴¹ Este principio fue asentado en el caso *Lloyds Instruments Ltd. V. Northern Star Insurance Co. Ltd., The Miss Jay Jay* (1987) y ha sido aplicado uniformemente con posterioridad.

⁴² Sin perjuicio de esta tendencia unificadora, también aparecen estatutos especiales de responsabilidad civil que reflejan determinadas parcelas del derecho de daños, por ejemplo el tratamiento que se le ha dado a los accidentes de aviación, accidentes nucleares, responsabilidad por accidentes del trabajo, responsabilidad por productos, responsabilidad por daños al medioambiente, etc., todos ejemplos que han sido recogidos en leyes especiales.

La tendencia hacia la unificación de la responsabilidad tiene defensores y detractores.

En Chile, y dada la forma en que nuestro legislador ha reglamentado la responsabilidad civil, en dos títulos diversos del Libro IV, los partidarios de la doctrina de la dualidad de responsabilidades o tesis dualista, sostienen que la responsabilidad extracontractual es ajena a todo vínculo jurídico preexistente y precisamente da nacimiento a tal vínculo, en cambio la contractual supone la existencia de una obligación anterior cuya infracción da origen a la responsabilidad.

De hecho, la tesis dualista es acogida por la mayor parte de la doctrina y por la jurisprudencia chilena, que ha seguido en este aspecto la opinión del Prof. Arturo Alessandri Rodríguez.

Por su parte, dentro de los partidarios de la doctrina que plantean la unidad de las responsabilidades o tesis monista, hay algunos que estiman que toda responsabilidad es delictual, pues no ejecutar un contrato es igualmente un acto ilícito, toda vez que el contrato es una ley para las partes (Josserand). Otros entienden que tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual hay violación de una obligación preexistente (Planiol y Ripert, los hermanos Mazeaud y dentro de la doctrina chilena, el Prof. Luis Claro Solar).

Planiol y Ripert sostienen que ambas responsabilidades crean una obligación, cual es la de reparar el daño causado, que ambas suponen una obligación anterior, que la contractual nacería del contrato y la extracontractual de la ley, y en ambas la culpa está establecida por un mismo hecho, la violación de esta obligación.

Alessandri disiente sosteniendo que en la responsabilidad extracontractual no hay obligación previa, pues antes de que exista el hecho ilícito no es posible hablar de acreedor y deudor ni de relación jurídica entre personas determinadas⁴³.

⁴³ Planiol plantea la reducción de las fuentes de las obligaciones, en dos únicas y completas: el contrato y la ley. Según esta teoría, *en el caso de los contratos*, las obligaciones son creadas por la voluntad de las partes; ellas determinan el objeto de la obligación y su extensión. La voluntad de las partes tiene un papel preponderante y la ley sólo sanciona lo que las partes quisieron. *En el caso de las obligaciones que derivan de la ley*, el deudor no ha querido obligarse; es la ley la que le impone la obligación, sea en virtud del hecho lícito o ilícito del deudor, o sea que le imponga directamente la obligación sin necesidad del hecho del deudor. Sintetizando, sólo la voluntad de la parte que sanciona o acepta el hecho podría servir de base para que una persona restringiera su libertad y por ende quedar obligado. Todos los demás casos importarían obligaciones legales, esto es, que si alguien cometió un delito o cuasidelito, la fuente de su obligación no es su hecho, sino el atribuirle por parte de la ley consecuencias jurídicas a este hecho. En definitiva y usando las propias palabras de Planiol "la obligación existe sólo porque el legislador lo quiere". Por su parte, los hermanos Mazeaud sostienen que así como el contrato es fuente de obligaciones, el incumplimiento del contrato, es decir, la responsabilidad contractual, también lo es, pues si hay inexecución total o parcial del contrato, nace un nuevo vínculo de derecho, una nueva obligación: la obligación de reparar el perjuicio sufrido, que es distinta a la obligación pactada originalmente y que tiene como fuente, no la voluntad de las partes, sino la ley. Alessandri disiente de esto, señalando que no es efectivo que el incumplimiento de una obligación contractual cree otra en su reemplazo: la obligación es la misma y lo que ocurre es que se produce uno de los efectos que la ley

2. *Énfasis en la reparación del daño.*

Las modernas tendencias en materia de responsabilidad civil se interesan fundamentalmente por la víctima, buscando reparar el daño sufrido por ella. La tendencia es a cambiar el eje de la preocupación legal, dejar de central el eje de la preocupación legal en el responsable y preocuparse más bien del daño a ser indemnizado.

Esto es lo que abre la puerta a los factores objetivos de atribución de responsabilidad, olvidándose del viejo aforismo de que no hay responsabilidad civil sin culpa. Lo que en verdad importa es que no hay responsabilidad civil sin daño.

En consecuencia, esta tendencia nos lleva hacia un sistema de atribución de responsabilidades, en vez de un criterio de verificación de culpabilidades, en el que el hombre es responsable por los riesgos que el mismo ha creado, sistema que ha sido mayormente desarrollado, en la doctrina y derecho comparado, en materia de responsabilidad de la empresa.

3. *Criterios objetivos de atribución. La responsabilidad objetiva o de derecho estricto*

Como consecuencia de la preponderancia que se atribuye a la preocupación por la víctima del daño, se ha pasado a incorporar factores objetivos de atribución, incluyendo la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, tal como ocurre en la responsabilidad contractual⁴⁴.

Si la prueba de la culpa es uno de los elementos que dificultan la obtención de la reparación, el legislador ha tratado de paliarla estableciendo presunciones de culpa. Algunas presunciones son las que se contemplan en la responsabilidad vicaria por el hecho ajeno (de los empresarios por los hechos de sus dependientes, de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores) y la que existe en el caso de los daños causados por un animal fiero.

Esto por cierto se opone con la concepción tradicional en materia de responsabilidad civil que sólo obliga a indemnizar los daños causados con culpa

atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos: la de reparar los perjuicios causados por el incumplimiento.

⁴⁴ Enneccerus señala que constituye una aspiración en la evolución del derecho moderno que en general el hombre responda de todo daño, incluso el no culpable, aunque haya ejecutado un acto con prudencia y sin posibilidad de prever el resultado dañoso, particularmente en el campo de las actividades que son riesgosas por su propia naturaleza.

debidamente acreditada.

4. *Extensión de los daños a ser indemnizados. Los daños colectivos o difusos y las acciones de clase*

Otra característica importante en el cambio de la concepción de la responsabilidad civil se manifiesta en la extensión de los daños indemnizables, incluyendo a los llamados daños colectivos o daños a intereses difusos, que inciden en una colectividad y cuyos miembros lo soportan como parte del grupo.

En otras palabras, en algunos casos, el daño ha perdido su carácter individual, ya sea en su sentido abstracto o subjetivo (criterio basado fundamentalmente en la diferencia entre el patrimonio del perjudicado, antes y después del menoscabo a indemnizar) o concreto (que atiende al menoscabo que el perjudicado haya realmente sufrido) y ha pasado a ser social. El daño social se traduce en la influencia del suceso dañoso sobre terceros que no han participado en los sucesos o no han sido partes en la contratación, lo que le da cierto carácter supraindividual. Siempre habrá daño social cuando existan intereses colectivos o supraindividuales menoscabados. Típicos ejemplos de estos intereses son la protección al medio ambiente (como cuando se derrama petróleo de un buque) y la protección del derecho de los consumidores, lo que sin duda es consecuencia de la evolución en cuanto a la intensidad o magnitud de los daños que pueden ser ocasionados, como resultado de hechos extremadamente riesgosos, tales como la contaminación, especialmente la nuclear.

5. *Desarrollo de la responsabilidad del Estado.*

Otra de las tendencias actuales de la responsabilidad civil dice relación con el desarrollo y ampliación de la responsabilidad del Estado. Se trata de hacer extensiva la responsabilidad del Estado, aún actuando éste dentro de su competencia, si en el daño causado existe una causal de atribución legítima y establecida en la ley. Así por ejemplo, si el Estado, aún dentro de su actuar lícito ocasiona un daño, la tendencia actual exige que ese daño deba ser igualmente indemnizado. Como ejemplo de un caso que materializa esta tendencia, puede citarse en Chile, el caso de confiscación y destrucción de productos del mar cuando se ha observado la presencia en el mar, de agentes contaminantes o dañinos para la salud (la marea roja), situaciones en las que el Estado, actuando dentro de su ámbito de atribución y competencia, sacrifica un interés patrimonial particular o colectivo, en función de un interés social que estima preponderante, cual es la salud e integridad física de las personas y el medio ambiente. La existencia de un interés preponderante, al igual que en los estados de necesidad, puede justificar el sacrificio del interés en conflicto, pero ello no elimina la existencia del daño, y la necesidad de reparación.

Además de lo anterior, cabe citar el amplio desarrollo que ha tenido la doctrina

de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, caso este último en que la atribución de responsabilidad descansa, en cambio, en una falta del deber de cuidado, por parte de los agentes del Estado, al estilo de la doctrina tradicional.

6. *La prevención de riesgos como función de la responsabilidad civil.*

Otra interesante tendencia moderna es la función de prevención que se atribuye a la responsabilidad. En el sistema clásico, se estimaba que la prevención por vía de la sanción al culpable era la forma de prevención más eficiente, pero como ya hemos dicho anteriormente, los defensores del llamado "Análisis Económico del Derecho" han estudiado con detalle la función preventiva de la responsabilidad civil, dentro de los fines que se atribuyen a la misma. Especialmente Calabressi, al estudiar los costos de los accidentes, los incluye dentro de las funciones de la responsabilidad civil, concluyendo que la culpa no es lo eficiente que se pensaba que era, para los efectos de reducir los daños o prevenir los accidentes sino que hay otras múltiples formas de efectuarlo, como por ejemplo, prohibiendo el ejercicio de actos potencialmente riesgosos, como por ejemplo, el porte de armas de fuego, o bien encareciendo el ejercicio de estos actos (como por ejemplo gravando con altos impuestos a industrias contaminantes) e impulsando la contratación de seguros de responsabilidad, voluntarios u obligatorios.

7. *La seguridad social y el establecimiento de los seguros obligatorios.*

Como ya lo hemos destacado, debido a los avances de la ciencia y la tecnología, cada vez hay más riesgos de los cuales hay que precaverse y que afectan no sólo a ciertas personas o entidades directamente perjudicadas sino que también, indirectamente, a la sociedad toda, lo que ha llevado a una progresiva expansión de la obligación, legalmente establecida, de contratar seguros de responsabilidad o equivalentes, para cubrir los daños emanados de eventos riesgosos de importancia colectiva, tendencia que se observa en todo el mundo, pero con mayor intensidad en ciertos países, tales como España, Francia, Portugal y Bélgica⁴⁵.

En Chile, tales seguros son los establecidos por las siguientes normas legales:

1) El DFL 251 que regula el comercio de seguros, en su Art 58 letra d) establece que los corredores de seguro tienen la obligación de "constituir una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguros" Esta póliza es de garantía hasta cierto monto y de responsabilidad civil desde cierto monto.

2) El art. 62 letra b) del mismo DFL establece una obligación similar a los liquidadores de seguros pero se trata sólo de una póliza de responsabilidad civil.

⁴⁵ El tema fue materia de análisis particular en el Congreso Mundial de AIDA celebrado en París en mayo de 2010.

3) La Ley de Mercado de Valores 18.045 en su Art. 30, dispone también la obligación de los corredores de bolsa de constituir, previo al desempeño de sus cargos, y para asegurar el correcto y cabal cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios de valores, una garantía en beneficio de los acreedores presentes o futuros que tengan o llegaren a tener en razón de sus operaciones de corretaje. Tal garantía podrá constituirse en dinero efectivo, boleta bancaria, póliza de seguros o prenda sobre acciones ...”

La póliza que cumple tal objeto, si bien se enuncia como una de garantía, en los hechos es de responsabilidad civil.

4) El Art. 100 del Reglamento de la ley de Bases del Medio Ambiente 19.300, establece una opción de tomar una póliza (cuya naturaleza no aclara) para amparar daños a terceros, para ejecutar obras preliminares mientras se obtiene la aprobación de un proyecto por parte de la autoridad ambiental

5) Los agentes de aduana y agentes transitarios también tienen la opción de asegurarse de esta forma por exigencia contemplada en la Resolución Exenta N° 2750 de 28 de marzo de 2008, dictada por el servicio Nacional de Aduanas, fundada en los artículos 24, inciso segundo y 202 de la Ordenanza de Aduanas. Dichas normas establecen que dichos funcionarios deben presentar garantía ante el Servicio Nacional de Aduanas, la que consistirá en Póliza de Seguro o Boleta Bancaria, ambas vigentes por un año, de tipo global y renovable anualmente por el mismo período, por el monto que determine la Dirección Nacional de Aduanas de acuerdo al patrimonio y movimiento que se estima efectuará el Agente de Carga o Transitario y asegurará el pago de multas y de todo cargo que pudiere resultar en su contra, con motivo del ejercicio de su actividad ante la Aduana.

6) El seguro de RC por contaminación marina que contempla el Art. 146 de la Ley de Navegación.

7) El seguro que deben contratar los transportadores aéreos de acuerdo a lo que establezca la Junta de Aeronáutica Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Ley N° 2.654, de 1979, ajustándose en todo, a las responsabilidades señaladas en el Código Aeronáutico; y

8) La ley 19.357 sobre Copropiedad Inmobiliaria, establece en su Art. 36 que...”Salvo que el reglamento de copropiedad establezca lo contrario, todas las unidades de un condominio deberán ser aseguradas contra riesgo de incendio, incluyéndose en el seguro los bienes de dominio común en la proporción que le corresponda a la respectiva unidad. Cada copropietario deberá contratar este seguro y, en caso de no hacerlo, lo contratará el administrador por cuenta y cargo de aquel, formulándole el cobro de la prima correspondiente conjuntamente con el de los gastos comunes, indicando su monto en forma desglosada de éstos. Al pago de lo adeudado por este concepto, se aplicarán las mismas normas que rigen para los gastos comunes”.

Recapitulando, las tendencias modernas sitúan el eje de la responsabilidad civil en la reparación del daño y particularmente del daño injusto, introduciendo criterios objetivos de atribución e imputabilidad, ampliando la extensión del daño a ser indemnizado, ya sea por la vía de la constatación de la existencia de los intereses colectivos, y la potencialidad destructiva de ciertos actos en la sociedad moderna. Por último, se observa una tendencia al tratamiento de los tipos tradicionales de responsabilidad civil -contractual y extracontractual- sobre la base de los elementos comunes.

4.- Tipos o especies de responsabilidad civil sujetos a reglas especiales.

1.- La responsabilidad civil por el hecho de las cosas y de los animales.

Esta responsabilidad puede provenir de la ruina de un edificio, de una cosa que cae, o de los animales, según lo que establece el Art. 2323 del Código Civil de Chile.

a) Responsabilidad por la ruina de un edificio.

En este caso, el daño debe provenir o surgir de la ruina, colapso o destrucción de un edificio, sin que su dueño haya ejecutado las obras necesarias para prevenirlo o evitarlo.

Si hay pluralidad de dueños, la indemnización se debe a prorrata del dominio, lo que importa una excepción al principio de la solidaridad dado por el Art. 2317.

Cabe hacer presente que si el daño ha sido causado a un vecino, este sólo puede invocar la responsabilidad en el caso del Art. 932 del Código Civil, que contempla la llamada "denuncia de obra ruinosa".

Cuando el daño causado proviene de un defecto de construcción, se aplica la regla tercera del Art. 2003, que regula el contrato de construcción de una obra material (Art. 2324).

b) Responsabilidad por la cosa que cae

En este segundo caso, hay responsabilidad por la cosa que cae o es arrojada desde la parte superior de un edificio, siendo clásico el ejemplo del macetero que cae de un balcón sobre alguien que va pasando por la vereda de la calle. Esta materia está regulada en el Art. 2328 que establece responsabilidad para todas las personas que habiten la misma parte del edificio, con excepción de que se pueda probar de que parte ha caído la cosa exactamente. La responsabilidad que contempla esta norma en caso que no se pueda acreditar el lugar de donde cayó la cosa es una responsabilidad simplemente conjunta, que también hace excepción al principio del Art. 2317. La ley

confiere una “acción popular”, pública, que cualquiera puede intentar, para efectos de evitar los daños de una cosa que amenace ruina o caída.

c) Responsabilidad por el hecho de los animales.

En el derecho chileno la responsabilidad por el hecho de los animales contempla dos situaciones distintas:

1) El daño causado por un animal que reporta guarda o utilidad para el servicio de un predio. En este caso, el dueño de un animal es responsable de los daños que éste causa si se le ha soltado o extraviado, salvo si esto ocurre sin su culpa (Art. 2326).

2) El daño que causa un animal que no reporta guarda o cuidado para el servicio de un predio, como por ejemplo un león o un tigre, el dueño responde en todo caso, aún cuando tenga al animal en una jaula de hierro y se escape por caso fortuito. Es un caso de responsabilidad objetiva por la mera creación del riesgo (Art. 2327).

2.- Responsabilidad por los hechos de los dependientes.

La regla general es que se responde tan sólo de los hechos propios y que se responde de los hechos de otros solo por excepción. Se atribuye responsabilidad a las personas que están al cuidado de otras conforme al art. 2320 inc. 1º. Ordinariamente se habla en estos casos de responsabilidad por el hecho ajeno, pero en verdad se trata de responsabilidad por el hecho propio de alguien, consistente precisamente en la falta de cuidado para impedir que las personas que están a su cargo causen daño a otro.

Esta responsabilidad es de carácter general, esto es de todas las personas que estén al cuidado de otro.

Son requisitos para que se produzca la responsabilidad por el hecho ajeno los siguientes:

a) Que exista una relación de dependencia, como es el caso del hijo que está a cargo de su padre o el empleado que trabaja para un empleador, etc. b) Que el autor del daño sea legalmente capaz y que esté bajo la dependencia de otro, ya que si se trata de un incapaz se aplica la regla del Art. 2319 del Código Civil (menores de 7 años o los dementes).

c) La negligencia del responsable en el ejercicio del cuidado, que en el sistema legal chileno se presume; y

d) Que se pruebe la culpabilidad del dependiente o subordinado.

Como el dependiente es capaz y responsable, en los eventos de este tipo de responsabilidad se puede accionar contra ambos; es decir, contra el subordinado y contra aquella persona que teniendo a su cuidado a esta persona no fue lo suficientemente diligente en su cuidado. Sin embargo, por lo general el dependiente

será insolvente, de manera que a la víctima le interesará dirigir su acción en contra del tercero civilmente responsable.

Esta presunción de culpabilidad por el hecho ajeno es simplemente legal, de modo que puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Inciso final del Art. 2320).

De acuerdo al Art. 2325, el tercero que por su falta de cuidado eficaz, se ve en la obligación de responder por el hecho culpable de las personas que dependen de él o están a su cuidado, tiene derecho a cobrar o repetir contra el que efectivamente causó el daño, (Art. 2325) cumpliéndose con dos requisitos:

- Que el hecho no lo haya realizado por orden de la persona de la cual depende.
- Que sea capaz de delito o cuasidelito, ya que si no lo es, se aplica la regla del Art. 2319.

Son casos de responsabilidad por el hecho de un tercero los siguientes:

1. Responsabilidad de los padres (Art. 2320 inc. 2º) por los hechos de sus hijos que están a su cuidado, siempre que se trate de un menor de edad pero con capacidad de delito, porque si no la tiene se aplica la regla del art. 2319) y siempre que el hijo viva en la misma casa que los padres.

Es importante es tener presente que los padres deben estar al cuidado personal del menor, cuidado personal que es limitado dentro los estándares jurídicos y los usos normales. Existe, sin embargo, una presunción de derecho dada en el Art. 2321 respecto a este cuidado personal, que se refiere a los malos hábitos que los padres han dejado adquirir a sus hijos. En este caso, no es necesario que vivan en la misma casa.

2. Responsabilidad de tutores y curadores por los hechos del pupilo que vive bajo su dependencia y están a su cuidado (Art. 2320 inc. 3º).

3. Responsabilidad de los directores de colegio por la conducta de los discípulos que estén bajo su cuidado, aún siendo mayores de edad (Art. 2320 inc. 4º).

4. Responsabilidad de los artesanos y empresarios por el hecho de sus aprendices y dependientes mientras estén bajo su cuidado (2320 inc. 5º).

5. Responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (Art. 2322), con tal que estos:

a) Ejecuten labores a su orden o en el ejercicio de sus funciones. No hay responsabilidad por los hechos ejecutados fuera del desempeño de sus funciones.

b) Que el dependiente no haya ejercido sus funciones de un modo impropio, y este modo impropio ha sido impredecible. Tampoco tiene responsabilidad el amo si no tenía forma de prevenir que el dependiente ejercería sus funciones en forma abusiva y tampoco si no pudo impedir el hecho habiendo utilizado toda su autoridad (Art. 2322 inc. 2º).

En el Derecho comparado, los supuestos legales signados bajo los números 4 y 5 precedentes son conocidos con el nombre genérico de "Responsabilidad indirecta del principal por el hecho de sus encargados o dependientes". Bajo este concepto se agrupan todos los casos prácticos en los cuales el daño es causado por un agente directo en el ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por un

empresario o principal. Por tanto, en todos estos casos cabe distinguir los siguientes tres elementos comunes:

- a) Un agente directo y material del daño, llamado indistintamente "dependiente", "encargado", "comisionado", "agente", etc.
- b) Una relación o vínculo entre este agente directo y el empresario civilmente responsable, denominada comúnmente "vínculo de subordinación y dependencia"; y
- c) Que el daño haya sido causado en el ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas al primero.

En el Derecho comparado se distinguen tres grandes teorías en relación al fundamento y estructura de la responsabilidad civil del principal por el hecho de sus dependientes:

1. Doctrina de la culpa *in eligendo vel vigilando*.

Esta doctrina postula que el empresario sólo es civilmente responsable si se logra acreditar que ha incurrido personalmente en una culpa al elegir, vigilar, dirigir o controlar al empleado que directa o inmediatamente causó el daño respectivo. Se entiende que el empresario, desde el momento en que contrató al dependiente y lo tiene bajo sus órdenes e instrucciones, está obligado a vigilar su conducta para que desempeñe con eficiencia y seguridad su encargo y evite así causar daños a terceros. Por ello, si el dependiente causa daños, éstos se deben más a la culpa del empleador que a la propia culpa del empleado.

En la totalidad de los ordenamientos que recogen este sistema, la culpa del empresario se presume, es decir, la víctima no tiene la carga procesal de probar la negligencia del empresario demandado. Por este motivo se concede siempre a éste último (el empresario demandado) la posibilidad de probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no ha podido impedir el hecho (la denominada prueba liberatoria).

En consecuencia, la responsabilidad civil del empresario es directa y no subsidiaria. La víctima puede demandar directamente al empresario sin necesidad de demandar primero, o conjuntamente al menos, al dependiente que material y directamente causó el daño respectivo. La responsabilidad del empresario y la del dependiente/agente directo del daño son autónomas e independientes. Además, no se necesita culpa alguna en el dependiente o agente directo del daño e, incluso, no es necesario que éste sea capaz de cometer delitos y cuasidelitos civiles. Basta la culpa del empresario demandado. El empresario demandado puede siempre eximirse de toda responsabilidad mediante la llamada prueba liberatoria, es decir, acreditando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el daño. El empresario que ha indemnizado a la víctima no puede repetir contra su dependiente por lo pagado como indemnización pues, en el fondo, paga una deuda propia. Únicamente podría repetir contra su dependiente si logra acreditar que éste incurrió en dolo o culpa personales y sólo por la parte o cuota que le corresponda al dependiente culpable en la obligación indemnizatoria.

Esta forma de concebir y estructurar la responsabilidad del empresario es coherente con la doctrina de la culpa en la época de la codificación europea e hispanoamericana, según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa.

2. La responsabilidad vicaria, refleja o substituta.

En este sistema el empresario es objetivamente responsable de los daños que con dolo o culpa causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, una vez acreditada la culpa in operando del dependiente, el empresario no puede eximirse de responsabilidad civil alegando haber empleado la debida diligencia en la elección, vigilancia, dirección y control de sus dependientes. El empresario es un verdadero garante de las culpas de sus dependientes y debe responder frente a la víctima a la medida de un fiador solidario⁴⁶.

La responsabilidad civil vicaria del empresario se caracteriza esencialmente por los siguientes elementos:

a) No es necesario acreditar culpa alguna en el empresario demandado ni éste puede eximirse probando haber empleado toda la diligencia y cuidado que su calidad le confiere y prescribe para evitar el daño respectivo. Su responsabilidad es estricta o sin culpa, pues no se le concede la llamada prueba liberatoria. Su responsabilidad es en garantía de las culpas de sus dependientes.

b) La víctima sólo debe acreditar la culpa en el dependiente que causó el daño respectivo (culpa in operando). Una vez acreditada esta circunstancia, su personal responsabilidad se "propaga" hacia el empresario inocente.

c) Por lo anterior, es esencial que el agente directo del daño sea capaz de cometer ilícitos civiles pues, en caso contrario, el no puede quedar personalmente obligado a indemnizar a la víctima ni obligar a su principal, en repercusión o garantía.

d) Bajo esta perspectiva, y según lo determine el legislador respectivo, la responsabilidad del empresario puede ser directa o subsidiaria. En el primer caso, la víctima tendrá una acción directa contra el principal. En el segundo caso, la víctima estará obligada a demandar - primero o, al menos, conjuntamente - al dependiente/agente directo del daño.

e) El empresario que paga a la víctima la respectiva indemnización puede repetir por el total contra el dependiente culpable, pues éste es el único y verdadero

⁴⁶ Esta doctrina fue creación de Pothier, no obstante lo cual y a la gran influencia que ejerció este jurista en la codificación francesa, el primer Proyecto de Código Civil francés no contenía una norma de responsabilidad vicaria, pues el amo o comitente respondían por culpa y podían eximirse de toda responsabilidad probando no haber podido impedir el hecho. Sin embargo, al momento de discutirse dicho Proyecto y sin mayores explicaciones, se privó al amo y comitente de la posibilidad de probar que había elegido o vigilado bien a sus encargados o dependientes. De esta forma se estableció, por primera vez en la historia de la codificación europea, y de modo casi fortuito, una responsabilidad vicaria, indirecta o substituta.

responsable de todo el daño causado a la víctima⁴⁷.

3. La responsabilidad civil del empresario por riesgo de empresa

Esta doctrina es la más moderna explicación respecto del fundamento y extensión de la responsabilidad civil de la empresa y constituye una aplicación -a la moderna producción de bienes y servicios- del viejo principio del riesgo creado, en que se funda la responsabilidad objetiva, que examinaremos a continuación en sus alcances de aplicación general y no solo al de la responsabilidad civil del empresario.

3.- La responsabilidad civil objetiva o de derecho estricto

Cómo ya lo adelantábamos en el párrafo anterior, como consecuencia de la preponderancia que se atribuye a la preocupación por la víctima del daño, se ha pasado a incorporar factores objetivos de atribución, incluyendo la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, tal como ocurre en la responsabilidad contractual

Son criterios de imputación propuestos por la responsabilidad objetiva.

a) La teoría del riesgo beneficio o riesgo provecho.

La responsabilidad tiene su fundamento y justificación en el aprovechamiento económico de una actividad riesgosa o susceptible de producir daños. Por lo tanto, es responsable quien es beneficiado con la producción del riesgo que determinó el resultado dañoso.

Esta teoría ha tenido acogida como fundamento de la legislación sobre accidentes del trabajo y en otras actividades productivas riesgosas pero no alcanza a

⁴⁷ En Chile, múltiples preceptos que aplican supuestos legales que responden, en su estructura y aplicación práctica, a un régimen de responsabilidad indirecta, refleja o sustituta. Así, por ejemplo, el art. 886 del Código de Comercio establece la responsabilidad civil del naviero por los daños causados por su capitán, oficiales y tripulación. El art. 162 del Código Aeronáutico (Ley N° 18.916 de 19 de enero de 1990) establece la responsabilidad civil de explotador de aeronaves por los daños causados a las personas o cosas a bordo de ellas, con ocasión de un abordaje aéreo imputable a culpa o dolo del piloto de la aeronave. El art. 174 inciso 2, de la Ley sobre Accidentes del Tránsito (Ley N° 18.290 de 7 de febrero de 1984), establece la responsabilidad solidaria del dueño de vehículos por los daños causados por el conductor, sea éste dependiente o no del dueño/titular civilmente responsable. Asimismo, el art. 145 de la de Navegación Marítima (DL N° 2.222 de 31 de mayo de 1978) estableció que el dueño, armador u operador de un barco o artefacto naval es civilmente responsable de las faltas, imprudencias o negligencias de sus dependientes o de la dotación respectiva y no podrán éstas ser alegadas como causales de exención de responsabilidad. Por último, podemos señalar que la responsabilidad civil del Estado/Administrador y de las Municipalidades puede obedecer a un esquema de responsabilidad indirecta o sustituta si el daño ha sido causado por la actividad material de algún funcionario, empleado o dependiente.

aquellos supuestos en que el accidente se produce como consecuencia de una actividad que no reporta beneficio económico.

b) La teoría del riesgo creado o riesgo agravado.

Para esta doctrina, la responsabilidad se funda en el simple hecho de haber generado un riesgo particular o haber agravado un riesgo ya existente. Se presume que quien crea un riesgo lo hace porque le genera algún beneficio. El problema radica en que toda actividad humana es potencialmente riesgosa, de manera que su amplia aceptación conduciría a una inhibición de actuar que restringiría la libertad y que significaría un obstáculo para el desarrollo de actividades que aún siendo peligrosas, necesitan ser impulsadas en beneficio de la sociedad.

c) Otras teorías.

Existen otras teorías que se fundamentan, en general, en la idea de culpa social y/o de la menor asignación de la carga de los riesgos. Toda víctima debería estar en situación de reclamar la indemnización del daño sufrido a quien está en mejor posición para soportar el costo del accidente.

La posición más aceptada o generalizada es que el criterio de la imputación subjetiva debe seguir siendo el fundamento básico y general de la responsabilidad, pero no exclusivo, de manera que para ciertas materias es justo y equitativo que se contemple una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, como en el caso de los daños al medio ambiente, productos defectuosos, accidentes de circulación, navegación aérea y marítima, etc. Se sostiene, además, que esta responsabilidad objetiva debe estar limitada o regulada de alguna forma, por ejemplo, mediante la tarificación de los montos indemnizatorios, exclusión del resarcimiento del daño moral, obligatoriedad en la contratación de seguros, etc.

En la legislación chilena podemos encontrar casos de responsabilidad objetiva, que abarcan tanto casos en que sólo la causa extraña libera de responsabilidad, como otros en que no toda causa extraña exonera al deudor o agente del deber de reparar los perjuicios. Algunos caso significativos son los siguientes:

a) La responsabilidad por daños causados por aeronaves (Arts. 142 y ss. y art. 155 y ss. del Código Aeronáutico). Se impone al transportador la obligación de indemnizar la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque, con límites de indemnización, pudiendo exonerarse de responsabilidad sólo cuando el daño es ocasionado por un hecho o culpa de la víctima o es consecuencia de un delito del que no sea autor un tripulante o dependiente.

b) Responsabilidad por daños nucleares (Ley 18.302 sobre Seguridad Nuclear), según la cual el explotador de la instalación o establecimiento nuclear responderá siempre del caso fortuito y de la fuerza mayor, limitando las causas de exoneración a los casos en que el accidente nuclear que causó el daño se deba directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil.

c) Responsabilidad por accidentes del trabajo. la Ley 16.744 de 1968 regula un sistema híbrido de seguridad social y seguro obligatorio de responsabilidad, en virtud del cual la indemnización se devenga independientemente de si hubo culpa o no del empleador, excluyéndose únicamente los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo, y los producidos intencionalmente por la víctima (art. 5°).

d) Responsabilidad por daños ocasionados por animales fieros (art. 2327 del CC).

e) Responsabilidad del dueño por daños ocasionados por vehículos motorizados (art. 174 Ley 18.290). Establece la responsabilidad solidaria del dueño de vehículos por los daños causados por el conductor, sea éste dependiente o no del dueño/titular civilmente responsable

f) Responsabilidad por daños en la construcción. El Art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, hace responsable al propietario primer vendedor, de los daños que provengan de fallas o defectos constructivos.

g) Responsabilidad por derrames de hidrocarburos, que está sancionadas por el Art. 144 de la Ley de Navegación (DL 2222 de 1978).

4.- La responsabilidad civil del Estado por falta de servicio y ante condenas injustificadas.

Como anteriormente lo adelantamos, una de las tendencias actuales de la responsabilidad civil dice relación con el desarrollo y ampliación de la responsabilidad del Estado. Se trata de hacer extensiva su responsabilidad, aún a los casos en que sus organismos han actuado actuando dentro de su competencia, si en el daño causado existe una causal de atribución legítima y establecida en la ley.

El artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N11/19.653, de 17 de noviembre de 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante “la ley de bases de la administración”, establece lo siguiente:

“Artículo 41: El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Por su parte el artículo 42 de la misma ley señala:

“Artículo 42: Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

Comúnmente, a la responsabilidad extracontractual del Estado se la denomina en general “responsabilidad civil por falta de servicio”, aunque el concepto incluye no solo la omisión de un servicio, sino también la negligencia o el cumplimiento

imperfecto o deficiente de las funciones públicas encomendadas por la ley a los órganos del Estado.

La particularidad que tiene la noción de “*falta de servicio*”, en relación con la responsabilidad subjetiva clásica, es que no atiende a la culpa o falta personal sino a la culpa o falta en la organización, “*bastando al efecto que el comportamiento del servicio público sea distinto al que le imponen las normas que regulan su funcionamiento*”⁴⁸.

La responsabilidad por falta de servicio es directa u orgánica, pues importa un defecto imputable a la organización administrativa, en la que el funcionario que concreta la falta es un engranaje del sistema. Por lo mismo, no es necesario, para los efectos de la imputación de responsabilidad, echar mano a las construcciones dogmáticas de la culpa anónima o de la culpa difusa, muy recurrentes en materia de responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente⁴⁹.

Se entiende por falta de servicio “*cuando la Administración no cumple con su deber de prestar servicio en la forma exigida por el legislador no obstante disponer de los recursos para ello y no concurrir ninguna causal eximente*”⁵⁰.

Un tipo especial de responsabilidad civil está establecida directamente en la Constitución Política de Chile y tiene por finalidad indemnizar a las personas que son condenadas por un delito y que con posterioridad se establece que el condenado es inocente. Dicha responsabilidad por error judicial en materia criminal está regulada expresamente en el art. 19 N° 7 letra i) de la Constitución, que establece que: “Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario, y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

5.- Defensas contra la imputación de responsabilidad civil.

Fuera de las defensas formales basadas en la prescripción, la nulidad, la

⁴⁸ Vid. “Antecedentes y alcances del sistema de responsabilidad por falta de servicio de la administración del estado. Análisis crítico de su recepción en la jurisprudencia nacional”. María Alejandra Aguad Deik. Fuente: Microjuris

⁴⁹ Awad. Op. Cit

⁵⁰ Informe de la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales, de fecha 6 de diciembre de 1983, dirigido al Presidente de la República, que cita Pedro Pierry Arrau en su trabajo “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio”, pág. 10. Fuente: Microjuris.

incompetencia y otras excepciones de carácter procesal, aquel a quien se imputa la responsabilidad dispone de diversas causales de justificación que excluyen la ilicitud de la conducta y del resultado. Las examinaremos a continuación.

A) El estado de necesidad

El estado de necesidad consiste esencialmente en la ejecución de un acto naturalmente ilícito, en estado de aflicción extrema, que impide una conducta normal, con la finalidad de evitar un mal mayor. Es la colisión de dos o más derechos o intereses legítimos, que se resuelve por el sacrificio de uno de ellos en favor del otro.

Por ejemplo, el caso del capitán de un buque que ordena lanzar al mar la totalidad o parte de la mercadería que transporta con la finalidad de salvar la nave de un naufragio inminente.

El estado de necesidad no puede confundirse con el caso fortuito porque no implica que el daño provenga de una causa externa inimputable por completo al imputado.

El problema en estos casos consiste en determinar si es o no procedente la reparación del daño. Algunos autores afirman que el estado de necesidad, no obstante que en principio borra la ilicitud de la conducta respecto de todo el ordenamiento jurídico, el tercero lesionado tendría derecho a reparación; pues en caso contrario, estaríamos frente a una situación injusta, y por tanto, contraria a derecho (equidad como factor de atribución), siempre y cuando con motivo de dicha conducta, no resulte completamente libre de daño el que hizo uso de una conducta basada en ella y, por el contrario, no resulte únicamente perjudicado el afectado por dicha conducta⁵¹.

B) Interrupción del nexo causal

Puede suceder que en la causación del daño interfieran otros elementos extraños, de modo que el daño no puede atribuirse exclusivamente a la acción del agente, porque por sí sola su acción no es proporcionada al daño efectivamente causado (las llamadas "concausas"). Estos elementos que interfieren en la relación de causalidad pueden ser el caso fortuito, el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima. Cuando la relación causal se suprime totalmente, estamos frente al fenómeno de la interrupción del nexo causal. Cuando sólo se produce una disminución en la

⁵¹ El Código penal español contempla una norma que dispone que de los daños causados en estado de necesidad son responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la proporción que el Juez o Tribunal establezca según su prudente criterio. Lo que esta norma está diciendo es que si alguien resulta favorecido por una acción dañosa causada en estado de necesidad (porque se le ha evitado un mal), debe a la víctima de tal conducta dañosa, el beneficio que ha experimentado.

intensidad de la fuerza causal, pues el hecho extraño sólo viene a colaborar en la producción del daño, nos encontramos frente a una concausa. La ausencia total o parcial de la relación de causalidad provoca como consecuencia la ausencia total o parcial de responsabilidad y si hay concausas, el juez debe distribuir la responsabilidad. La interrupción del nexo causal se da en las hipótesis que se examinan en los números que siguen.

C) Culpa de la propia víctima.

Hay culpa de la víctima cuando ésta actúa en forma negligente, descuidada o imprudente respecto de su persona o sus bienes, exponiéndose al peligro de sufrir un daño.

Puede decirse entonces, que la culpa de la víctima es un hecho ajeno que interrumpe el nexo causal y excusa la responsabilidad del autor del hecho. En efecto, aunque exista una culpa del autor del hecho o de un riesgo creado, el daño no hubiera sobrevenido a la víctima si ella no se hubiera expuesto voluntariamente al daño potencial, interfiriendo con su hecho en el proceso causal y determinando su propio daño. Sin embargo, el problema real reside, no en afirmar que el nexo causal no existe, lo que resulta evidente, sino en determinar si está justificado que solamente por ello la víctima soporte el daño. Las hipótesis son las siguientes:

3.1) Culpa exclusiva de la víctima. Exoneración total de responsabilidad civil.

Si el daño se ha producido por culpa exclusiva de la víctima, no existe responsabilidad alguna para el demandado, ya que no existe una relación causal que vincule su actividad con el daño producido. Por lo mismo, no cabe hablar de reducción de indemnización, en los términos del art. 2330, sino de la ausencia de un elemento de la responsabilidad, que determina la exoneración total.

No todo hecho de la víctima constituye causa ajena. De conformidad al Art. 2330 del Código Civil chileno, el hecho debe ser culposo. Sólo puede hablarse de culpa de la víctima en sentido impropio, pues ésta no viola ningún deber de conducta impuesto en interés de otros, sino que sólo infringe el mandato de atender a su propio interés. Por lo tanto, el damnificado debe ser imputable.

Sin embargo, si el hecho del inimputable, por ejemplo a un menor incapaz, una persona demente, etc., fuese que dicho hecho fuere —por las circunstancias en que se produce— imprevisible o inevitable, se estaría en presencia de un caso fortuito o de fuerza mayor que excluye también la responsabilidad del demandado.

3.2) Culpa de la víctima concurrente con culpa o riesgo del demandado. Exoneración parcial de responsabilidad civil. Art. 2330.

Hemos dicho que la relación de causalidad debe establecerse entre el daño como resultado y el factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad como causa. Es decir, no basta con establecer la participación de distintos hechos o

circunstancias en la producción del daño sino principalmente la idoneidad de la culpa o del riesgo (según los casos), para producir normalmente el resultado dañoso. Es por ello que aunque existan varias causas posibles del daño, es necesario determinar cuál es la causa jurídicamente relevante para imponer responsabilidad. Ocurre frecuentemente que un daño se produce por la concurrencia de diferentes factores que conducen a establecer la culpa del demandado y también la culpa de la víctima.

En el caso que en el resultado dañoso la única causa relevante es atribuible a la culpa que la del demandado, no tiene ninguna importancia alegar y acreditar otra culpa de la propia víctima que no ha influido en dicho resultado. Dentro de esta situación se encuentran aquellos casos en que aún cuando la víctima haya cometido alguna infracción reglamentaria, no existe relación de causa a efecto entre la "exposición imprudente al daño" y el resultado final, como es el caso de una víctima que deja su automóvil estacionado en un lugar prohibido, y otro vehículo lo embiste en pleno día a causa de su velocidad excesiva o de una mala maniobra; o cuando la víctima conducía con su licencia vencida y resulta embestida por otro vehículo que no respetó la señalización vial.

Para que el hecho culpable de la víctima conduzca a que se determine una reducción de la responsabilidad del autor se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Carácter culposo del hecho de la víctima (El Art. 2330 emplea la expresión "exposición..." "imprudente" al daño.
- Una vez más, se exige la capacidad de la víctima, para que sea válido aplicar en su contra un juicio de irreprochabilidad.
- Relación de Causalidad.

Al concurrir la culpa del demandado con la de la víctima, el juez está obligado a dar cumplimiento al art. 2330 del Código Civil chileno que le ordena reducir la evaluación que haya hecho del perjuicio. Sin embargo, la norma no da pautas para hacer esta reducción. Algunos han sostenido que en este evento se debe dividir la responsabilidad por partes iguales. Se critica esta solución, por cuanto con ella se suprime el arbitrio que concede la ley al juez en este caso, y porque presupone un criterio que se concilia con el esquema de la teoría de la equivalencia de las condiciones (no aceptada en el derecho chileno), por cuanto todos los hechos que concurren a causar un daño serían considerados causas de él, con similar importancia.

La jurisprudencia francesa se ha inclinado por dividir la responsabilidad entre el agente y la víctima según la gravedad de sus culpas, o intensidad en el curso causal, con lo cual se atiende al grado de la influencia causal⁵².

⁵² El profesor Ramón Domínguez Aguila señala que esta tesis se aviene más con la esencia misma de la responsabilidad civil, ya que con ella se trata de reparar el daño que se ha *causado* y en la medida que se *causó*.

D). Culpa de un tercero

Si en el proceso causal sobreviene el hecho culposo de un tercero que determina o influye en la entidad del daño que otro experimenta, ese hecho constituye una causa ajena al presunto responsable demandado por la víctima. Queda así interrumpido el nexo causal y la responsabilidad se proyecta fuera de la órbita de actuación de éste, o de la cosa riesgosa que le pertenece o que tiene bajo su guarda, señalando como único responsable a ese tercero. Para estos efectos, debe entenderse por tercero quien no tiene vínculo jurídico alguno de subordinación con el presunto responsable, es decir, debe tratarse de una persona por la cual el demandado no sea civilmente responsable.

La intervención de un tercero podría constituir caso fortuito si reúne los requisitos de ser imprevisible e irresistible.

En materia extracontractual⁵³, las personas responden de los hechos de quienes están a su cuidado y en ese caso se habla de responsabilidad por el hecho ajeno, aunque en verdad se trata de una responsabilidad por el hecho propio, que consiste en la falta de cuidado en la selección de o en la supervisión de las personas que están a su cargo. Esta responsabilidad es de carácter general, esto es de todas las personas que estén al cuidado de otro.

La culpa del tercero puede haber sido la única causa del daño, o bien pudo haber concurrido con la culpa del presunto responsable. En el primer caso, es necesario que se trate de un sujeto imputable susceptible de incurrir en culpa. Si así no fuere, el hecho del tercero solamente puede constituir una causa de excusación si reúne los caracteres del caso fortuito. En el segundo caso, estamos en presencia de un acto ilícito cometido por varios sujetos, que bien pudieron actuar como coautores o solamente partícipes, tanto de un delito o cuasidelito en el primer supuesto, como de un cuasidelito en este último por la pluralidad de culpas concurrentes. En

⁵³ En materia contractual, el hecho del tercero por el cual es civilmente responsable el deudor, se considera hecho suyo de conformidad con el artículo 1679 C. Civil. Pero sólo si se trata de personas por quienes fuere responsable. Por el contrario, si la cosa peca por culpa de un tercero, del cual el deudor no es responsable civilmente, habrá fuerza mayor y se extinguirá la obligación, pero el acreedor puede exigir que el deudor le ceda las acciones o derechos que tenga contra aquellos que por su hecho o culpa haya perecido la cosa. (Art. 1677). En el caso del Art. 1679, nos encontramos frente a un caso de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno. Pero el legislador, excepto en casos particulares, no señaló quienes son estas terceras personas de quienes el deudor es civilmente responsable. Por ej. En los artículos 1925, 1926, 1929 y 1941. Frente a esta situación se han dado algunas soluciones, como sostener que se responde por el hecho del tercero sólo en los casos en que la Ley expresamente lo dispone; la aplicación por analogía del art. 2320 o generalizar los casos particulares, al punto de determinar que el deudor responde por las personas a quienes se emplea, o que lo ayudan al cumplimiento de la obligación.

cualquier hipótesis, la responsabilidad es solidaria entre todos los autores o partícipes en el hecho.

E) El caso fortuito o fuerza mayor.

En la noción tradicional de la responsabilidad civil basada en la culpa, juega un rol eximente o limitativo la intervención del caso fortuito o fuerza mayor.

Al respecto el Art. 45 del Código Civil expresa: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

La existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito excluye a la culpa (no al dolo), a menos que el responsable haya contribuido con su culpa al advenimiento del caso de fuerza mayor.

4.- Responsabilidad civil en los sistemas legales basados en el “common law”. Introducción.

Aún cuando en un aspecto formal, sus características son muy diferentes a las de los sistemas de responsabilidad civil, o continental, el régimen de responsabilidad regido por el common law o case law tiende a llegar en la práctica, generalmente, a soluciones muy similares en casos también semejantes.

La mayor y la más ostensible diferencia radica en que la responsabilidad civil en el common law está estructurada sobre la base del tratamiento legal que se da a diversos tipos o especies de hechos ilícitos (torts), partiendo por un régimen general u ordinario que descansa en la falta de cuidado o negligencia (cuando previamente se ha establecido judicialmente que existe tal “deber de cuidado” por parte del autor hacia la parte afectada), y regímenes especiales para casos particulares tales como el “Trespass”, o el “Nuisance” (ver mas adelante), siendo uno de dichos regímenes especiales el que se aplica en los casos de la llamada “Strict Liability” que es lo que en el derecho continental se conoce como “responsabilidad objetiva”. El derecho aplicable se desarrolla fundamentalmente a partir de la doctrina jurídica que surge de casos concretos y reales extraídos de las decisiones de las Cortes y las sentencias dictadas sobre ellos (el “case law”), teniendo la ley escrita o “statute law” una relevancia menor, aún cuando se ha ido incrementando cada vez con mayor fuerza. En cambio, como hemos visto en el sub-párrafo previo, en los países regidos por el derecho civil o “continental”, la responsabilidad civil se organiza en una teoría general de la responsabilidad, elaborada con abstracción de los casos específicos, que se traduce en un sistema conceptual y estructurado de reglas que se expresa

principalmente en la ley escrita sancionada por el poder legislativo, a la que se subordina la doctrina y la jurisprudencia cuando su letra e interpretación son claras.

En el presente trabajo analizaremos el Tort Law basándonos en el sistema de derecho del Reino Unido. En los diversos otros países que también se rigen por el common law se presentan diferencias que en algunos casos pueden ser importantes, en diferentes aspectos específicos, pero sobre todo, por los diversos grados de influencia de la ley escrita que en ellos se registra.

5. - Descripción general de la doctrina de los “torts”.

Una persona que se ve afectada por un hecho ilícito que le causa daños tiene derecho a recibir una indemnización, usualmente una compensación monetaria, por parte de la o las personas responsables de tales daños. El “Tort Law” define en qué consiste un daño y además si una persona puede ser considerada culpable por el daño que ha causado. Dichos daños pueden incluir daños monetarios, emocionales (morales) o a su reputación, así como también violaciones a su privacidad, a su propiedad o a sus derechos constitucionales. El peso de la prueba recae en el demandante y la decisión judicial (no hay sistema de jurados en el Derecho Civil Inglés excepto por las demandas en casos de difamación y fraude civil), descansa en la evaluación de un test de probabilidades.

En el derecho inglés, si la parte dañada puede probar que la persona a quien se acusa de haber causado los daños actuó negligentemente, con culpa, es decir, sin adoptar el cuidado razonable para evitar el daño, las reglas de la responsabilidad extracontractual le permiten obtener una indemnización.

Sin embargo, el derecho inglés sobre los “Torts” también reconoce los daños causados dolosamente, cuando una persona ha actuado intencionalmente de una manera que causa daños a otra, y también la responsabilidad objetiva o de derecho estricto, que en ciertas circunstancias permite obtener indemnización sin necesidad de demostrar negligencia ni intencionalidad.

La etimología de la palabra *tort* puede encontrarse, en sus orígenes, en la palabra latina *tortum*, neutro de *tortus* -torcido- del participio pasado del verbo *torquere*. Puede encontrarse también en la palabra francesa “tort”, que significa daño o acto equivocado. La palabra “torture” (tortura) comparte el mismo origen lingüístico, aún cuando su significado actual se ha encaminado hacia una dirección muy diferente.

El sistema legal inglés se ha basado por largo tiempo en un sistema cerrado de “torts” nominados, tales como “trespass”, “battery” y “conversion”. Esta en contraste con el sistema legal “continental”, que ha optado por adoptar sistemas estructurados de responsabilidad civil extracontractual establecidos en leyes escritas. Existen varias categorías de torts, que conducen a sistemas separados de “cause of actions”, es decir, de causales contempladas en la ley que conceden a una persona a requerir que

se le libere o proteja contra un daño y/o se le indemnice si uno ya se produjo. El tort genérico, basado en la culpa o negligencia, sin embargo, mantiene una relevante importancia por sobre todos los otros tipos, proporcionando un amplio espectro de protección a los perjudicados.

Para que haya una responsabilidad basada en la culpa, debe establecerse primero la existencia de un deber de cuidado a favor de los posibles afectados; que se haya producido un incumplimiento de dicho deber; que dicho incumplimiento le haya causado perjuicios al reclamante y que el daño sufrido por éste no sea demasiado remoto respecto a la causa invocada. Si el reclamante logra establecer la responsabilidad en esta forma, el demandado será encontrado culpable. Aún cuando hay situaciones que conllevan la existencia de dicho deber, Lord MacMillan expresó en una frase famosa que “las categorías de negligencia nunca se cierran”. Esto le da al derecho de daños basado en la culpa una característica evolutiva en el tiempo.

6. - La responsabilidad extracontractual basada en la culpa o negligencia.

a) Definición.

La responsabilidad extracontractual en el common law está primeramente fundada en la culpa, que vincula al afectado y al demandado a causa del incumplimiento de un deber de cuidado por parte de este último. Con anterioridad a 1932 no se había formulado un principio de conexión que pudiera ser mirado como la base de todas las situaciones de responsabilidad civil por culpa. Estas situaciones fueron denominadas como “situaciones de deberes” (duty situations). Luego de algunos intentos anteriores, la formulación más importante de un principio general al respecto emanó del caso *Donoghue v. Stevenson*, fallado por Lord Atkin [1932]. Este es conocido en el derecho inglés como “el principio del vecino”.

La reclamante, Sra. Donoghue, se encontraba con una amiga en el Café “Wellmeadow”, en Paisley, Escocia, el 26 de agosto de 1928. Su amiga compró una botella de cerveza de jengibre y un helado. La botella era de vidrio opaco (no se veía su contenido) y el propietario del Café vertió parte de su contenido en un vaso que contenía el helado. La Sra. Donoghue tomó algo y entonces su amiga vertió el resto del contenido de cerveza de jengibre en el vaso. Sucedió que entonces salió del interior de la botella un caracol en descomposición y la Sra. Donoghue alegó que ello le provocó un choque nervioso y posteriormente una gastroenteritis. Como consecuencia reclamó una indemnización de 500 libras al fabricante de la cerveza de jengibre, Davis Stevenson de Paisley. Ante la Corte el problema jurídico que se planteó en torno al caso fue decidir si el fabricante de un producto es obligado o no a un deber de cuidado, es decir, si responde de la culpa, respecto del consumidor final del producto que él ha introducido al mercado. Y al respecto Lord Atkin expresó que:

Uno debe tener cuidado razonable en evitar actos u omisiones que razonablemente sea previsible que pueden causar daño al vecino. ¿Quién, ante la ley es mi vecino? La respuesta debe ser, aquellas personas que próxima y directamente sean afectadas por mis actos; que yo deba tener en consideración que es razonable que puedan resultar afectadas cuando yo estoy reflexionando mentalmente que actos u omisiones puedan influir o producir alguna consecuencia para ellas.

El caso mantiene su importancia hasta hoy, ya que es el punto de partida del intento de encuadrar en un principio general que permita determinar la existencia del deber de cuidado que deben observar las partes y significó el comienzo de un movimiento que se apartó del discreto estado en que se encontraba la doctrina con anterioridad a 1932.

b) El deber de cuidado

El caso *Donoghue v. Stevenson* puso las bases para el desarrollo posterior. Se adoptó el principio general, pero sin grandes avances doctrinarios, debido a que los litigios no eran frecuentes durante la primera parte del siglo XX. Un área de dificultad se presentaba en la responsabilidad por omisiones, la que presentó continuas dificultades para los tribunales ingleses⁵⁴. El establecimiento de la existencia de un deber general de cuidado, como la culpa o negligencia misma puede dividirse en elementos: el “test” de los tres pasos (o en algunos casos más). De las propias palabras de Lord Atkin puede verse que el se refiere, en primer lugar, al concepto de la razonable previsibilidad del daño; en segundo, a que el demandante y el demandado deben estar en una relación de proximidad y en tercero, a un concepto más difuso: que sea equitativo, justo y razonable imponer responsabilidad al demandado por sus acciones descuidadas.

Posteriormente, en el caso *Anns v Merton London Borough Council* [1970], Lord Wilberforce refinó el test propuesto inicialmente por Lord Atkin. La doctrina legal que planteó llegó a ser conocida como la del “test de los dos pasos” y de allí surgió la presunción de que el deber de cuidado existe siempre, salvo que alguna justificación y explicación válidos puedan excluirlo.

Primero hay que averiguar si hay una relación de proximidad suficiente, en cuyo caso, surge el deber de cuidado. En segundo término, si la primera pregunta se contesta afirmativamente, es necesario considerar si existe alguna consideración de política que en ese tipo de casos obligue a negar o reducir el límite o el ámbito de aplicación de dicho deber.

⁵⁴ Un ejemplo puede encontrarse en el caso *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* [1970].

Como se ve, en este test de dos etapas, el poder judicial quedó expuesto a negar la existencia del deber de cuidado basándose en las “consideraciones políticas aceptadas”. No hay duda que de esa manera, establecer el deber de cuidado puede llegar a ser una tarea difícil por la existencia de variadas consideraciones políticas que puedan refutar su existencia.

Consecuentemente, y por la indicada posibilidad de que los jueces aludan abiertamente a consideraciones políticas (un rol en el que aquellos no se sienten en absoluto confortables), el “case law” se movió hacia un nuevo principio general, “el test de tres etapas”. Aún cuando la manifestación de este movimiento puede ser encontrado en un sinnúmero de casos, fue el caso *Caparo v Dickman* [1990] el que estableció firmemente la nueva doctrina formulándose este test que continúa siendo aplicado en el derecho inglés hasta el día de hoy⁵⁵.

En este caso los apelantes habían realizado la auditoría anual de una compañía, siguiendo las regulaciones establecidas por la Ley de sociedades de 1985. Los apelados eran los miembros de otra sociedad que, confiando en dicha auditoría de la contabilidad, habían hecho una oferta pública para tomar el control de la primera. Los apelados alegaban que la contabilidad se había llevado en forma negligente y que su confianza en ella les había causado como resultado una pérdida y habían obtenido fallo a su favor en los tribunales inferiores. La Casa de los Lores tenía que decidir si los apelantes tenían o no un deber de cuidado a favor de los apelados en la preparación de la contabilidad. La Casa de los Lores concluyó que no lo tenían y estableció que al evaluar si existe o no dicho deber de cuidado los tribunales deben tener en cuenta los siguientes criterios: i) previsibilidad del daño; ii) proximidad de la relación; iii) si es o no equitativo, justo y razonable imponer dicho cuidado en el caso concreto.

A partir del caso *Caparo*, las cortes estimaron que las consideraciones políticas estaban implícitas e incluidas en el criterio de “proximidad” y con la consideración sobre si es “equitativo, justo y razonable” aplicar el deber de cuidado⁵⁶; y si la imposición amplia del deber de cuidado pudiere coartar a órganos públicos tales como la policía o los servicios sociales en su deber de cumplir efectivamente sus funciones en beneficio de toda la población. El principio general que se aplica hoy surge, por lo tanto del fallo en el caso *Caparo v Dickman* y su progresiva aplicación posterior.

c) La violación del deber de cuidado

⁵⁵ Debe anotarse –una vez más– que este no es el caso en otras jurisdicciones regidas por el common law.

⁵⁶ Entre los temas de política prevaecientes incluyen el temor a la apertura de las compuertas a la litigiosidad, que pueden influir en criterios restrictivos a la hora de establecer la responsabilidad.

En la aplicación del sistema general de los tort por negligencia, una vez que se ha establecido la existencia de un deber de cuidado, debe demostrarse que ese deber ha sido violado. La pregunta que los tribunales tienen que responder, en el proceso de razonamiento destinado a establecer la responsabilidad, es si la conducta observada por el demandado en los hechos cae o no dentro del test objetivo de los tres pasos o etapas en relación a lo que haría “un hombre razonable” y esto es una cuestión de hecho que debe evaluarse en cada caso individual (*Qualcast (Wolverhampton) Ltd. v Haynes* [1959]). Los factores que serán tomados en consideración para determinar si se produjo o no dicha violación serán i) una evaluación razonable del riesgo (*Bolton v Stone* [1951]); ii) el propósito de la conducta (*Watt v Hertfordshire County Council* [1954]); la posibilidad de haber tomado precauciones; y iv) cuales son las prácticas generalmente observadas en situaciones similares. De esta forma, en aquellos casos en que el demandado tiene un conocimiento especializado, el test aplicable es el de “un doctor razonable”, que proviene del caso *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957]. Un cierto margen de tolerancia se aplica usualmente en consideración a la edad del demandado, de modo que se aplica un estándar más bajo a los niños, el que se conoce como el de “un razonable niño de una cierta edad” que proviene del caso *Mullins v Richards* [1998]. Por otra parte, no se aplican márgenes de tolerancia por otras circunstancias personales, tal como el hecho de que el demandado careciera de experiencia en la tarea que debía ejecutar; se espera que se desempeñe en esa tarea como una persona razonablemente hábil y competente *Nettleship v Weston* [1971].

d) Causalidad

La causalidad es un aspecto complejo que usualmente es objeto de fuerte discusión entre las partes. La causalidad simple es la respuesta a la pregunta de “*si no fuera por*” la conducta del demandado, habría tenido lugar o no el hecho dañoso (*Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* [1968]). Ha habido alguna controversia respecto a si una causa contribuyente (no la principal) en la producción del hecho es suficiente para cumplir con el requisito de la causalidad (*Bonnington Castings Ltd. v Wardlaw* [1956]). Las dificultades surgidas del riesgo de sufrir un daño por la exposición al polvo de asbestos por múltiples demandados fue debatida ante la corte, culminando en la decisión de la Casa de los Lores en el caso *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002]. En este caso la Casa de los Lores se pronunció a favor de los demandantes aún cuando ellos fueron incapaces de probar cual de los demandados había de hecho causado el daño.

Después que se ha podido superar las complejidades que presenta la causalidad, expresadas en el test denominado “*si no fuera por*”, aún así los tribunales podrían denegar la indemnización demandada si el daño ha sido una consecuencia

demasiado remota del hecho dañoso inicial. Sin embargo, en tanto el daño haya sido previsible, lo concerniente a la forma en que se produjo y la extensión o cuantía del daño –salvo que haya sido inesperado– no les preocupa a las Cortes inglesas, que pueden conceder una indemnización completa.

7. - Situaciones especiales relacionadas con el deber de cuidado.

Aún cuando más arriba se ha expresado que hay un marco de principios generales que surgieron del caso *Caparo v Dickman* que se aplica cuando hay que decidir si ha existido o no un deber de cuidado que el demandado debía haber observado a favor del demandante, aún subsisten otros problemas y diferentes principios que entran en juego en casos especiales.

No hay espacio aquí para que nos detengamos a analizar todos los diversos matices, pero dos aspectos que deben ser considerados separadamente son los relacionados a los casos en que el perjuicio sufrido es un daño psiquiátrico o se trata de pérdidas puramente económicas. La responsabilidad de las empresas públicas presenta dificultades también, y reglas especiales se aplican cuando la relación entre el demandante y el demandado es la de empleado/empleador, o los daños que puede reclamar un visitante legal al que ocupa legalmente el recinto que visita. Un juego de principios especiales se aplica en el caso de daños que sufra una persona que entra ilegalmente a un recinto ocupado. La responsabilidad civil por productos defectuosos permanece en la esfera del common law inglés, pero con excepción de los daños causados a los consumidores que ahora está tratada por la Ley de Protección a los Consumidores de 1987 (Directiva del Consejo de la Unión Europea 85/374) y es considerada un tipo de responsabilidad objetiva o de responsabilidad civil de derecho estricto, dentro de ciertas limitadas circunstancias.

En el texto que sigue haremos un resumen breve de estos casos sujetos a un régimen especial.

1) Daño psiquiátrico

Cuando el daño sufrido por la víctima es de naturaleza psiquiátrica (shock nervioso), hay que partir por examinar la dinámica del hecho negligente. Si el reclamante fue la víctima directa de tal evento negligente la ley inglesa lo clasifica como víctima primaria. Una víctima primaria es alguien que podría haber sufrido una lesión corporal, porque se encontraba en la ruta del evento negligente, pero que en vez de ello ha sufrido un daño psiquiátrico. Para establecer si una víctima primaria puede recibir una indemnización, se aplicarán los principios generales anotados más arriba y que surgen del caso *Caparo (Page v Smith 1995)*. La situación se torna más dificultosa cuando el reclamante no estuvo directamente envuelto en el evento

negligente pero ha sufrido daño psiquiátrico a causa de haber sido testigo del daño que sufrió otra persona en dicho evento (*Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1991]). Es entendible que los temas de previsibilidad razonable del daño y la proximidad entre el demandante y el demandado son más difíciles de establecer cuando el reclamante no está “al alcance de la mano” del evento negligente que ha causado las lesiones que probadamente sufridas por otra persona. Las Cortes inglesas han desarrollado un juego de reglas (criticadas a menudo), para determinar cuando existe un deber de cuidado infringido en esas situaciones, basadas en torno a los siguientes requisitos acumulativos, recayendo el peso de la prueba en el demandante:

- Proximidad de la relación: el demandante debe tener cercanos lazos de amor y afecto con la víctima del accidente;
- Proximidad en el tiempo y el espacio: el demandante debe haber estado en la escena del accidente, en la vecindad del accidente o haberse presentado y verificado los resultados del accidente inmediatamente con posterioridad a su acaecimiento;
- Previsibilidad razonable: los daños que sufrió el reclamante deben haber sido razonablemente previsibles;
- El demandante debe haber tenido una directa percepción del accidente, con sus propios sentidos.

El reconocimiento que la aplicación de estos requisitos adicionales había conducido a confusión, impulsó en 1998 a que una Comisión elaborara un Informe Legal sobre Responsabilidad por Enfermedades Psiquiátricas. Sin embargo, las conclusiones del Informe, que debieran haber conducido al establecimiento de una ley escrita sobre el deber de cuidado en estos casos, no han sido implementadas. Cabe hacer notar, que aquellos que sufren enfermedades psiquiátricas consecuenciales a casos de negligencia con resultado de lesiones físicas, siempre han sido capaces de obtener una indemnización bajo los principios generales que rigen la negligencia que hemos analizado anteriormente, siendo del caso citar como ejemplo el caso *Pigney v Pointer's Transport Services Ltd* [1957]. Los rescatistas no profesionales –que se enfrentan a veces a consecuencias de accidentes que pueden ser en extremo chocantes- son otro grupo de reclamantes para quienes se aplican reglas especiales, en el caso que sean considerados legalmente merecedores de una indemnización (*Chadwick v British Transport Commission* [1967]).

2) Los casos de pérdidas exclusivamente económicas. El Tort of Deceit.

De un modo similar, por razones asociadas con política pública (las pérdidas financieras pueden ser cubiertas por otros medios), y con el objeto de proteger a los demandados contra pretensiones por responsabilidades indeterminadas, la ley

inglesa ha adoptado una presunción en contra del cobro de indemnizaciones por pérdidas exclusivamente económicas, en el campo de la responsabilidad por negligencia, con algunas notables excepciones que surgen cuando el demandado aparece habiendo asumido voluntariamente su responsabilidad por las declaraciones, informaciones o servicios que prestó al demandante que ulteriormente sufrió una pérdida por haberse confiado en ellas. El caso *Caparo v Dickman*, que hemos examinado con anterioridad, fue un caso que envolvía pérdidas exclusivamente económicas sufridas por el demandante y en que no existía un deber de cuidado.

Las excepciones se aplican principalmente a casos de inexactitudes en la información proporcionada al demandante por un profesional, en los casos en que este último es consciente que aquél ha confiado en sus informaciones para tomar decisiones sobre sus inversiones. Las reclamaciones pueden ser hechas tanto dentro del campo de la responsabilidad contractual como en la extracontractual (Tort) si puede demostrarse que dichas informaciones han sido negligentes.

Esto es una simplificación del pensamiento legal actual, ya que han surgido complejidades adicionales en situaciones en que la Casa de los Lores ha combinado aparentemente la teoría de la asunción voluntaria de responsabilidad precedentemente explicada con los principios generales surgidos del caso *Caparo*. Este criterio, quizás más amplio, fue aplicado en el caso *HM Customs & Excise Commissioners v Barclays Bank* [2006]. La situación de hecho era la siguiente: el banco demandado había sido notificado de una medida precautoria que lo instruí a no permitir que uno de sus clientes, parte en el juicio en que dicha medida se otorgó, pudiera extraer ningún activo de su cuenta. El banco no cumplió con la medida precautoria, lo que se tradujo en que el cliente, contra el cual el Servicio de Aduanas estaba litigando, al momento del cumplimiento del fallo, que en definitiva fue dictado en su contra, no tuvo activos suficientes para responder. La Aduana demandó al banco por esta pérdida, basándose en negligencia de este. El banco argumentó que siendo este un caso de pérdidas exclusivamente económicas, sólo podría estimársele responsable en el evento excepcional de que él hubiera asumido voluntariamente su responsabilidad para con el demandante. No había habido tal asunción de responsabilidad voluntaria porque el banco no había ejecutado nada por lo cual se hubiera obligado por su propia voluntad, sino que había recibido una orden de la Corte para congelar los fondos de su cliente. La Casa de los Lores, revocando un fallo de la Corte de Apelaciones que se había pronunciado estimando que el banco estaba obligado por un deber de cuidado hacia la demandante, sostuvo que tal deber de cuidado no existía entre el banco y el Servicio de Aduanas. Una orden de la Corte, no consensuada, sin más, no podía dar lugar a que surgiera para el banco un deber de cuidado a favor de la parte que había obtenido dicha orden precautoria. La clave del problema consistía en establecer si en todas las circunstancias sería equitativo, justo y razonable reconocer que el demandado tenía un deber de cuidado. La Casa de los Lores sostuvo que en el caso específico era injusto e irrazonable que el banco pudiera,

al ser notificado de una orden que no tenía posibilidad alguna de resistir, llegar a estar expuesto a una responsabilidad que pudiera alcanzar a millones de libras.

Desde hacía largo tiempo con anterioridad, era posible obtener una indemnización por declaraciones o informaciones imperfectas o erróneas bajo el *Tort of Deceit* (por engaño o deshonestidad). La carga de la prueba que recae sobre el demandante en este sistema es muy pesada. Debe probar que a la época en que el demandado proporcionó la información engañosa a la demandante, sabía que dicha información era falsa (o no creía en su veracidad o comportándose temerariamente en relación a su veracidad); que no obstante lo anterior, intentó que el destinatario de dicha información creyera que dicha información era real y fundada; y que el destinatario (el demandante) efectivamente actuó creyendo en ella, sufriendo las pérdidas consiguientes (*Derry v Peek* (1880)).

La principal diferencia entre presentar una demanda usando el sistema del *Tort on deceit*, a hacerlo bajo el sistema general que se funda en la negligencia, se encuentra en los límites relacionados con la lejanía de los daños respecto a la causa. A partir de la Ley sobre Declaraciones Engañosas de 1967, se ofrece en el Reino Unido una protección al demandante cuando este confía en las informaciones o declaraciones del demandado al momento de decidir la celebración de un contrato con él. En el *tort of deceit*, caracterizando la repulsa que el fraude recibe en el derecho, el demandado es responsable de todas las pérdidas que fluyan directamente del evento dañoso, sea que hayan sido previsibles o no. El Juez Barón Denning enfatizaba que “no se acepta de la boca de una persona que actúa fraudulentamente, decir que dichos daños no hubieran podido preverse razonablemente”. Sin embargo, la Sección 2 (1) de la Ley sobre Declaraciones Engañosas de 1967 también ofrece a aquellos que han contratado sobre la base de informaciones engañosas, obtener indemnización por todos sus daños. De esta manera, si se produce una repentina desvalorización del mercado inmobiliario, la persona que es culpable de haber proporcionado información engañosa o deshonesto (*deceit*), o que lo haya hecho actuando sólo con negligencia, es responsable de todas las pérdidas sufridas por el reclamante, aún aquellas que se hayan incrementado a causa de ese evento inesperado (la desvalorización inmobiliaria). Está sujeto además a la mitigación de las pérdidas potenciales. Adicionalmente, en el *Tort of deceit* la culpa concurrente no puede ser alegada. Más aún, bajo los términos de la Ley sobre Limitaciones (prescripción) de 1980, sección 32, el plazo de prescripción para demandar no comienza sino a partir del momento en que el perjudicado descubre el engaño o pudo haberlo descubierto empleando una diligencia razonable.

3) La responsabilidad civil de las autoridades públicas.

En el derecho inglés, el problema que se presenta en relación a la responsabilidad de las autoridades públicas consiste en determinar si ellas, en el

ejercicio de sus facultades legales, son o no sujetos pasivos del deber de cuidado respecto a los individuos privados que sufran daños o pérdidas como resultado de su actuación negligente. Resumidamente, la ley inglesa presenta los siguientes problemas en este campo:

- Muchas facultades y obligaciones de origen legal confieren poderes discrecionales en cuanto a cómo y cuándo dichas facultades pueden ser ejercidas;
- Cuando la negligencia alegada está constituida por una falta de ejercicio de facultades u obligaciones legales, surge la responsabilidad por omisión como su forma más obvia;
- Según casos recientes, se requiere que los individuos busquen una solución en la forma de un revisión judicial antes que, o en vez de la responsabilidad extracontractual (Tort);
- También hay que considerar el impacto de la Ley sobre Derechos Humanos de 1998, que introdujo la factibilidad de que las Cortes Inglesas puedan hacer aplicables los derechos de los individuos, en la forma indicada en la Convención Europea sobre Derechos Humanos y que se aplica directamente a las funciones del Estado.

Nuevamente el resultado que ha surgido del “derecho de casos” no es fácil de conciliar. Algunos ejemplos son el caso *Barrett v Enfield* [1999], en el que se sostuvo que era discutible que una autoridad local estuviera obligada a un deber de cuidado para criar adecuadamente a un niño que había sido tomado a su cargo a muy temprana edad. En el caso *Phelf v Hillingdon London Borough Council* [2000], se sostuvo que una autoridad local era responsable del hecho de que psicólogos educacionales suyos se habían equivocado en el diagnóstico de una dislexia que afectaba a los reclamantes, lo que se tradujo en que ellos no fueron clasificados como parte de un grupo que tenía necesidades educacionales especiales. En el caso *JD v East Berkshire NHS Trust* [2005] se decidió que una autoridad, investigando infundadas acusaciones de abuso infantil, no tiene un deber de cuidado respecto a los padres involucrados, porque ello podría interferir con la posibilidad de que los que tenían el deber primario de cuidado respecto a los niños, pudiesen presentar sin presiones indebidas sus descargos. A pesar de algunas excepciones (que a menudo se presentaron en casos que involucraban a niños), las autoridades públicas no son normalmente responsables por puras omisiones.

4) Responsabilidad de los empleadores

En el derecho inglés, cada empleador está sujeto a un deber indelegable, que consiste en tomar razonables medidas destinadas a cuidar de la seguridad de sus

empleados. En el caso *Wilson and Clyde Coal Co Ltd v English* [1937], se señaló que este deber se descomponía en cuatro elementos diferentes: i) el deber de proporcionar recintos seguros y un lugar seguro para trabajar; ii) el deber de proveer de maquinaria, equipos y materiales; iii) el deber de proporcionar un sistema seguro de trabajo y de prácticas de trabajo; y iv) el deber de procurar un equipo competente de colegas dentro del cual este inserto el trabajador.

Como era de esperar, el deber de cuidado regido por el common law se encuentra ahora complementado por una serie de normas legales escritas algunas de las cuales son generales y otras para tipos específicos de trabajo. Si el reclamante puede demostrar que sus lesiones y daños fueron ocasionados a causa de que el empleador no cumplió con los requisitos asentados en el caso Wilson, los principios normales que rigen la negligencia serán aplicados para satisfacer su reclamo.

5) Responsabilidad de los ocupantes legítimos de una propiedad respecto a los visitantes.

El deber de cuidado entre ocupantes y visitantes de una propiedad se encuentra regulado en las *Occupiers' Liability Acts* (leyes) de 1957 y 1984. La ley de 1957 fue dictada intentar poner término al estado de confusión del common law inglés respecto a las diferentes categorías de personas que podrían ser considerados visitantes. Por su parte, la ley de 1984 está destinada a ofrecer una muy limitada protección (a un nivel descrito como "humanitario común" - más bien, básico) a los que entran sin autorización a una propiedad ajena (trespass).

Esencialmente, la ley de 1957 existe para asegurar que una propiedad no es peligrosa para aquéllos que ingresan a ella en calidad de visitantes legales. Dicha ley declara que ella reemplaza al common law en cuanto a regular el deber de cuidado que el ocupante de un recinto tiene respecto a sus visitantes, en cuanto a los peligros que puedan derivar del estado del recinto o de las cosas hechas u omitidas por aquél en relación a ellos. El peso de la prueba recae sobre el demandante, que debe probar que está dentro de la categoría de visitante legal para las finalidades de la ley y acto seguido la ley establece los estándares que deben cumplir los ocupantes y las circunstancias y oportunidades en que éste puede hacer recaer la culpa en otras personas u ofrecer una defensa efectiva. Como cabría esperarse, se aplican las reglas que rigen la causalidad.

Como consecuencia de la ley de 1957, esta área de la responsabilidad ha salido en gran parte del common law inglés. Del mismo modo, la Ley de Responsabilidad de los Ocupantes de 1984 reemplaza al common law en lo que concierne a determinar si un ocupante está o no obligado a observar un deber de cuidado a otras personas que no son visitantes legales.

6) Responsabilidad civil de productos

Como se vio anteriormente, el caso *Donoghue v Stevenson* guardaba relación con un reclamo por un producto defectuoso. El deber de cuidado que fue establecido por el common law a partir del caso *Donoghue*, continúa aplicándose fuera del ámbito de la Ley de Protección a los Consumidores de 1987.

El caso *Donoghue* se aplica a los defectos en la fabricación de un producto que causa daño, no a su diseño, y esto quedó muy claro en 1960, a causa de la tragedia causada en el Reino Unido por la droga denominada Thalidomide. Como los demandantes afectados por dicha droga fueron incapaces de probar ningún defecto en la fabricación del farmacéutico, no tenían posibilidad de tener éxito en su reclamo.

Para las personas que compran un producto que causa daños, la acción más evidente es la que surge de la ley del contrato, en que otras normas legales se aplican en relación a la aptitud para el propósito a que están destinados, los bienes que se venden en el mercado (Ley sobre Compraventa de Mercaderías de 1979).

Un reclamo fundado en el common law no es un reclamo de responsabilidad objetiva, sino uno en el cual el reclamante debe probar la culpa en la forma común y corriente. Por su parte, la Ley sobre Compraventa de Mercaderías de 1979 hace responsable al fabricante de un producto (y a otros que intervienen a lo largo de la cadena de suministro), sin necesidad de prueba de la culpa, por las lesiones personales y algunos daños a la propiedad causadas en todo o en parte por un defecto en el producto respectivo. La Ley les otorga ciertas defensas específicas a los fabricantes. Dichas defensas son problemáticas. Una de las defensas que ha demostrado ser especialmente contenciosa es aquella en cuya virtud el fabricante puede reclamar:

Que en el estado del conocimiento científico y tecnológico a la época correspondiente no era tal como para que se pudiera esperar que el productor de un producto del mismo tipo y descripción que el cuestionado hubiere descubierto el defecto si hubiere existido en sus productos mientras ellos estaban bajo su control.

Esta argumentación ha llegado a ser conocida como la defensa basada en el riesgo de desarrollo y continúa ofreciendo una protección muy efectiva para las grandes compañías farmacéuticas que operan en el Reino Unido.

Se presentó un obstáculo a la aplicación de esta defensa, en cuanto se sostuvo que el Reino Unido no había cumplido apropiadamente con la Directiva de la Unión Europea, pero dicho obstáculo no prosperó (*Commission of the EC v UK* [1997] ECJ). Se ha criticado a esta defensa diciendo que la ley introduce un elemento subjetivo a la evaluación basada en las prácticas generalmente usadas dentro de la industria en vez de ocuparse en promover mejores prácticas y ofrecer una mayor protección a los consumidores potencialmente vulnerables. En el common law inglés está arraigada la noción de la responsabilidad basada en la falta culposa o intencional. Han sido pocos

los casos en que se ha usado la Consumer Protection Act de 1987. Una notable excepción fue el caso *A and others v National Blood Authority* [2001], para decidir si la “sangre” era un producto que cayera dentro del ámbito de la ley.

La responsabilidad civil por productos defectuosos es estricta u objetiva en la mayor parte de las jurisdicciones. La doctrina de la difusión o propagación de riesgos proporciona un punto de apoyo para esta manera de considerarla. Toda vez que los fabricantes de productos son el medio más barato para evitar los riesgos y los costos asociados e ellos, porque tienen una mayor probabilidad de visualizar los problemas, hace mucho sentido incentivarlos a que ellos se resguarden contra los productos defectuosos⁵⁷.

8.- Defensas contra la imputación de negligencia.

Encontrar y oponer un argumento de defensa, que sea exitoso contra la demanda, libera al demandado de la responsabilidad por los daños sufridos por el demandante, total o parcialmente, lo que convierte a tales argumentos de defensa (en nuestro derecho las denominamos -excepciones y -alegaciones o defensas), en argumentos muy apreciados en los tribunales. Hay tres defensas principales contra la imputación de negligencia, aún cuando cada una de ellas es aplicable a distintos casos de responsabilidad extracontractual y en algunos casos han sido incluidos en la legislación escrita, como por ejemplo la Ley sobre Responsabilidad Civil de Ocupantes de una Propiedad del año 1957, a la que nos hemos referido precedentemente.

1.- Negligencia concurrente (Contributory negligence)

La negligencia concurrente es la defensa o excepción más exitosa comúnmente. A partir de la Ley de Reforma sobre la Negligencia Concurrente de 1945, si la propia negligencia de la víctima ha contribuido al resultado dañoso sufrido por ella, corresponde que la Corte reduzca la indemnización sobre la base de su responsabilidad relativa en el daño.

Una mirada más atenta a la Ley de 1945 permite darse cuenta que deben ser los daños y no el evento los que deben ser parcialmente el resultado de la culpa de la víctima. Un demandante que no estaba usando un cinturón de seguridad, recibirá una indemnización reducida si las lesiones sufridas en un accidente de automóvil

⁵⁷ Cab hacer presente que estos comentarios están fundamentalmente referidos al derecho inglés. Otras jurisdicciones, en particular Australia, se han distanciado en alguna forma de las posiciones inglesas.

resultaron más severas a consecuencia de dicho hecho, aún cuando el no uso del cinturón de seguridad no tenga nada que ver con la causa del accidente mismo (*Froom v Butcher* [1976]). Si las lesiones pudieron haber sido evitadas como consecuencia del uso apropiado del cinturón de seguridad, podría haber una reducción de un 25% de la indemnización. En el caso más común –que las lesiones hubieran sido menos graves si se hubiese usado el cinturón de seguridad, la reducción de la indemnización podrá alcanzar a un 15%.

Desde luego, esto hace surgir varias cuestiones interesantes: primero, el uso del cinturón de seguridad es obligatorio en la ley inglesa y segundo, si las lesiones pudieron haber sido evitadas usándolo, ¿por qué una reducción de la indemnización de tan solo un 15%. El mismo problema ha surgido con relación al uso de cascos por los motociclistas (lo que también es un requisito obligatorio en el Reino Unido). En el caso *Smith v Finch* [2009], la reducción aplicable para el caso del cinturón de seguridad se aplicó a la falta de uso del casco por analogía. Los aseguradores de vehículos han estado impulsando una reducción estándar de las indemnizaciones de un 20% en el caso que el casco no haya sido usado, pero las sentencias de los tribunales no parecen haber recogido esa aspiración.

La equidad y la justicia son los principios guía que encierra la ley de 1945. En los casos en que se aplica un seguro obligatorio (de vehículos y para trabajadores), y teniendo en cuenta que son escasos los seguros propios (first party insurance) que contratan las propias víctimas, cualquier reducción de las indemnizaciones a favor de, por ejemplo, los peatones, no estarán cubiertas por el seguro. Ha habido casos trágicos de suicidio y de lesiones auto inferidas, que han caído dentro de la doctrina aplicable a la culpa concurrente de la víctima *Corr v IBC* [2008] y *St Goerge v Home Office* [2008]. Subsiste una duda judicial respecto a si es posible afirmar que una persona ha tenido una conducta que sea ciento por ciento concurrente en el resultado dañoso y que en consecuencia reduzca a cero la indemnización en los casos *Pitts v Hunt* [1991] y *Reeves v Commissioner of Police* [1998]).

2. Asunción voluntaria del riesgo (*volenti non fit injuria*).

La expresión latina "*volenti non fit injuria*" se aplica en el sentido que no hay culpa cuando alguien asume por propia decisión un riesgo. Esta es una defensa que exime completamente de responsabilidad y requiere que la víctima haya prestado su consentimiento para asumir las consecuencias del riesgo, o que al menos haya tenido una muy cercana y activa participación en la creación del riesgo. El derecho inglés ha eludido dar una explicación más amplia de esta defensa. El consentimiento puede ser expreso o implícito. El estrecho margen para la aplicación de esta defensa fue explicado por Lord Denning en el caso *Nettleship v Weston* [1971] en los siguientes términos:

“El conocimiento del riesgo no es suficiente. Tampoco lo es el sólo hecho de correr el riesgo voluntariamente. Nada menos que el consentimiento renunciando a reclamar, es suficiente. El demandante debe consentir expresa o implícitamente, en renunciar a cualquier reclamo posterior por los daños que pudiera sufrir a causa de una falta de diligencia suficiente por parte del demandado”.

En la ley inglesa esta defensa está actualmente excluida de aplicación en los casos de reclamos por parte de conductores y pasajeros, según la Sección 149 de la Ley del Tránsito de 1989.

El escaso margen de aplicación de esta defensa puede ilustrarse en el caso de las lesiones sufridas durante la participación en eventos deportivos. En el caso *Smolden v Whitworth* [1996] un jugador de rugby resultó lesionado a raíz de que un referí amateur no cumplió adecuadamente con su deber de cuidado y no aplicó la regla del juego prevista para evitar el denominado “collapsing scrum”. En la sentencia se aceptó que el rugby “es un deporte duro y con un alto grado de contacto físico”, pero acto seguido sostuvo que no tenía aplicación la regla sobre asunción voluntaria del riesgo porque el jugador no había consentido en aceptar experimentar lesiones causadas por negligencia. Un ejemplo de aplicación exitosa de la defensa se encuentra en el caso *Morris v Murray* [1991] relacionado con la caída de un avión ligero en circunstancias que el piloto y el pasajero habían estado previamente bebiendo juntos, grandes cantidades de whisky. El piloto resultó muerto y el pasajero sufrió serias lesiones.

3.- Falta de acción cuando el hecho se origina en una conducta ilegal o inmoral de la víctima. (Ex turpi causa non oritur actio)

La expresión latina de esta defensa, *ex turpi causa non oritur actio*, significa que “de una causa deshonrosa no puede surgir una acción para entablar una demanda” y se trata de una doctrina jurídica que afirma que el reclamante está impedido de dar inicio a una causa entablando una demanda, si ella surge en conexión con una actuación ilegal suya. Particularmente relevante en el ámbito de la responsabilidad contractual se conoce también a esta excepción con la denominación de defensa por ilegalidad (“illegality defence”), ya que mediante ella el demandado puede alegar que aún cuando haya incumplido un contrato (en el campo de la responsabilidad contractual), actuado negligentemente o eludido un deber que le correspondía en equidad, el afectado no puede entablar una demanda en su contra en razón de su propia actuación ilegal.

En la ley inglesa, los parámetros exactos de esta defensa en caso de una acción por responsabilidad civil extracontractual todavía permanecen en disputa. Se trata de una excepción o defensa que es raramente usada y ha sido objeto de una consulta a la

*Law Commission*⁵⁸ en dos instancias distintas, denominadas, la primera *Consultation on the Illegality Defence in Tort* [2001], y la segunda *The Illegality Defence: A consultative Report* [2009]. El informe más reciente no se reduce solo al derecho de la responsabilidad civil extracontractual ya que esta defensa surge en otras áreas del common law.

Un ejemplo sobre la forma en que esta defensa recibe aplicación surge del caso *Gray v Thomas Trains* [2009]. El demandante se había visto envuelto en un grave choque de trenes, causado por la negligencia de los demandados, a consecuencia del cual sufrió lesiones menores pero además, una seria afección de tipo psiquiátrico, llamada "Desorden por Stress Post traumático" (PTSD), como resultado de la cual vio reducidos sus ingresos. A raíz de dicho stress se vio envuelto posteriormente en un incidente en el que se procuró un cuchillo con el que apuñaló repetidamente a un peatón ebrio con el cual había tenido una disputa. Por causa de sus lesiones el peatón murió y el demandante fue detenido e internado indefinidamente en un hospital. En estas circunstancias, por su cuenta fue presentado un reclamo contra la compañía de trenes por los daños y pérdidas consecuenciales que surgieron a raíz del accidente causado, como se ha dicho, por negligencia. La Casa de los Lores aceptó la argumentación de la defensa fundada en *ex turpi causa non oritur actio*, en cuanto a que no podía aceptarse la demanda pues emanada de un hecho ilícito penalmente y basándose en ella, rechazó la demanda⁵⁹. Probablemente es difícil extraer de este caso un principio general para la aplicación de la defensa que estamos examinando, pero no aplicarla habría sido inconsistente con el Derecho Penal inglés. En el caso *Pitt v Hunt* [1991], también se puede encontrar una aplicación exitosa de la defensa en la Corte de Apelaciones.

9.- Otros "Torts" que contempla el Common Law Inglés.

Como se indicó al principio del párrafo 4.- el ilícito civil ("tort") por negligencia es por lejos el más común en el common law inglés de la actualidad. Para completar el panorama de la responsabilidad civil extracontractual en ese país es necesario considerar aunque sea resumidamente, otros torts que son también importantes.

1.- Nuisance (molestia).

⁵⁸ La "Law Commission" es un organismo independiente creado en el Reino Unido por la "Law Commissions Act 1965", con el objetivo de mantener bajo revisión continua la legislación y recomendar reformas cuando se necesita. Un organismo semejante existe en España.

⁵⁹ Sin embargo, es de hacer notar que uno de los jueces, Lord Rodger concurrió a la decisión pero argumentando que de acuerdo a los antecedentes el autor del homicidio sabía lo que estaba haciendo cuando hirió mortalmente al peatón, lo que no desvirtúa la aplicación "pura" de esta defensa.

El “tort of nuisance” comprende, por una parte, los reclamos por nuisances públicos y los nuisances privados y además, una regla especial sobre que surgió en conexión con los nuisances, del caso *Rylands v Fletcher*.

Los nuisances públicos son aquellos en los cuales la pérdida o el daño causado es sufrido por una comunidad local como un todo, en vez de por un individuo en particular.

Un nuisance privado puede ser definido como una irrazonable interferencia con el uso y disfrute de un terreno o de un derecho sobre o en conexión con él. Un nuisance público se extiende a un rango mucho más amplio de intereses que los privados *Corby Group Litigation* [2008]. Como en el caso común de los ilícitos por negligencia, la Ley sobre Derechos Humanos de 1998 ha tenido un impacto en los litigios de este tipo, lo que ha quedado de manifiesto en los casos *Marcic v Thames Water Utilities* [2004], *Dennis v Ministry of Defence* [2003] and *McKenna v British Aluminium Ltd* [2002].

Para establecer la ocurrencia de un nuisance, la Corte sopesará y comparará los intereses del demandante y del demandado para evaluar si los actos del demandado constituyen o no una interferencia irrazonable. Los daños pueden ser físicos (por ejemplo anegaciones, humos perniciosos o vibraciones); interferencias que afectan la comodidad (por ejemplo malos olores, polvo o ruido) o invasión (por ejemplo raíces de arboles o ramas colgantes). Para poder deducir una demanda por nuisance, el afectado debe tener un interés legal en el terreno (*Hunter v Canary Wharf* [1997]) y el remedio, en caso de que prospere la acción, consistirá en una orden judicial para que se detenga la interferencia ilegítima, más la indemnización por los perjuicios sufridos a causa del impacto en el uso o disfrute de dicho terreno. Existen algunas defensas específicas en contra de las acciones por nuisance incluyendo la basada en que la molestia deriva del ejercicio de un derecho contemplado en la ley (*Allen v Gulf Oil Refining Ltd* [1981]). El uso de órdenes judiciales para producir el relevo o terminación de la molestia es de particular importancia en estos casos (*Shelfer v City of London Electric Lighting Co* [1894]) porque él sólo otorgamiento de una indemnización puede ser considerado por el demandado como la compra del derecho a continuar infringiendo la molestia. También es posible que el demandado sea indemnizado al amparo de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (por ejemplo si se produce una infracción al Artículo 8 que ampara el derecho al respeto al hogar y a la vida privada).

Un tort de derecho estricto que también se enfoca en el uso razonable del terreno es una acción que se ejerza bajo la regla establecida en el caso *Rylands v Fletcher* [1868]⁶⁰. La regla que surgió de este caso establece que cuando ha habido el escape de un elemento peligroso en el curso de un uso no natural de un terreno, el

⁶⁰ Ha habido dos casos clave adicionales en esta área tan específica de la responsabilidad civil extracontractual - *Cambridge Water Co v Eastern Counties Leather plc* [1994], que introdujo un requisito de previsibilidad al ámbito de la responsabilidad objetiva, y *Transco v Stockport MBC* [2004], que introdujo el concepto de “uso no natural”.

ocupante de ese terreno es responsable por el daño causado a raíz de ese escape, independientemente de si hubo falta o negligencia. Se trata de un tort raramente aceptado en el derecho inglés y ha constituido una desilusión para los abogados ambientalistas que esperaban fortalecer su impacto para cumplir los eventos de polución que ocurren en la actualidad. Aún cuando considerado como de responsabilidad objetiva o estricta, hay disponibles defensas, tal como la culpa del reclamante, que el escape se ha producido por el acto imprevisible de un tercero extraño y por último, que tal escape ha sido causado por un evento de fuerza mayor (Act of God) (*Nichols v Marsland* [1876]). Como resulta evidente, de este breve análisis surge que habrá frecuentemente casos en que se superponen acciones basadas en la doctrina de la negligencia, del nuisance y de una basada en la regla asentada por *Rylands v Fletcher* y muy frecuentemente los reclamantes intentarán todas, las tres.

2.- Difamación

Difamación (defamation), ya sea en la forma de un escrito –o libelo- o en la forma verbal de la calumnia es un muy antiguo tort inglés. Ahora existe una ley escrita, la Defamation Act 1996 y están programadas nuevas y mayores reformas en el futuro; de hecho existe el borrador de una nueva Defamation Act, un documento de consulta publicado en 2011. En esencia, la ley sobre difamación intenta ofrecer protección cuando la reputación de una persona es afectada o “rebajada a los ojos de la generalidad de la gente de correcta inspiración” (*Sim v Stretch* [1936]).

Las demandas por difamación deben interponerse ante la High Court y serán conocidas por un juez y un jurado. El Juez decidirá si la declaración cuestionada es capaz de producir un efecto difamatorio y al jurado se deja decidir solamente sobre la extensión a la que alcanza el detrimento de la reputación en términos monetarios. Luego de que en algunos casos relevantes en los que el jurado otorgó montos de indemnización muy elevados, la Corte de Apelaciones está hoy en día facultada por la ley para revisar la indemnización concedida y adecuarla, en línea con las indemnizaciones habituales por lesiones o daños⁶¹.

En la mayoría de los casos, los demandados por acciones de difamación son medios de prensa. El problema, entonces, consiste en lograr un adecuado balance entre los derechos del individuo y la libertad de prensa. Como cabría de esperar la Ley de Derechos Humanos de 1998 ha puesto de relieve este aspecto, que siempre ha existido dentro del common law, que está enfocado en los Artículos 8 y 10 de la referida ley. Se ha insinuado que las demandas por difamación no son accesibles para la mayoría de la gente –los juicios son muy costosos y no hay ayuda legal disponible- y que entonces, se trata de una protección que sirve solo a los ricos. Fuera del

⁶¹ Cuando un tribunal superior revisa una indemnización otorgada y la rebaja, ello recibe el nombre de “remititur”; si por el contrario, al revisarla la aumenta, ello se llama “additur”.

otorgamiento de una indemnización, otro remedio que se emplea habitualmente consiste en una orden judicial (injunction⁶²) para detener publicaciones difamatorias adicionales, aún cuando últimamente las Cortes inglesas han estado otorgando “super-injunctions”, que prohíben a la prensa publicar el hecho de que el caso ha sido alegado ha sido exitoso y que se ha dado una orden judicial para detener las informaciones. Las nuevas formas de comunicaciones, por ejemplo los sitios de redes sociales, twitter, etc., han presentado todo un desafío a la ley contra la difamación y es interesante ver como eso se refleja en las reformas programadas y en la jurisprudencia..

3.- Actos ilícitos intencionales: trespass.

En general el “trespass” consiste en una interferencia o atentado ilegal contra la persona, los bienes o los derechos de otro.

Este tort se dividen en: i) trespass contra las personas o sus derechos; ii) trespass contra bienes muebles de uso personal (chattel), y iii) trespass de terrenos.

i) Trespass contra las personas. Contempla varias formas: el asalto (assault), fuerza ilegal (battery), la detención arbitraria (false imprisonment) y la provocación intencional de un shock mental (intentional infliction of mental shock), todos ellos reglamentados a propósito del caso *Collins v Wilcock*, por el Juez Goff (1984) en la siguiente forma: Un asalto es un intento o amenaza de causar daño a otra persona; battery es inferir verdaderamente fuerza a otra persona causándole un daño; la detención arbitraria es la imposición a una persona de una restricción ilegal en su libertad de movimientos desde un lugar específico. El caso *Wilkinson v Downton* [1897] quedó fuera de los anteriores tres ya que en realidad el demandante sufrió un daño psiquiátrico como resultado de la conducta intencional del demandado y constituyó el origen legal del ilícito consistente en la provocación intencional de un shock mental (intentional infliction of mental shock).

El assault, no coincide exactamente con el significado que a la palabra asalto le otorgamos en idioma castellano. En efecto el *assault* es la amenaza o el intento de infligir un daño a otra persona mediante el uso ilegítimo de la fuerza, acompañado de elementos que representen, a lo menos aparentemente, la capacidad del autor de ocasionarlos efectivamente.

Battery es la aplicación ilegal de la fuerza o el contacto con otra persona sin su consentimiento y que conlleva un daño o un contacto físico ofensivo.

⁶² Puede definirse al “injunction” como un remedio judicial a un daño en grado de amenaza o ya en curso que consiste en una orden concedida y expedida por el juez con el objeto de requerir a una parte que se abstenga de hacer algo o continúe realizando cierto acto o actividad.

El False imprisonment es la detención injustificada de una persona e implica la restricción total de su libertad de movimiento. La mera obstrucción no es suficiente.

Las personas están también protegidas por la Ley de Protección contra el Acoso (Harassment⁶³) de 1997, que ofrece remedios tanto civiles como criminales.

Hay una superposición muy significativa entre el Derecho Penal y la Tort Law en todos estos casos, pero desde luego aquí el demandante está buscando preferencialmente una indemnización por los daños sufridos. La responsabilidad civil extracontractual por estos casos intencionales es objetiva o estricta y se puede accionar sin prueba de los daños, por el sólo hecho de haber sido víctima de las conductas que los constituyen. Como es obvio, todos estos actos deben ser cometidos intencionalmente y no por mera negligencia y deben causar daño en forma directa e inmediata.

Los torts de assault, battery y detención arbitraria son usados frecuentemente en el common law en una gran variedad de situaciones diferentes. Un ejemplo reciente es el caso *Austin & Other v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] en el que, en un intento de controlar una manifestación, la policía adoptó el uso de un sistema ahora conocido como “kettling”, que consiste en confinar a los manifestantes detenidos durante muchas horas en un recinto pequeño. Adicionalmente al tort del common law, la parte demandante usó el Artículo 5 de la Ley sobre Derechos Humanos para argumentar una infracción al derecho de libertad de movimiento. Sin embargo, el caso no prosperó ya que la justicia sostuvo que la policía había actuado proporcionadamente, en respuesta a un peligro de seguridad pública.

Como siempre, hay justificaciones que tienen el efecto de anular la acción, por ejemplo el consentimiento, que anula la posibilidad de que el contacto físico sea capaz de constituir battery. Adicionalmente, el estado de necesidad es una defensa exitosa cuando se aplica a la medicación de emergencia y a la defensa propia, a condición de que ambas sean justas y razonables (*Ashley v Chief Constable of West Sussex Police* [2008]).

ii) Trespass to chattels (contra pertenencias personales)

El trespass to chattels también conocido como trespass to goods o trespass to personal property, se define como una interferencia o atentado contra la posesión de pertenencias personales de una persona causando daños, aún cuando para accionar

⁶³ El harassment alude a la persecución o acoso ilegítimo a una persona e implica el uso abusivo de una autoridad o poder dominante que lleva la connotación o el propósito de una intención maliciosa o una discriminación. Se ha hecho conocida últimamente por su variedad de acoso sexual en que el ejercicio de dicha presión tiene por objeto obtener ventajas sexuales de un dependiente.

no se requiere la prueba de los daños. La simple obstrucción del uso de pertenencias personales es constitutivo de este tort. ⁶⁴

iii) Trespass to Land

Este tort se relaciona directamente, también, con un daño intencional y su preocupación primaria es la protección del derecho de propiedad sobre bienes raíces, principalmente terrenos. Ofrece también una acción que puede ser presentada *per se*, con el solo mérito de los hechos en que se funda, sin necesidad de alegar el daño. El daño sufrido no está limitado al daño real al terreno sino a la injustificable interferencia que sufre una parte que es causada por la otra. Por ejemplo, caminar a través de un campo o jardín sin permiso (situación que, se admite, puede ser consecuencia de mera negligencia y no con intención dolosa), no abandonar la propiedad cuando el propietario le solicita que lo haga, ir más allá que el permiso concedido para entrar en una propiedad y la colocación deliberada de objetos en la propiedad de alguien sin su permiso. De la misma manera que en el caso del trespass contra las personas, este antiguo tort puede ser usado en un variado espectro de contextos y para una amplia variedad de finalidades subyacentes. Un ejemplo reciente es el caso *Monsanto plc v Tilly* [2000], en el cual manifestantes de una protesta entraron a un terreno que estaba siendo usado para el desarrollo de cultivos genéticamente modificados. La parte de Tilly (los manifestantes) argumentó sin éxito que la acción era necesaria para prevenir mayores daños al medio ambiente y a la salud pública. Contrariamente a lo que ocurre en el caso del trespass contra las personas, el estado de necesidad no sirve como defensa en una acción de trespass a un terreno. Por el contrario está disponible el remedio consistente en la obtención de una orden judicial (injunction) para detener la interferencia ilegal y la acción de indemnización de perjuicios.

4.- Los torts económicos.

Los torts económicos están destinados fundamentalmente a otorgar protección por los obstáculos e interferencias que afecten el libre desarrollo del comercio y en general los negocios. Esta área incluye la doctrina de la restricción u obstáculos (restraint) al comercio y ha estado dominada durante largo tiempo a partir del Siglo XX por la intervención de leyes escritas que han sido dictadas, particularmente concernientes al Derecho del Trabajo y a la moderna legislación sobre la Libre

⁶⁴ Es interesante anotar que en USA, desde el caso *Since CompuServe Inc. v. Cyber Promotions*, varias cortes han aplicado los principios trespass to chattel para resolver casos relativos a distribución no deseada de e-mails masivos (spam) y de uso no autorizado de servidores de computación.

Competencia. A menudo se ha enfatizado sobre la ausencia de un principio unificador, que permita su actuación en conjunto con los diferentes clases de responsabilidad civil económica.

La doctrina inglesa sobre la obstrucción al comercio fue el catalizador para mucho de lo que hoy en día se llama ley sobre la (libre) competencia (o a veces ley "anitrust"). Estas leyes constituyen una vía para detener a aquellos que quieren poner obstáculos a la libre competencia en la economía de mercado, a través de los monopolios sobre la producción, organizando "carteles", imponiendo condiciones comerciales injustas, acuerdos de precios y muchas otras formas. El punto de vista inglés ha sido siempre extraordinariamente flexible y liberal en su enfoque, pero draconiano cuando ha llegado a la certeza de que cierto comportamiento constituye un obstáculo o impone una restricción al comercio. Aparte del common law, poco tiempo después de la segunda guerra mundial se dictaron leyes escritas para dejar en ellas de manifiesto cual era la política pública al respecto: la Ley sobre Monopolios y otras Prácticas Restrictivas de 1948 fue seguida pronto por la Ley sobre Prácticas Restrictivas del Comercio de 1956 y la ley sobre Monopolios y Fusiones de 1965.

Desde 1972, sin embargo, el Reino Unido se unió al régimen del derecho sobre la competencia transfronteriza de la Unión Europea, que se fundó primeramente en los Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma. Las compañías que formaban un cartel o se coludían para impedir la competencia o abusar de una posición dominante en el mercado, por ejemplo a través de un monopolio, enfrentaron multas impuestas por la autoridad pública y en algunos casos acciones fundadas en la responsabilidad extracontractual (torts), como manifestación de la reacción privada ante tales prácticas. Un gran tema en la Comunidad Europea consiste en resolver si se sigue o no el sistema norteamericano de las acciones privadas de indemnización de perjuicios como forma de prevenir las conductas contrarias a la libre competencia. En otras palabras, la cuestión es determinar qué podría ser estimado como un ilícito civil público, en circunstancias que hay solamente autoridades públicas que son competentes para imponer sanciones. El Reino Unido actualizó su legislación con la Ley sobre Competencia de 1998, seguida por la Ley sobre Empresas de 2002, un régimen que es un espejo que reproduce aquél que tiene la Unión Europea. Las autoridades internas que persiguen dichas conductas son la Oficina de Comercio Justo y la Comisión de la Competencia.

Otros torts económicos son denominados genéricamente en el derecho inglés como "interferencias ilícitas relativas a mercaderías". La Ley sobre Torts relativos a Interferencia con Mercaderías de 1977, recoge bajo esta denominación los variados Torts sobre estos aspectos, pero de hecho las reglas substantivas relativas al *trespass to goods* y al *conversion* permanecen siendo aplicadas como lo eran en el pasado. El *trespass to goods* tiene que ver con cualquiera interferencia directa con los bienes en posesión de una persona, en tanto que *conversion* se refiere con limitaciones más serias inferidas a los derechos de propiedad, tanto como, privar efectivamente al

reclamante de los beneficios de su dominio sobre un bien. En un caso se sostuvo que la expresión “goods” sección 14 de la Ley no se aplica a bienes intangibles (*OBG Ltd v Allan* [2008]) pero esto es materia de un debate académico que sigue en curso. El *Conversion* es mucho más difícil de definir⁶⁵, pero algunos ejemplos son el corte de árboles y la explotación de madera de un terreno por alguien no estando clara la propiedad sobre el mismo; la remoción de muebles por alguien de un espacio que está siendo cohabitado; el almacenamiento de bienes de otro en algún lugar sin avisarle, y la controversia entre los descubridores o buscadores de tesoros y los dueños u ocupantes legítimos del terreno (*Parker v British Airways* [1982]).

10.- Responsabilidad civil vicaria

La responsabilidad civil vicaria es aquella que obliga a una persona o entidad a responder por los hechos ilícitos dañosos cometidos por personas que están a su cuidado o bajo su dependencia o autoridad. Surge, por ejemplo, cuando un empleador es encontrado culpable por ilícitos civiles cometidos por sus empleados. Esta responsabilidad se extiende a otros individuos o entidades que, al igual que los empleadores, tienen el deber y el derecho de controlar las acciones de otros (los padres por sus hijos, los directores de colegios sobre los alumnos y los tutores sobre sus pupilos).

En un famoso caso substanciado en Canadá (*Bazley v Curry* [1999]), la Corte Suprema de ese país afirmó que una organización sin fines de lucro podía tener responsabilidad civil vicaria por un ilícito sexual de uno de sus empleados. La jueza McLachlin, redactora del fallo se basó en la obra de John Fleming, “Law of Torts” 1998, págs. 409-410, y adoptó sus dos justificaciones clave para hacer efectiva la responsabilidad civil vicaria en este caso: otorgar a la víctima una justa compensación y servir como disuasivo para evitar futuros daños. Esta decisión ha influenciado ampliamente la jurisprudencia sobre la responsabilidad civil vicaria en el derecho de los ilícitos civiles del common law, aún fuera de Canadá.

La palabra “vicario” proviene del Latín y significa cambio o alternancia y del viejo Latín por la doctrina “*respondet superior*” que significa literalmente “que el superior (o el amo) responda” (por los hechos de su subalterno. Si se alega que un empleador es vicariamente responsable las Cortes inglesas determinarán antes que nada si existe una relación de empleado a empleador. Los torts relacionados con contratistas independientes generalmente no imponen responsabilidad vicaria a los

⁶⁵ Se ha definido al “conversion” como la asunción no autorizada (o meramente pretendida) y el ejercicio de los derechos de propiedad sobre bienes o enseres que pertenecen a otra persona, o la alteración de su condición o la obstrucción a los derechos del propietario sobre ellos en forma permanente o por tiempo indefinido.

empleadores; sin embargo este principio no se aplica cuando se contrata para efectuar actividades particularmente peligrosas, porque se estima que allí existe un deber de cuidado indelegable. En segundo lugar corresponde establecer que el ilícito haya sido cometido “en el curso del empleo” o cuando el empleado se encuentra en el recinto de su empleador. Por último, como el empleador será responsable solamente por los ilícitos que sean cometidos en las actividades del empleo es importante decidir si se da o no dicha situación en el caso.

El punto de partida tradicional en el derecho inglés ha sido el “*Salmond test*” (basado en el libro de Sir John Salmond, *Torts* 1st Edition, 1907). “Un amo no es responsable por el acto ilícito ejecutado por su sirviente a menos que haya sido en el curso del empleo. Se considera que así ha sucedido ya sea si: a) el acto ilícito ha sido autorizado por el amo, o b) o se admitió que el empleado usara un método erróneo e inadecuado para ejecutar un acto autorizado por el amo”. Esta doctrina ha sido recientemente sacada a colación en un nuevo test utilizado por la Casa de los Lores en el caso *Lister v Hesley Hall* [2002]. El “nuevo” test pone mayor énfasis en la idea de la “cercana conexión” con el empleo y menos en los “modos no autorizados de efectuar una tarea”.

Lister fue un caso importante para la responsabilidad civil vicaria. Los hechos fueron los siguientes: los reclamantes habían sido residentes en una casa de huéspedes pegada a una escuela de propiedad de y administrada por los demandados. El guardián de la casa de huéspedes, que estaba empleado por los demandados, abusaba sistemáticamente de niños que estaban a su cuidado. En esta etapa los jueces inferiores –incluyendo la Corte de Apelaciones– estaban atados por una decisión anterior en el caso *Trotman v North Yorkshire County Council* que, sobre la base de hechos similares, sostuvieron que no había responsabilidad civil vicaria. Pero en el caso *Lister*, la Casa de los Lores revocó la sentencia del a quo basada en la tesis anterior del caso *Trotman* y sostuvo que los demandados eran responsables. Aún cuando la decisión fue unánime, hubo algunas diferencias entre el razonamiento de los jueces, y no hubo dudas respecto a que la doctrina allí sentada sería referida y desarrollada en casos subsiguientes. *Lister* es interesante porque el acto ilícito fue un acto criminal intencional y una interferencia (un abuso) es decir “trespass contra las personas”. Ciertamente fue más aún que un acto no autorizado por los empleadores. Sin embargo, el caso es que dichos empleadores emplearon al autor del ilícito y lo colocaron en una posición en la cual podía cometer el abuso y esa fue la razón por la que fueron estimados responsables⁶⁶.

⁶⁶ El test de la “relación cercana” en el caso *Lister* ha sido posteriormente desarrollada en los casos *Dubai Aluminium v Salaam* [2003], *Mattis v Pollock* [2003] y *Gravil v Carroll and Redruth Rugby Football Club* [2008] entre otros.

La cuestión de si este fue un acto por negligencia o un trespass tuvo repercusiones legales posteriores por el conflicto con la Ley de Limitaciones (prescripción) de 1980. Sin embargo, las dificultades derivadas de la prescripción fueron removidas para este tipo de casos por la decisión adoptada por la Casa de los Lores en el caso *A v Hoare* [2008], en la que sostuvo que los límites de la prescripción de acciones relativas a acciones por ilícitos civiles (torts), podían no ser admitidas (o dejadas sin aplicación para el caso concreto), en los casos en que fuera inequitativo aplicarlas⁶⁷.

II.- Cobertura del siniestro y determinación extrajudicial de la indemnización.

12.- La responsabilidad civil que origina un reclamo de indemnización constitutivo de un siniestro, examinada desde la perspectiva del seguro que la cubre.

La responsabilidad civil que cubre el seguro a que nos estamos refiriendo en este trabajo es únicamente la responsabilidad extracontractual, llamada también delictual o cuasidelictual, o aquiliana, que como se ha dicho, es aquella que surge cuando una persona causa un daño a otra persona, con independencia de un vínculo anterior entre ellas (aunque lo haya). Proviene del daño ocasionado por una persona en perjuicio de otra, por medio de un hecho ilícito que no constituye la violación de un deber contractual. En este tipo de responsabilidad el deber de reparar surge de la trasgresión, no de una obligación contractual propiamente tal, sino que del deber genérico de no dañar a otro, que es un principio general de todo ordenamiento jurídico⁶⁸.

Como tal, se distingue de la responsabilidad civil contractual, que es aquella que surge del incumplimiento de obligaciones surgidas de relaciones contractuales entre el responsable y el perjudicado, que en este caso nunca es un tercero absoluto, como puede suceder en el campo de la responsabilidad extracontractual, sino una

⁶⁷ Este caso, centrado en el texto de la Ley de Limitaciones (prescripción) de 1980, creó una excepción al término de prescripción de tres años para cualquiera acción de indemnización de perjuicios por negligencia, nuisance o incumplimiento del deber de cuidado.

⁶⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 24.

persona o entidad que está vinculada con el responsable por dicho contrato, cuya trasgresión da origen a la responsabilidad.

Muy sucintamente, dice un autor que “si la obligación generada en la convención es incumplida por el sujeto llamado a darle satisfacción, estaremos en presencia de la responsabilidad contractual”⁶⁹.

En los países de América Latina, y en general en los países regidos por el sistema de derecho civil de origen romano, conocido también como el “derecho continental” (en oposición al derecho del “common law” o “derecho insular”), en principio sólo existe responsabilidad civil extracontractual cuando el causante del daño ha realizado un acto o incurrido en una omisión, mediando dolo o culpa de su parte. Esa acción u omisión, debe causar un daño, o sea, un detrimento, perjuicio, menoscabo o dolor, del cual es víctima un tercero, en su persona o en sus bienes.

El artículo 1437 del Código Civil de Chile establece que constituyen delitos y cuasidelitos civiles, “los hechos que han inferido injuria o daño a otra persona”. Por su parte, el Art. 2284 dispone que “las obligaciones que nacen sin convención, nacen de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes” y en los incisos 3º y 4º agrega que: “Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”.

No obstante que las normas anteriores son importantes en la definición del campo de aplicación de la responsabilidad extracontractual, la regulación específica de la naturaleza, fuentes y consecuencias de esta especie de responsabilidad están contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, Arts. 2314 y siguientes.

El referido Art. 2314 expresa que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de las penas que las leyes le impongan por el delito o cuasidelito”.

Los requisitos o condiciones para que proceda la responsabilidad extracontractual son, según la doctrina predominante, los siguientes:

- a) Existencia de un hecho (acción u omisión) ilícito, ejecutado con dolo (intencionalmente) o con culpa (negligentemente);
- b) Imputabilidad del hecho a su autor (éste debe tener capacidad de discernimiento sobre las posibles consecuencias dañinas de sus actos u omisiones);
- c) La culpabilidad, en los términos ya expresados, es decir, intención de dañar o mera negligencia (se excluyen, por lo tanto, los hechos que derivan de la fuerza mayor o el caso fortuito);
- d) Existencia de un daño;
- e) Relación de causalidad entre el hecho generador (culpable o doloso) y el daño ocasionado (aquí se presenta un problema cuando confluyen diversas causas para producirlo).

⁶⁹ Pablo Rodríguez Grez, “De la Responsabilidad Contractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 11.

La responsabilidad civil extracontractual proviene de un hecho ilícito, doloso o culpable, que causa daño a la persona o propiedad de otro. También es extracontractual, ya que no surge a propósito del cumplimiento de un contrato, la responsabilidad que tiene por sólo fundamento la ley, con prescindencia de la culpa o dolo del responsable, responsabilidad que propiamente se denomina objetiva.

Este es el tipo de hechos o eventos que cubren las pólizas de seguro de responsabilidad civil y que constituyen el motivo del reclamo de indemnización presentado por el tercero perjudicado, que en el derecho continental es conocido como el *siniestro* de responsabilidad civil⁷⁰.

La descripción de la fuente específica de la responsabilidad que cubre cada seguro en particular, quedará delimitada en las condiciones generales y particulares de cada póliza. Existen pólizas de seguro que cubren los siguientes tipos de responsabilidad, sin que la enumeración sea taxativa:

- a) La responsabilidad general, de cualquiera empresa o individuo, por hechos propios.
- b) La responsabilidad civil vicaria, por los hechos de otros, de los cuales uno responde.
- c) Particularmente, la responsabilidad civil del patrono o empresario por los hechos de sus dependientes.
- d) La responsabilidad civil del patrono por los accidentes que afecten a sus empleados en el trabajo.
- e) La responsabilidad civil del fabricante, por productos defectuosos.
- f) La responsabilidad civil de jefes de hogar por hechos ocurridos en su domicilio.
- g) La responsabilidad civil de los conductores de automotores.
- h) La responsabilidad civil de los propietarios de automotores.
- i) La responsabilidad civil derivada de obras de construcción.
- j) La responsabilidad civil profesional.
- k) La responsabilidad civil por riesgos asociados a la salud de las personas: RC de clínicas y hospitales y la responsabilidad civil médica en particular.
- l) La responsabilidad civil por la posesión y uso de armas de fuego, y en particular, por la derivada de la caza.
- m) La responsabilidad civil del naviero
- n) La responsabilidad civil por el uso de aeronaves.
- ñ) La responsabilidad civil medioambiental por polución o contaminación de la tierra, el agua o el aire por sustancias nocivas, peligrosas o molestas.
- o) La responsabilidad civil de directores y ejecutivos (D&O).
- p) La responsabilidad civil por riesgos del transporte terrestre, marítimo o aéreo.
- q) La responsabilidad civil por falta de servicio, del Estado, las Municipalidades y de, en general, todas las instituciones que tienen que proporcionar un servicio público.

⁷⁰ En el Common law se habla únicamente de un “*damage*”, que da origen a un “*claim*”.

- r) La responsabilidad civil por el uso de sustancias radiactivas y por las instalaciones nucleares (RC nuclear).
 - s) Responsabilidad civil vicaria del Estado por los actos de cualquiera de sus órganos que causen daños.
 - t) Responsabilidad civil por error judicial
 - u) Responsabilidad civil informática, incluyendo la de proveedores de software, hackers, spam, prestadores de servicios de Internet, prestadores de servicios de certificación de datos informáticos, por apropiación de datos, por vulneración de datos e imágenes privadas, etc.
 - v) responsabilidad civil de empresas de auditoría y de clasificación de riesgos.
- Hay muchas otras.

El seguro de responsabilidad es un ramo de los seguros de daño patrimonial, clasificación dentro de la cual se encuentran, también los seguros de garantía, de crédito, de lucro cesante y de fidelidad funcionaria. Resulta útil distinguir las diferencias que tiene el seguro de responsabilidad con estos otros tipos de seguros de daños patrimoniales. Si bien todos cubren al patrimonio del asegurado por los riesgos que indica la póliza, tienen diferencias en cuanto a quien es el agente productor del daño, y cuál es la naturaleza y origen de la responsabilidad y en uno de ellos, respecto a la forma en que se efectúa la contratación del seguro.

Como hemos dicho, el seguro de responsabilidad civil, básicamente la de naturaleza extracontractual, cubre los daños causados a terceros y el agente que los provoca y que da lugar al reclamo de indemnización formulado por el perjudicado, es el propio asegurado, o las personas de las cuales éste responde civilmente. Quien contrata la póliza es el propio asegurado, por iniciativa propia, o por imposición de la ley, en los seguros obligatorios.

En los seguros de crédito y caución, la responsabilidad es de origen exclusivamente contractual.

El seguro de garantía o caución, de mucho desarrollo en algunos países, en América Latina particularmente en México, tiene la particularidad de que el asegurado no es quien contrata la póliza, sino su contraparte en un contrato por el cual resulta o deviene obligada a hacer o no hacer una cosa. Las obligaciones de dar, especialmente cuando ellas consisten en pagar una suma de dinero, no son objeto del seguro de garantía.

El agente que provoca el daño es el propio tomador del seguro, y el daño proviene en el incumplimiento de la obligación contractual de hacer o de no hacer garantizada por la póliza. El asegurado es su contraparte en el contrato, nombrado como beneficiario en la póliza de seguro.

Por lo tanto, en el seguro de garantía o caución, al revés de lo que ocurre con el seguro de responsabilidad civil, lo que se cubre es la responsabilidad emanada de un hecho ajeno –el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del tercero afianzado,

que es quien contrata la póliza y paga la prima- incumplimiento que afecta el patrimonio del asegurado.

También en el seguro de crédito, se cubre al patrimonio del asegurado afectado por un hecho ajeno y no propio, como es el caso del seguro de responsabilidad civil y el origen de la responsabilidad es, asimismo, exclusivamente contractual. Pero en contraposición absoluta con el seguro de caución, el incumplimiento contractual que el seguro cubre, consiste precisamente en la obligación de pagar una suma de dinero. Además, normalmente el seguro de crédito es contratado por el eventual afectado por el o los incumplimientos de las obligaciones de pago de una suma de dinero en que incurran sus deudores y el costo de la póliza está a su cargo.

El seguro de lucro cesante o de pérdida de beneficios, quien contrata el seguro es la persona expuesta a que como consecuencia de algún daño material que sufra la cosa asegurada, sufra adicionalmente la pérdida de los beneficios que esperaba de su explotación. Usualmente, por regla general casi absoluta, este tipo de seguro se contrata conjuntamente con una póliza de incendio o de todo riesgo de daños materiales, entre ellos, el seguro de todo riesgo de construcción y montaje, que cubre a establecimientos industriales o comerciales en proceso de construcción.

En el seguro de fidelidad también la pérdida patrimonial para el asegurado proviene de un hecho imputable a un acto culpable o doloso de otra persona, pero que no es un tercero absoluto, sino que tiene una relación de empleado suyo. Si el acto es doloso, junto a la responsabilidad civil del empleado por las pérdidas económicas sufridas por su empleador a causa suya, el empleado infiel es pasible de la pena asignada por la ley al delito cometido si alguno ha habido. En este tipo de seguros, el contratante es el propio asegurado, como en el de RC, el de crédito y el de pérdida de beneficios, y a diferencia del seguro de garantía o caución.

13.- La liquidación o ajuste del siniestro. Papel del liquidador o ajustador en este tipo de seguro.

En todos los seguros de daños, denunciada la ocurrencia de un siniestro es necesario proceder a la liquidación o ajuste de dicho siniestro, labor que puede ser efectuada por la compañía aseguradora, directamente a través de un funcionario suyo que desempeñe el papel de ajustador o liquidador interno o dependiente, o alternativamente por un liquidador o ajustador independiente, a quien el asegurador, o éste en conjunto con el asegurado, designan para efectuar dicho ajuste.

La liquidación del siniestro en los otros seguros de daños, distintos al seguro de responsabilidad civil, reviste un papel fundamental, sobre todo cuando se trata de una liquidación o ajuste que ha sido efectuada por un liquidador o ajustador

independiente. En esos casos le corresponderá al liquidador o ajustador pronunciarse en calidad de perito sobre la procedencia o improcedencia del reclamo de indemnización del siniestro, examinando los hechos y circunstancias constitutivos y concomitantes de éste y confrontándolos con las normas o condiciones generales de la póliza de seguro correspondiente y la legislación aplicable al caso.

De lo anterior se sigue que en los demás seguros de daños, sin ser el liquidador un juez, su participación en la determinación sobre la procedencia y el monto de la indemnización que correspondan es, de una gran importancia.

No es este el caso en los siniestros que afectan a seguros de responsabilidad civil, en los que la participación del liquidador es muy secundaria y en la mayoría de los casos se limitará al examen sobre la primera de las cuestiones arriba señalada, esto es, la determinación de si el hecho denunciado queda o no comprendido en la cobertura de la póliza y en particular dentro de la época de su vigencia, si ha sido denunciado en tiempo oportuno, y si no se hace aplicable a su respecto alguna de las cláusulas sobre exclusión o limitación de la responsabilidad del asegurador contempladas en ella. Deberá además elaborar un informe previo sobre la cobertura del siniestro en la póliza e informar al asegurador sobre las reservas a constituir. Cuando más, la labor del liquidador puede extenderse, una vez clarificado lo anteriormente expresado, a intentar una transacción extrajudicial con el tercero perjudicado y de hecho es frecuente que lo logre en casos claros, simples y de una cuantía menor, que lógicamente suelen ser menos disputados. A veces el asegurador delega en él la facultad de designar al abogado de la defensa del caso, cuando tiene el derecho a hacerlo.

En una gran parte de los casos y desde luego en todos los más importantes, habrá de por medio complejos aspectos legales sobre la determinación de la responsabilidad y sobre el monto de los daños indemnizables, que requerirán ser dirimidas con la participación de las partes y sus respectivos asesores letrados y en último término, sometidos a la decisión de los tribunales correspondientes, si no es posible llegar a una transacción extrajudicial entre ellas.

14.- Sobre la aplicación de las reglas sobre infraseguro.

En todos los seguros de daños reales o de cosas, la determinación de la indemnización está sujeta, entre otros factores a considerar, a la cuestión de si es aplicable o no la denominada regla proporcional en los casos de infraseguro, que se define como la situación en la cual el monto del seguro contratado es inferior al valor de la *cosa asegurada*, al tiempo del siniestro.

Como es sabido, la regla proporcional consiste en que, en el evento propuesto, la indemnización estará sujeta a un prorrateo entre una y otra suma, es decir entre el valor del objeto asegurado y el monto inferior en que el seguro fue contratado⁷¹.

Esta regla proporcional –o prorrateo– tiene aplicación general, en todos los seguros reales, o de daño real, salvo en los casos de pólizas a valor convenido o determinado entre el asegurador y asegurado y en los seguros denominados a primera pérdida o a primer riesgo en los que, a virtud de pacto expreso, el asegurador renuncia a la aplicación de la regla y se obliga a indemnizar los daños sin prorrateo alguno, hasta concurrencia del monto asegurado.

En los seguros de daño patrimonial, cuyo es el caso de los seguros de responsabilidad civil, la regla proporcional no tiene aplicación general, toda vez que en este tipo de seguros no existe un valor asegurado, preestablecido, desde que no hay un “verdadero valor” de “una cosa” que esté expuesta el riesgo de una pérdida que cubrir. Lo asegurado es el patrimonio expuesto a la pérdida, y su monto es indeterminado. Por lo tanto, la suma asegurada no constituye sino el límite de la responsabilidad que acepta el asegurador.

Dicho en otros términos, en general el monto al cual puede alcanzar la responsabilidad civil de alguien es indeterminable con anticipación, y en último término será fijado, o por el acuerdo judicial o extrajudicial a que lleguen las partes, y a falta de éste, será establecido por la sentencia que dicte el juez que conozca del juicio en que tal responsabilidad se ventile.

Dicho razonamiento, que hasta hace poco no admitía dudas en la doctrina, entra en colisión con la realidad en los casos en los que, en cambio, si se encuentra preestablecido el monto a que ascenderá la responsabilidad, en caso de generarse, como es el caso, por ejemplo de la responsabilidad pre evaluada o preestablecida por el legislador, que se da en algunos países, particularmente en el caso de la responsabilidad que surja en el ámbito de los contratos de transporte y de pasaje, marítimos y aéreos.

Hay quienes estiman que si el asegurado contrata un seguro inferior a aquél que corresponda al valor de su responsabilidad preestablecida en la ley, y en definitiva se fija una indemnización por un monto que excede al de la cobertura contratada, debería aplicarse la regla proporcional y determinar que el asegurador es solo responsable de pagar la proporción o el monto proporcional de dicha responsabilidad fijado en la póliza. El caso es muy discutible⁷².

⁷¹ La explicación de la institución que comentamos, está dada porque ...“hay un principio universalmente consagrado que reputa al asegurado como propio asegurador por la proporción de valor que excede de la suma asegurada”. En Meilij y Barbato, “Tratado de Derecho de Seguros”, Zeus Editora, Rosario, Argentina, pág. 257

⁷² En principio, dadas las características intrínsecas del seguro de responsabilidad civil, nos pronunciamos por la negativa; sin embargo, como es la regla general en el derecho, hay que estudiar

15.- Interpretación del contrato de seguro. Reglas aplicables.

En caso de disputa sobre la cobertura y su aplicación al caso denunciado, se aplican ciertas reglas que la ley contempla expresamente en materia de prueba, y en particular, sobre la carga de la prueba. Pueden resumirse en la siguiente forma en el contexto de la legislación chilena:

Primera regla: prueba del contrato y de sus modificaciones.

De acuerdo al Art. 514 del Código de Comercio, tanto el contrato, sus condiciones y estipulaciones, como así también las modificaciones que convengan las partes, se prueban por escrito mediante la póliza de seguro o de los correspondientes endosos, que es el nombre que reciben los documentos emitidos para consignar las modificaciones a un contrato de seguro previamente existente. A esta norma hace excepción al Art. 1173 sobre el seguro marítimo, según lo vimos en el N° 84, que en la práctica no modifica la regla general en lo sustantivo.

Segunda regla: prueba del siniestro. Presunción legal sobre su naturaleza.

De acuerdo a lo dispuesto en los numerales 5° y 7° del Artículo 556 del Código de Comercio, la ocurrencia del siniestro constituye una carga que debe cumplir el asegurado.

El siniestro se presume que ha ocurrido por caso fortuito y que está amparado por la cobertura de la póliza⁷³. Por lo tanto, corresponde al asegurador acreditar que el siniestro “ha sido causado por un accidente⁷⁴ que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley”. Así lo establece el Art. 539 del Código de Comercio para los seguros terrestres. En el seguro marítimo rige la norma contenida en el Art. 1185, redactado en términos generales.

Tercera regla: prueba de las exclusiones. Presunción legal de cobertura.

El Art. 536 del Código señala que el asegurador puede tomar sobre si todos o algunos de los riesgos a que puede estar afecto el objeto asegurado y que no estando

cada caso concreto que se presente para emitir un pronunciamiento categórico. Probablemente tenga mayor asidero sostener que en ese caso habría un seguro a primera pérdida.

⁷³Bajo el supuesto que por su naturaleza, sea de aquellos contemplados en la cobertura contratada. Por lo tanto, no podría un asegurado contra el riesgo de robo, reclamar la pérdida de una especie a consecuencia de incendio, por mas fortuito que haya sido éste.

⁷⁴La expresión - mas precisa - que debió haber utilizado el legislador en lugar de “accidente”, es la de un “evento”.

limitada la cobertura, responde de todos aquellos a que pueda estar expuesto, salvo las excepciones legales.

En consecuencia corresponde al asegurador acreditar que el siniestro no encuentra cobertura en la póliza, o que está expresamente excluido por ella. La prueba se rinde con la propia póliza, partiendo por la naturaleza del seguro, es decir, el tipo o ramo a que ella corresponde, y siguiendo con el mérito de las estipulaciones y cláusulas que contiene, atendida la circunstancia que el seguro es en Chile un contrato solemne que se perfecciona y prueba por escrito, precisamente con la póliza. En la mayoría de las legislaciones modernas, el seguro ha dejado de ser solemne.

Cuarta regla: prueba del siniestro y de los daños causados por él.

La prueba de la ocurrencia del siniestro y de los daños causados por él corresponde al asegurado, de acuerdo a la norma del N° 7 del artículo 556 del Código de Comercio de Chile según la cual “el asegurado está obligado a probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador”.

Esta norma está en estricta consonancia y se complementa con la regla de artículo 1698 del Código Civil según la cual corresponde la prueba de las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.

Corresponde al asegurado, en consecuencia, acreditar la ocurrencia del siniestro y los daños causados.

16.- Negociaciones con el tercero previas al juicio.

Una vez que el tercero perjudicado presenta su reclamación en contra del asegurado sobre la base de que los daños que ha sufrido son consecuencia de la responsabilidad de este último, comienza generalmente una etapa de negociación extrajudicial entre el asegurado y el asegurador por una parte y el tercero afectado por otra, siempre y cuando dicha responsabilidad se encuentre cubierta por la póliza, que no haya causales de exclusión contempladas en ésta que puedan ser aplicables al caso y, desde luego, que de los hechos aparezcan antecedentes como para estimar que el asegurado tiene la responsabilidad que se le imputa⁷⁵.

Lo primero sobre lo que cabe reflexionar es quién realiza o conduce dichas negociaciones por la parte del asegurado.

⁷⁵ “Consecuentemente, los pagos ex gracia hechos por el asegurado no serán recuperables bajo la póliza de seguro de responsabilidad civil sin consideración a su prudencia o conveniencia comercial. La responsabilidad de los aseguradores es gatillada por la responsabilidad en contra del asegurado que se establece o cuantifica por una sentencia, resolución arbitral o transacción obligatoria”. Robert Merkin, Colinvaux Law of Insurance 8th. Edition, Ed. Thomson, Londres (2006), pág. 688

En esto, varios factores entran en juego.

En primer lugar hay que examinar cual es el papel que quiera jugar el asegurador. En muchos casos, siempre y cuando el tercero no está todavía enterado de la existencia del seguro de responsabilidad, el asegurador prefiere permanecer al margen de estas negociaciones, participando en un segundo plano, sólo en contacto con el asegurado y sus abogados, en el entendido que el solo hecho de que el tercero se entere de la existencia del seguro va a conducir a que se incrementen sus apetitos por una indemnización más abultada⁷⁶.

En otros casos cuando es o se hace evidente la existencia del seguro y también en todos los casos en que el asegurado asume una posición favorable a llegar a un acuerdo con el tercero, e incluso también, cuando al asegurado le es indiferente la existencia o el monto de la indemnización, el asegurador estará, por el contrario, más proclive a ser él quien asuma el papel de conductor de las negociaciones con el tercero perjudicado o intervenir en ellas. En estos casos actuará por cuenta del asegurador un funcionario suyo que asume las veces de ajustador interno, o un liquidador o ajustador independiente, o el abogado a quien se encargue la atención del caso.

Volveremos sobre los puntos a que se refiere este apartado con mayor extensión en el Capítulo III, donde se analiza la situación de la defensa en un juicio de responsabilidad, en el marco del cual tal situación reviste mayor relevancia y está sujeta a mayor regulación, teniendo el asegurador el derecho, legal o contractual, de asumir la dirección del proceso.

17.- Necesidad del beneplácito del asegurador y del asegurado para llegar a una transacción extrajudicial con el tercero perjudicado.

Cualquiera que sea el caso que se de en relación a quien conduce las negociaciones con el tercero perjudicado con miras a llegar a una transacción

⁷⁶ La participación del asegurador en las negociaciones con el tercero perjudicado tiene, en la mayoría de los casos, consecuencias jurídicas, toda vez que a partir de allí le será difícil o derechamente le estará vedado alegar que el siniestro no está cubierto. En el ámbito del derecho inglés, Robert Merkin dice que en tales casos "es posible que pueda estimarse que los aseguradores han renunciado a sus derechos bajo la póliza o están impedidos de aplicarla, en razón de su conducta hacia la tercera parte (eso es lo que en el common law se conoce como "estoppel", o teoría de los actos propios, en nuestro derecho)". Robert Merkin, ob. cit., pág. 687. En el derecho francés, a partir de una ley de 31 de diciembre de 1989, la dirección del proceso por el asegurador (que se inicia desde que encabeza las negociaciones con el tercero), constituye una presunción legal de renuncia de las excepciones que pudiera invocar contra el asegurado, a menos que se refieran o deriven de a circunstancias que no conocía, o que deje a salvo expresamente su derecho a hacerlo. Yvonne Lambert Faivre, "Droit des Assurances", Dalloz, Pariz, 1998, pág. 333. Según Sánchez Calero, Ob. Cit., pág. 1666, no se aplicaría lo mismo en la legislación española.

extrajudicial con éste, hay que tener en cuenta que para arribar a ella se requiere del beneplácito, o consentimiento, tanto del asegurador como del asegurado.

En efecto, como consecuencia de que en principio se comprometen dineros ajenos (los del asegurador), el asegurado no puede transar extrajudicialmente con el tercero perjudicado sin que el asegurador esté de acuerdo con el monto de la indemnización pactada con aquél y también, evidentemente, que esté clara la cobertura del siniestro por la póliza y la responsabilidad del asegurado en los hechos.

Del mismo modo, y por una razón diferente -porque la transacción con el tercero perjudicado supone la aceptación de la existencia de la responsabilidad, aunque nada se diga de ello o se la niegue en la transacción- el asegurador no puede transar con aquél sin la aceptación o beneplácito del asegurado⁷⁷.

La infracción al cumplimiento de estas importantísimas condiciones previas acarrea consecuencias.

En el evento que el asegurador llegue a una transacción con el tercero perjudicado sin el consentimiento del asegurado y con mayor razón, en el caso de que este haya manifestado su oposición a dicho acuerdo, alegando que no está de acuerdo en aceptar que la ocurrencia del hecho dañoso sea consecuencia de su responsabilidad, puede darse lugar a que el asegurado repudie dicha transacción y que reclame del asegurador los eventuales perjuicios que su celebración pueda acarrearle, como por ejemplo, el desprestigio o deterioro en su imagen profesional o comercial y/o la imposición de una condena judicial que haya sido dictada en su contra teniendo como antecedente que convalida dicha responsabilidad, el acuerdo o transacción celebrada por el asegurador con el tercero perjudicado.

Tratándose de una transacción acordada por el asegurado con el tercero perjudicado sin el consentimiento del asegurador, este último puede alegar que dicha transacción le es por completo inoponible o, a lo menos, cuestionar el monto de la indemnización acordada y en cualquier caso, negarse a pagarla al tercero mientras tales cuestiones no sean resueltas. Hay que dejar establecido que el tercero perjudicado no puede invocar dicha transacción para cobrarle al asegurador que no ha participado en la suscripción de tal acuerdo, porque éste acuerdo es para aquél "*res inter alios acta*".

En tal evento el asegurado no tendrá otra opción que pagar el mismo la indemnización que acordó con el tercero y acto seguido intentar repetir en contra del asegurador, quien, además de lo más arriba mencionado, tiene el derecho a

⁷⁷ Es curioso constatar que ni en la legislación española ni en la francesa se trata el caso de la transacción acordada por el asegurador sin consentimiento o contra la voluntad del asegurado, pero en cambio sí se regula el deber del asegurado de no transar sin el consentimiento del asegurador (Vid. Sánchez Calero, ob. Cit., págs. 1664 y sigts. y Lambert Favre, Ob. Cit., págs. 465 y sigts.) No es el caso del proyecto de nueva ley sobre contrato de seguro chilena, que sí se hace cargo de ambas situaciones en los términos arriba señalados.

argumentar, si es procedente, que el siniestro no encuentra cobertura dentro de la póliza o que se aplica una causal de exclusión prevista en ella.

18.- Transacción del asegurado con el tercero, materializada mediante el endoso o transferencia de la póliza.

Un aspecto interesante que se ha presentado algunas veces en la práctica, consiste en que el asegurado llega a una transacción con el tercero perjudicado por una determinada suma, sin consentimiento del asegurador, o en contra de la voluntad de éste, y como medio de pago de la indemnización acordada o de parte de ésta, el asegurado le transfiere a dicho tercero los derechos que le otorga la póliza, mediante una cesión de derechos nominativos.

Si bien la doctrina y jurisprudencia chilenas se encuentran de acuerdo en considerar que, al menos en la legislación nacional, no resulta posible que el asegurado transfiera por sí solo la póliza a un tercero, sin consentimiento expreso y escrito del asegurador, plasmado en un endoso o en una nueva póliza, es diferente la situación cuando luego de producido un siniestro, el asegurado le transfiere a un tercero sus derechos a cobrar al asegurador el monto de la indemnización. Ese tercero puede ser cualquiera persona natural o jurídica y desde luego puede ser también, precisamente, el perjudicado por un siniestro de responsabilidad civil.

En este último caso estamos en presencia de la facultad legal que tiene todo contratante de transferir a una tercera persona los derechos personales que le confiere un contrato para exigir el cumplimiento de la obligación de su contraparte. En este caso nos encontramos en presencia de una "cesión de derechos" o "cesión de créditos", particularmente sobre el derecho a cobrar la indemnización, lo que en la legislación chilena está regulado en los artículos 1.901 y siguientes del Código Civil, y tratándose de la cesión de créditos mercantiles (como normalmente serán los que emanan del contrato de seguro), en los artículos 162 y siguientes del Código de Comercio.

Según estas normas la cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título y no produce efectos contra el deudor, mientras ella no haya sido notificado por el cesionario al deudor o aceptada por éste, notificación que debe hacerse con exhibición del título (en el caso que analizamos, la póliza), que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario, bajo la firma del cedente.

El artículo 163 del Código de Comercio de Chile establece una regla que en realidad es general, es decir se aplica no solo la cesión de créditos comerciales, sino también a cualquier otro tipo de créditos. Esta norma establece que el deudor a quien se notifique la cesión y que tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá alegarlas o hacerlas valer, en el acto de la notificación o dentro de

tercero día a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas, en tanto que las excepciones que aparezcan a la vista del documento o que nazcan del contrato, podrán oponerse contra el cesionario en la misma forma que habrían podido oponerse contra el cedente.

Las normas anteriores acarrearán las siguientes consecuencias:

1. Que la cesión del derecho a cobrar una indemnización al amparo de un contrato de seguros hecha por el asegurado a un tercero es válida⁷⁸;

2. Que para que produzca efectos respecto del deudor (el asegurador), tienen que cumplirse los requisitos legales anteriormente mencionados;

3. Que la compañía de seguros a quien se notifique la cesión deberá hacer valer las excepciones que no resulten del título cedido, llamadas también excepciones personales (por ejemplo la compensación) en el acto de la notificación de la cesión, o a más tardar dentro de tercero día; y

4. Que las excepciones que nazcan del contrato de seguro o del documento (póliza) en que éste consta, podrán oponerse contra el cesionario en la misma forma en que habrían podido oponerse contra el asegurado cedente, entre ellas, por ejemplo la de no encontrarse cubierto el siniestro por el seguro contratado o la aplicación de una causal de exclusión de cobertura prevista en la póliza.

¿Y qué ocurre con la posibilidad de que el asegurador pueda cuestionar el monto de la suma acordada por concepto de la responsabilidad?

A nuestro juicio, el asegurador puede oponerse al pago de una suma que exceda el monto de la cobertura contratada, de la suma máxima de responsabilidad preestablecida en la ley o que exceda el monto de los daños efectivamente causados, en los casos en que se dan estas circunstancias.

19.- Efectos de la negativa injustificada de una u otra parte a transar con el tercero.

En general, en la mayoría de las legislaciones no se encuentran regulados los efectos de la negativa injustificada del asegurado o del asegurador a llegar a una transacción con el tercero perjudicado.

En efecto, el asegurado, por no estar convencido de su responsabilidad o por estimar que aceptarla puede acarrear consecuencias desfavorables a su imagen o su prestigio comercial o profesional, puede sostener que es inconveniente llegar a una transacción con el tercero perjudicado, ya que ello podría entenderse, explícita o implícitamente, como un reconocimiento de que actuó con negligencia.

⁷⁸ Tan válida como lo es, por ejemplo, el derecho del vendedor de un inmueble a ceder a un tercero el derecho que el contrato le confiere, a cobrar el precio de venta.

Por su parte, el asegurador puede oponerse a que se llegue a una transacción con el tercero, por estimar excesivo el monto acordado o en la creencia de que la responsabilidad imputada no existe o es cuestionable, muchas veces creyendo que el asegurado prefiere transar con el tercero con la sola finalidad de evitar que se haga pública la imputación en su contra de una conducta negligente o errónea, que le pueda acarrear consecuencias negativas a su prestigio o imagen comercial o profesional, o por último, sospechando una colusión entre el asegurado y el tercero.

En ambos casos, si la negativa se traduce en que la transacción no se celebra, con posterioridad puede darse el caso que se siga adelante un proceso judicial y que éste termine dictaminando el tribunal que la responsabilidad del asegurado existió y fijando una indemnización cuyo monto es superior al de la transacción que en su oportunidad fue rechazada por el asegurado o el asegurador.

El proyecto sobre nueva ley sobre contrato de seguro actualmente en discusión en el Parlamento chileno establece que en estos casos, cuando ha habido una negativa del asegurador o del asegurado a llegar a una transacción con el tercero perjudicado, y se demuestre en definitiva que esa negativa fue injustificada e inconveniente, resultarán de cargo de quien se opuso, los mayores montos que en definitiva deban pagarse al tercero como resultado de la sentencia judicial.

III.-Determinación judicial de la indemnización.

20.- Preámbulo. Surgimiento del deber de indemnización.

En ausencia en la póliza de una cláusula expresa en contrario, “el derecho del asegurado a obtener una indemnización al amparo de la póliza de seguro de responsabilidad civil, se considerará que surge una vez que la responsabilidad del asegurado hacia la tercera parte ha sido determinada, establecida y cuantificada. Esto puede suceder en una de tres maneras: el asegurado ha sido demandado en un juicio ante los tribunales ordinarios que termina con sentencia; hay un arbitraje pactado u obligatorio, que culmina con un laudo contra el asegurado; y el asegurado (con consentimiento o participación del asegurador) ha arribado a un acuerdo con el tercero”⁷⁹.

En algunas situaciones, el asegurador llegará al convencimiento de que los hechos no caen dentro de la cobertura y la deniegan

Cuando no fructifican las conversaciones entre las partes destinadas a llegar a una transacción extrajudicial entre ellas, normalmente ello se traduce en que el tercero perjudicado interpone una demanda judicial en contra del asegurado o que

⁷⁹ Merkin, ob. Cit., pág. 694.

las partes se ponen de acuerdo para decidir sus diferencias mediante un arbitraje. Esto se aplica tanto a las disputas entre el tercero perjudicado y el asegurado y las que sobre la cobertura surjan entre asegurado y asegurador. Es más común lo primero⁸⁰.

También puede darse el caso que, sin o conjuntamente con la reclamación extrajudicial, el tercero perjudicado presenta dicha demanda.

En este caso, a salvo siempre la posibilidad de que las partes arriben posteriormente a una transacción judicial para poner fin a dicho juicio ordinario o arbitral, le corresponderá al Tribunal determinar si existe o no la responsabilidad civil invocada y en caso afirmativo la determinación de los daños indemnizables.

Otro tribunal distinto, ordinario o arbitral, el que corresponda⁸¹, deberá zanjar en su caso, también, la controversia entre asegurado y asegurador, sobre la procedencia o no de la cobertura del seguro a la situación ocurrida. “Los aseguradores deberán enfrentar en este caso, la responsabilidad por los gastos incurridos por el asegurado en forzar a los aseguradores a admitir su responsabilidad sobre la póliza” (En el evento de ser admitida finalmente la cobertura)⁸².

En relación con las contiendas relativas a este seguro, un punto de derecho que reviste extraordinaria importancia, es el de si existe la posibilidad jurídica de que el tercero perjudicado, en conocimiento de la existencia de un seguro de responsabilidad civil, presente también demanda o acción directa en contra del asegurador o de alguna otra manera (por la vía de la citación en garantía u otra gestión semejante que contemplen las legislaciones)⁸³, involucrarlo directamente en el juicio encaminado a determinar la existencia de la responsabilidad del asegurado en los hechos y el monto de los daños en su caso.

La manera como la ley enfrenta esta cuestión afecta a todos los aspectos relacionados con la determinación judicial de la indemnización, que vamos a analizar.

En los regímenes de responsabilidad en los cuales se concede al tercero perjudicado acción directa contra el asegurador, podrá aquél, entonces, presentarla válidamente, con el efecto de que la sentencia definitiva afectará directamente también al asegurador y no solo al asegurado y el tercero perjudicado.

No es materia de este trabajo discutir sobre la conveniencia o inconveniencia de la acción directa o de los casos en que se justifique su existencia, asunto que ha

⁸⁰ En el derecho inglés se da una alternativa adicional para resolver las controversias entre asegurador y asegurado sobre la aplicabilidad de la cobertura. En efecto, “las pólizas de indemnización profesional normalmente incluyen una cláusula que requiere a los aseguradores pagar cualquier reclamo hecho contra el asegurado a menos que, en se obtenga la opinión de un consejero experto que exprese que, en el balance de las probabilidades, el reclamo fracasará. Esta cláusula, usualmente denominada como QC (por Queen Counsel), se introduce para evitar que el asegurado se vea en la necesidad de defenderse frente a un reclamo y evitar publicidad indeseable” Merkin., ob. Cit., pág. 699.

⁸¹ En este caso el arbitraje es más común.

⁸² Merkin, ob. Cit, pág 700.

⁸³ Es el caso de la italiana de 1942 y la argentina de 1968.

ocupado gran parte de la atención de los especialistas en derecho de seguros en todo el mundo, aún cuando los resultados de la evolución histórica de las diversas legislaciones muestran un lento pero inexorable avance de la tendencia que acepta dicha acción directa.

En la actualidad, en gruesos términos, digamos que la mitad de las legislaciones sobre el seguro en el mundo, contemplan la existencia de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, como norma general aplicable a todas las modalidades de este tipo de seguros. Otra buena parte, de las legislaciones, digamos que, en general, la otra mitad, no contemplan la existencia de la acción directa para todos los tipos de seguro de responsabilidad civil. Y por último, se constata que prácticamente en todos los casos de los seguros obligatorios, de responsabilidad civil, si se contempla la acción directa a favor del tercero perjudicado, aún cuando no se acepte su existencia o aplicación para el caso de los seguros de responsabilidad civil voluntarios⁸⁴.

21.- La defensa jurídica del asegurado. Deberes y obligaciones de éste y posición del asegurador.

Cuando el tercero interpone contra el asegurado (y contra el asegurador en caso de que exista la acción directa), una demanda en la que solicita al Juez que declare la existencia de la responsabilidad y que fije el monto de los daños indemnizables, una cuestión importante que está regulada en la ley y/o en las pólizas, guarda relación con quién se encargará de la defensa jurídica del asegurado.

Antes de ello, para información del asegurador destinada a permitirle evaluar la existencia de la responsabilidad y el eventual monto de los daños indemnizables, el asegurado está obligado a notificarlo de la ocurrencia de los hechos que puedan dar origen a su responsabilidad, haciéndole llegar copia de las reclamaciones extrajudiciales y de la demanda que en su contra presente el tercero perjudicado, y también, todos los demás antecedentes que se vayan generando a propósito del progreso de dicha acción judicial⁸⁵.

⁸⁴ En el Reino Unido, por interpretación jurisprudencial, se ha extendido la aplicación de la Ley sobre Terceras Partes del año 1930 a todo tipo de seguros, la que originalmente estaba prevista sólo para las pólizas de seguro automotriz obligatorio. De acuerdo a dicha ley, el tercero perjudicado puede cobrar la indemnización directamente al asegurador si el asegurado cae en insolvencia, evitando así que la indemnización sea absorbida por el resto de las deudas del asegurado en bancarrota y benefice a la masa de acreedores. Con posterioridad ese derecho ha sido confirmado por una nueva Ley de Derechos de Terceras Partes del año 1999.

⁸⁵ Se hace necesario definir la expresión “reclamo”. Evidentemente la notificación judicial de un reclamo al asegurado, o la recepción de una carta anunciando acciones judiciales, es un reclamo aún cuando una solicitud de pago será también suficiente. En el caso *Robert Irving & Burns vs. Stone*, el

Estos deberes del asegurado consisten jurídicamente, en cargas que la ley le impone y que como tal, constituyen un requisito que debe cumplir como condición para estar en posición de reclamar el pago de la indemnización que sea determinada o acordada⁸⁶.

Además, para facilitar la defensa de la posición del asegurado en el juicio y dificultar la acción interpuesta por el tercero perjudicado, las pólizas suelen contemplar, generalmente, deberes que el asegurado debe cumplir en orden a no reconocer su responsabilidad, no revelar mayores antecedentes sobre la existencia del seguro⁸⁷ y no llegar a un acuerdo o transacción con el demandante, sin participación y consentimiento del asegurador⁸⁸.

La existencia y validez de estos deberes que las pólizas le imponen al asegurado, particularmente las dos primeras (no reconocer la responsabilidad y no revelar la existencia del seguro), está limitada por su sensata justificación y la equidad que se desprenda de sus términos. Así por ejemplo, no podría inducirse a que el asegurado se niegue a responder preguntas que formalmente se le formulen sobre los hechos ocurridos, y menos aún, que oculte o mienta respecto de ellos para proteger los intereses económicos del asegurador.

En la mayoría de las legislaciones y de las pólizas del seguro de responsabilidad civil se establece que el asegurador tiene el derecho pero no la obligación de encargarse de la defensa jurídica del asegurado en los procesos que el tercero perjudicado siga en su contra, y en los apartados que siguen vamos a examinar la situación que se produce cuando el asegurado la ejerce y cuando el asegurador la asume haciendo uso de tal derecho.

22.- Ejercicio y conducción de la defensa judicial del caso.

juez Staughton definió al reclamo como “una comunicación hecha por una tercera parte en contra del asegurado de cierta disconformidad que resulta o pueda resultar en la expectativa de que el asegurado la satisfaga o remedie”. Merkin., ob. Cit. Pág. 696. agrega: “Dos modelos principales de redacción se usan en las pólizas inglesas Claims Made: la notificación de circunstancias que “puedan” o “deban” dar lugar a un reclamo”. Pág. 697.

⁸⁶ Sin embargo, la forma como estos deberes están expresados y la consecuencia que acarrea su incumplimiento o su cumplimiento tardío es muy variada en la legislación comparada, desde que pueda generar el efecto de afectar la validez del contrato, hasta el de conceder al asegurador, solamente, el derecho a cobrar al asegurado los perjuicios que ello le haya ocasionado. El tema de estas cargas está extensamente tratado por Osvaldo Lagos Villarroel en “Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil”, Editorial Mapfre, Madrid, 2006, págs. 402 y sigts.

⁸⁷ Estos deberes también están regulados en algunas legislaciones. Así, el Art 74 de la ley española y el art. 116 de la argentina.

⁸⁸ También estas obligaciones están regulados en las diferentes legislaciones, por ejemplo en los arriba citados Art. 74 de la ley española y 116 de la argentina, art 124 de la francesa y consagrado como regla general en los países regidos por el common law. Vid Lagos, ob. Cit, págs.. 424 y sigts.

No obstante que la mayoría de las legislaciones establecen el derecho del asegurador a hacerse cargo o conducir el proceso en que se ventila la responsabilidad civil del asegurado, ello no cambia la situación intrínseca que hace al asegurado parte principal de la acción de responsabilidad que ejerce el tercero perjudicado, y única parte en los casos en que no se reconoce el derecho del asegurador a ser arrastrado al juicio, de modo que siempre él estará interesado en el curso que siga su defensa y naturalmente puede además ejercerla según su propio criterio cuando el asegurador no se hace cargo de ella, cuando este tenga un interés incompatible que se lo impida⁸⁹, o cuando sus propios intereses sean prioritarios, cual es el caso evidente, por ejemplo, cuando el monto de lo demandado exceda substancialmente el monto de la cobertura y cuando se le acusa de una conducta negligente de tal magnitud que pueda afectar su imagen y prestigio o traer consigo el riesgo de una condena penal o contravencional. Sin embargo, su actuación en el juicio no es en este caso tampoco, enteramente libre, porque deberá velar por no dañar gravemente los derechos del asegurador y en prevención de aquello, mantenerlo informado del curso del juicio y particularmente de las gestiones encaminadas a una transacción.

El asegurador ejercerá esa defensa cuando hacerlo no perjudique sus derechos en lo concerniente a la aplicación o no del seguro de responsabilidad civil. Si un asegurador se encarga de ejercer la defensa del asegurado, no tendría posibilidades de alegar después, que la cobertura del seguro respectivo no ampara el caso concreto o que se aplica a aquél alguna causal de exclusión, salvo los casos muy especiales a que ya nos hemos referido en el apartado N° 8.⁹⁰

Por regla general, también, el propio asegurador se rehusa a tomar sobre sí la responsabilidad de ejercer o dirigir la defensa del asegurado cuando el monto del seguro comprometido es muy inferior a las pretensiones del tercero reflejadas en el monto de la demanda, a menos que sea muy evidente que dichas pretensiones sean descabelladas y que sea prácticamente seguro que el monto que en definitiva se fije por concepto de los daños sufridos por aquél sea inferior al límite máximo de la cobertura de la póliza. Tampoco cuando la acción expone al asegurado a una condena criminal o a una que afecte gravemente su prestigio.

Asimismo, por un imperativo de carácter ético, no puede hacerse cargo de la defensa cuando exista un conflicto de intereses, como por ejemplo, cuando ambas partes son asegurados suyos.

Antes de terminar con este punto, digamos que la defensa jurídica por el asegurador se canaliza ordinariamente bajo la forma de que éste es quien elige y

⁸⁹ Como es el caso en que sea asegurador también, del tercero perjudicado, en ese mismo ramo de seguro o en otra vinculación comercial que le haga perder independencia y objetividad.

⁹⁰ Vid. también, nota a pie de pág. 26.

designa al abogado encargado de atender dicha defensa, manteniendo directa comunicación con él.

Como dicho abogado tendrá como mira fundamental cuidar de los intereses del asegurador, los que no necesariamente coinciden con los del asegurado, es lógico que éste último siempre tendrá el derecho de buscar asesoría propia, derecho que podrá ejercerse sin posibilidad de oposición por parte del asegurador cuando el asegurado esté interesado en salvaguardar su situación en asuntos que no derivan en riesgos estrictamente monetarios, como es el caso ya mencionado, de que la demanda afecte la imagen profesional o comercial del asegurado o que la determinación de la existencia de la responsabilidad pueda acarrearle a este consecuencias penales o contravencionales.

23.- Existencia de una cobertura adicional de defensa jurídica.

En el caso de que exista un seguro separado, o una cobertura adicional en la misma póliza de RC, que provea defensa jurídica para el asegurado, el asegurado podrá con cargo a ésta, designar al abogado que lo defienda en el juicio en que se discuta su responsabilidad y se determine, en su caso, el monto de los daños indemnizables al tercero.

La existencia de este seguro o cobertura adicional no hace desaparecer, sin embargo, el deber del asegurado de mantener informado al asegurador respecto de las reclamaciones del tercero y del avance de la contienda judicial, porque ello permitirá al asegurador evaluar lo referente a la cobertura del seguro de responsabilidad civil, como también la conveniencia o inconveniencia de llegar a una transacción con el tercero perjudicado.

24.- Facultad del asegurador para ejercer la defensa del asegurado. Colaboración que debe prestarle el asegurado.

Como hemos dicho anteriormente, en los casos en que legal o contractualmente le corresponde asumir la dirección jurídica de la defensa al asegurador, ello se materializa usualmente mediante el derecho de éste a la designación del abogado encargado de atender la causa. En la mayoría de los casos se trata, sin embargo, de un derecho pero no una obligación del asegurador que este puede ejercerlo o no⁹¹.

⁹¹ Este derecho está consagrado en todas las legislaciones. Así, en el Art. 74 de la ley española, el art. 74 (Sánchez Calero, ob. Cit. Págs. 1664 y sigt., la francesa (Lambert Faivre, ob. Cit., págs. 467 y sigt.s.) y en la inglesa (Mérkin., ob cit. Pág. 697).

A lo que sí estará obligado, a menos de existir cláusula especial en contrario, es a pagar los gastos de la defensa dentro de los márgenes del monto asegurado, sea este el monto total del seguro de responsabilidad civil propiamente tal, o el monto del seguro o cobertura adicional de defensa jurídica.

Como apunta Merkin, en los casos en que es obligatorio para el asegurador hacerse cargo de la defensa, "si del contexto resulta claro que el reclamo es por un riesgo que no está asegurado, entonces sin necesidad de redacciones específicas (en las pólizas) la obligación de defender al asegurado no será aplicable"⁹².

25.- Examen de la posibilidad que el asegurador pague la indemnización al propio asegurado

A partir de lo estipulado por el Art. 50 de la Ley sobre Contrato de Seguro de Francia, del año 1930 (hoy subsumida en el Código de Seguros de dicha Nación), se prohibió pagar la indemnización a ninguna otra persona que no fuere el tercero perjudicado. Coligiéndolo de esta norma, un fallo dictado por la Corte de Casación de Francia el año 1949 (un "*grand arret*"), llegó a la conclusión que como consecuencia lógica de ella, el tercero perjudicado tenía acción directa contra el asegurador⁹³.

Posteriormente se ha ido asentando firmemente en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en todo el mundo, el concepto de que el asegurado en ningún caso puede ser el beneficiario o receptor de la indemnización, aunque se trate de un seguro de responsabilidad civil que haya contratado voluntariamente con la mira de proteger su propio patrimonio de los desembolsos a que pudiese ver obligado como consecuencia de tener que asumir los daños causados a terceros por un hecho de su responsabilidad, con la única excepción del caso en que él le haya pagado la indemnización al tercero de su propio peculio.

El seguro de responsabilidad civil cede en último término en exclusivo beneficio del tercero perjudicado y por lo tanto es a él a quien debe pagar la indemnización el asegurador, en cualquiera de las formas posibles reconocidas por la ley, la costumbre o el contrato y dentro de los márgenes de la póliza contratada.

Se sostiene que cuando el monto de la cobertura de responsabilidad civil es muy pequeño en relación a los daños causados que demandan los terceros perjudicados, podría aceptarse, porque sería lógico y legítimo, que el asegurador haga inmediatamente la pérdida y una vez determinado que el siniestro está cubierto por la póliza, proceda a pagarle al propio asegurado el monto del seguro.

⁹² Ob. Cit., pág 697.

⁹³ Sin embargo, el primer país que estableció la acción directa para el tercero perjudicado fue México, en su ley de 1936, inspirada en el proyecto elaborado en Italia por Lorenzo Mossa, que nunca se convirtió en ley en su propio país.

No nos parece aceptable esta conducta y la estimamos contraria a la naturaleza y a la finalidad que tiene el seguro de responsabilidad civil, apuntada más arriba. Desde luego, la reclamación del tercero puede ser abandonada o, como consecuencia de una mala gestión de la demandante y/o una muy buena de la defensa, puede también ser rechazada, y en ese caso, tal forma de proceder podría dar lugar a que, contra el propósito del seguro y de las normas legales que lo rigen, el asegurado obtenga del seguro una ganancia indebida.

La situación cambia cuando se establece en las pólizas la cláusula “pagar para ser pagado” (pay to be paid), que obliga al asegurado a pagarle primero al tercero afectado para poder tener derecho a que el asegurador lo indemnice sobre esa base⁹⁴.

26.- Alternativa de que el asegurador ponga a disposición del asegurado o del tercero los fondos del seguro.

En la misma situación tratada en el apartado precedente, esto es, cuando el monto de la cobertura contratada es muy inferior a los daños causados e indemnizables, estimamos que, en cambio, es plenamente válida la conducta del asegurador que se desentiende del caso poniendo la suma asegurada a disposición del asegurado, manteniéndola en su poder, pero solo para que éste pueda libremente arribar a una transacción con el tercero o para que cuente con dichos fondos al momento de dicha transacción o de la determinación judicial de su monto.

En todo caso, el asegurador deberá, en el momento que sea procedente, pagarle al tercero perjudicado por cuenta del asegurado, sea directamente o por medio de una consignación judicial en el juicio respectivo.

27.- Transacción judicial

Aún tratándose de un juicio en curso, evidentemente es posible que las partes se adelanten a la decisión del juez y convengan en una transacción judicial para ponerle término anticipado, al menos en lo referente a la indemnización de los daños causados.

⁹⁴ No hay necesidad de que el asegurado demuestre que ha hecho realmente el pago a la tercera parte. “Redacciones que contengan este principio, raramente se encuentran, en pólizas marítimas o no marítimas, aun cuando las reglas de los P&I Clubs ofrecen cobertura de responsabilidad civil que contienen frecuentemente la cláusula “pagar para ser pagado”, bajo los términos de la cual el Club no es responsable frente al miembro hasta que éste ha hecho pago completo a la tercera parte”. Merkin, ob. Cit. Pág. 694.

La transacción judicial en un juicio de responsabilidad no tiene, fuera del ámbito en que se concreta y de las consecuentes formalidades judiciales a que está sometida, ninguna diferencia con la transacción extrajudicial a que nos referimos en el Capítulo II de este trabajo.

De acuerdo a lo anteriormente analizado, deberá contar con la aquiescencia del asegurador y mediante ella el asegurado no puede comprometer más fondos de los que contempla la cobertura de la póliza y/o de los que el asegurador esté dispuesto o haya sido condenado a pagar.

Sin embargo, en ausencia de una cláusula que salvaguarde este derecho del asegurador, si el asegurado procede a convenir una transacción con el tercero, la ley inglesa es clara en cuanto a que el asegurado puede cobrar a sus aseguradores, solamente si puede demostrar que era legalmente responsable frente al tercero⁹⁵.

28.- Posibilidad de que el asegurador pueda oponer contra la demanda del tercero perjudicado, excepciones propias del contrato de seguro.

En los casos en que la ley confiere al tercero acción directa en contra del asegurador y este es arrastrado al juicio de responsabilidad, una cuestión importante es determinar si puede o no este último, oponer a dicha demanda las excepciones propias del contrato de seguro, es decir aquéllas que enerven o limiten el derecho del asegurado a la indemnización, aunque ésta ceda en beneficio del tercero perjudicado.

En este punto nuevamente la doctrina y la legislación internacionales se dividen. En algunos países la ley contempla, en todos o en algunos casos, la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al tercero perjudicado, las excepciones nacidas del contrato de seguro. En otros países, en cambio, dicha posibilidad no existe⁹⁶.

⁹⁵ Vid. Merkin, ob. Cit. pág 705.

⁹⁶ Los que están por negar la posibilidad de oponerlas, fundamentan su posición diciendo que en estos casos el verdadero asegurado es el tercero y que el asegurado es quien contrata la póliza en su beneficio. A nosotros nos parece que resulta imposible sostener esa tesis, porque el asegurado contrata la póliza en beneficio directo suyo, al cubrir su propio patrimonio que resultaría disminuido en caso de tener que afrontar una deuda de responsabilidad. Sin embargo, reconocemos que en la mayoría de los seguros obligatorios, la ley los ha creado con el fin de beneficiar a los terceros, de modo que en ellos la justificación mas arriba citada, adquiere mayor fundamento. En el Derecho Francés, por ejemplo, el Art. L. 112-6 del Code des Assurances establece que "el asegurador puede oponer al portador de la póliza o al tercero que invoca el beneficio, las excepciones oponibles al subscriptor originario". Yvonne Lambert Faivre hace notar que ellas son de dos tipos: "las que se fundan en la existencia misma del contrato de seguros y aquellas que se determinan por la extensión de la garantía nacida en el contrato". Sin embargo, no son oponibles al tercero, "las excepciones nacidas posteriormente al día en que se produjo el daño". Lambert Faivre, Ob. Cit., págs.490 a 492. En España, por el contrario, el Art 76 de la Ley 50-1980, sobre Contrato de Seguro, excluye expresamente la posibilidad de que el

En el caso que no puedan oponerse, salvo norma legal expresa en contrario, el asegurador que paga la indemnización al tercero perjudicado, tendrá derecho a repetir en contra del asegurado por el monto pagado cuando tales excepciones existan, por ejemplo, en los casos que el asegurado presentó información falsa o incompleta sobre el riesgo, o lo agravó con posterioridad a entrar en vigencia el seguro, no pagó la prima, o cualquiera otra de aquellas causales que ordinariamente conducen a la ineficacia del contrato de seguro⁹⁷.

29.- Justificación y prueba de los daños que se reclaman. Amplitud de las facultades del tribunal para fijar la indemnización.

Además de acreditar la responsabilidad alegada, el tercero que reclama la indemnización de perjuicios que estén cubiertos por la póliza, tiene que acreditar que dichos daños emanan de un evento atribuible a la responsabilidad del asegurado.

En el ámbito extrajudicial, la prueba de los perjuicios está exenta de formalidades y en general puede decirse que el tercero afectado debe presentar ante el asegurado, la compañía de seguros o el ajustador en su caso, los antecedentes que permitan acreditarlos o justificarlos, sin mayores formalidades.

En el ámbito judicial, en cambio, la acreditación de los daños está sujeta a las normas de procedimiento que contempla la ley en relación a los distintos medios de prueba admisibles, a la oportunidad y forma en que dichos medios de prueba deben presentarse, a las objeciones que puedan formularse a su respecto y al valor que puede dárseles en sí mismos y comparados unos con otros.

Sin embargo, como regla general, dentro del marco de las regulaciones legales que rigen las pruebas que pueden rendirse, su apreciación y su valoración por el tribunal, éste siempre tiene un rango de libertad –mayor o menor, según lo establecido en las distintas jurisdicciones- para regular el monto de la indemnización que deberá satisfacer el asegurado a favor del tercero perjudicado, cuando su responsabilidad en los hechos se ha establecido fehacientemente.

En cambio, salvo los casos de excepción que hemos apuntado, no tiene el tribunal la misma libertad para condenar al asegurador, salvo el caso que la ley contemple la acción directa y que el tercero la haya ejercido. En ningún caso, bajo

asegurador pueda oponer tales excepciones: “La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”.

⁹⁷ En el caso de España, que como vimos en la nota anterior, no admite la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al tercero que ejerce la acción directa, las excepciones que emanen del contrato de seguro, el Art 76 de su ley menciona el derecho del asegurador a repetir en contra del asegurado en el caso de que su obligación se haya debido a conducta dolosa del asegurado. Sánchez Calero se pregunta si existe el mismo derecho de repetición en otros casos, pronunciándose por la afirmativa. Sánchez Calero, ob. Cit., pág. 1785.

ninguna circunstancia, puede obligarse a este último a pagar una suma que exceda el monto de la cobertura contratada, salvo las excepciones legales o contractuales.

La libertad del juez para determinar la indemnización es particularmente amplia cuando se trata de fijar una indemnización por concepto de daño moral o a título de los daños punitivos que admiten ciertas legislaciones. A estos y los demás tipos de daños que pueden reclamarse nos referiremos en la cuarta parte de este trabajo.

Esa libertad se ve limitada, en todo caso, por la institución de la *ultra petita* y también cuando la legislación contemple la existencia y aplicación de baremos.

Como es sabido, la *ultra petita* constituye un vicio procesal grave que consiste en que el juez otorgue al demandante más que lo pedido por éste⁹⁸. Así, el juez no puede, sin incurrir en ella, determinar o fijar una indemnización mayor a la solicitada por el afectado en su demanda. La fijación por el juez de una indemnización incurriendo en *ultra petita*, vicia la sentencia, la que puede ser anulada por el tribunal superior correspondiente.

En cuanto a los *baremos de daños o lesiones*, éstos son listas que contemplan los daños físicos -lesiones- que pueden sufrir las personas a consecuencia de un siniestro y que afecten su vida, su integridad corporal o le produzcan incapacidades, totales o parciales, transitorias o permanentes y del monto en dinero que corresponde otorgar como indemnización por cada una de las situaciones contempladas en dicha lista.

Para que los baremos puedan quitar la libertad del Juez para determinar el monto de las indemnizaciones por los conceptos incluidos en ellos, es menester que sean reconocido y/o impuestos obligatoriamente por la ley.

Como anteriormente hemos dicho, también se da en las legislaciones casos de determinación legal, prefijada o limitada, del monto indemnizables en la responsabilidad derivada del transporte (particularmente marítimo y aéreo) y en el contrato de pasaje.

En todos los casos en que la legislación contempla un avalúo predeterminado de los daños, subsiste la duda acerca de si ello impide al afectado solicitar y probar daños superiores a los predeterminados y al juez aceptar la demanda y conceder una indemnización adicional en dichas situaciones.

El tema ha de ser examinado con cuidado al tenor de las disposiciones legales respectivas, pero en general, conceptualmente, nos parece que el afectado podría ejercer el derecho a solicitar montos mayores a los regulados si provienen de circunstancias diferentes a las previstas en la limitación legal y que en esos casos, de ser probados, el tribunal podría acoger dicha solicitud.

⁹⁸ También constituye *ultrapetita* el caso en que la sentencia se extiende a puntos que no fueron objeto de la discusión.

IV.- Daños o perjuicios indemnizables.

30.- Exposición general

Cualquiera que sea la naturaleza de la responsabilidad civil, ella se traduce en la obligación de indemnizar o reparar el daño causado.

Como ya lo dijimos, si existe un elemento que unifica a la institución de la responsabilidad civil en todos sus tipos o clases, a todas las normas legales y la doctrina que se refieren a ella, es la existencia del daño, que legitima el derecho de quien exige la reparación.

Sin daño, no hay responsabilidad civil, porque justamente, reparar o indemnizar significa dejar a una persona en una situación tal que, a lo menos patrimonialmente hablando, pueda entenderse que queda sin secuelas de dicho daño, *indemne* (que etimológicamente significa precisamente eso: sin daño). De allí que si el afectado con el hecho no ha experimentado daño alguno, aunque tenga culpa en el acaecimiento de dicho hecho, ninguna indemnización puede pedir ni concedérsele.

Es por ello que parte de los autores no hablan ya del derecho de la responsabilidad civil, sino que del derecho de daños.

De acuerdo a la ley (Art. 2329 del Código Civil chileno y 1382 del Código Civil francés, por ejemplo), la reparación del daño debe ser íntegra, o sea, equivalente al daño causado y cubrirlo en su totalidad⁹⁹.

Como dijimos, se trata de reponer la situación patrimonial de la víctima o tercero afectado, a la misma situación que tenía antes de producirse el hecho que genera la responsabilidad.

En esta parte nos referiremos a los diferentes tipos de daños que se reconocen en la doctrina y el derecho comparado, para determinar cuáles de ellos pueden ser cubiertos por un seguro de responsabilidad civil (y por lo tanto admitidos en una transacción o regulados por una sentencia), anticipando que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el Art 2314 del Código Civil chileno expresa en general que el que ha causado el daño (es decir, el responsable), “es obligado a la indemnización”, no siendo objeto de discusión en la doctrina chilena, que los tipos de daños que pueden ser objeto de regulación son aquellos a los que se refieren los Arts. 1556 al 1559 del mismo cuerpo legal.

La determinación de los daños indemnizables requiere de conceptos, precisiones y distinciones previas que abordaremos a continuación.

⁹⁹ El principio general es que la reparación debe ser completa: debe indemnizarse todo el daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito. Corral, ob.cit., pág. 336.

31.- Concepto de daño

En la doctrina jurídica chilena se afirma que, en general, en términos amplios, el daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que acarree o suponga la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de los bienes, ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo¹⁰⁰.

En este mismo sentido amplio se expresa que se trata de “el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona”¹⁰¹.

Ateniéndonos a la más lata significación del término, podría decirse que el perjuicio es el resultado de toda invasión prohibida en la esfera de libertad de una persona, que tipifica un acto ilícito, sea por acción o por omisión de un tercero, y que le provoca un detrimento, alteración o menoscabo en su persona y/o su patrimonio, en su estado de ánimo y sus afecciones íntimas, en su reputación, imagen u honor, o que le causa dolor o penalidades físicas, transitorias o permanentes.

De esta forma, la definición importa una gran cantidad de hipótesis, reconociendo desde ya –sin distinguir si se trata de sede contractual o extracontractual– que el detrimento causado puede afectar tanto a la esfera patrimonial como extra patrimonial del perjudicado.

El daño cumple una función importantísima en la doctrina de la responsabilidad civil. Se trata de un presupuesto inexcusable para admitir la procedencia de la indemnización de perjuicios, ya que, como dijimos, si no hay daño, no puede sostenerse que dicha responsabilidad exista, aún cuando fuera el caso de que la acción u omisión reprochable sea el resultado de una conducta intencionada dirigida a dañar a otro, lo que es distinto en el caso de la responsabilidad penal, en que se sanciona la tentativa.

En otras palabras, la obligación de indemnizar surge precisamente porque alguien ha sufrido un daño.

Ello se encuentra reconocido jurisprudencialmente, puesto que se ha fallado reiteradamente en todas las jurisdicciones, que para que un hecho culposo de lugar a la responsabilidad civil, es imprescindible que este hecho cause daño. Esta conclusión es evidente puesto que, de lo contrario, si se otorgara alguna suma de dinero, aquel que la recibiera se estaría enriqueciendo sin causa.

De esta forma, el daño constituye, sin lugar a dudas, un requisito esencial para que proceda la indemnización de perjuicios, junto a la acción y omisión, la relación causal, el factor de atribución y, tratándose de la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, la constitución en mora.

Relacionado con lo anterior, esto es, la amplitud de la noción del daño como requisito o elemento de la responsabilidad civil, cabe preguntarse si todo daño puede

¹⁰⁰ Alessandri, Arturo (1983) p. 210.

¹⁰¹ Escriche, Joaquín “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, (1852) p. 528

da lugar a la indemnización, o si, por el contrario es un requisito que el daño sea idóneo para solicitar el resarcimiento.

Se ha entendido que basta que se lesione un interés para que se genere un daño indemnizable, no siendo exigido, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la existencia de un derecho subjetivo propiamente tal para demandar su reparación¹⁰².

En otras palabras, basta que este perjuicio menoscabe o lesione un interés patrimonial o extra patrimonial, para que sea admisible exigir la indemnización, es decir, la reparación de dicho detrimento experimentado por la víctima.

Lo dicho nos conduce a señalar que es requisito central del daño, para que sea indemnizable, que lesione un derecho o un interés legítimo. Sin embargo, no es el único requisito, ya que también es necesario que este daño sea cierto y que no haya sido ya indemnizado.

Veamos de qué tipo o especie pueden ser estos daños, o en otros términos, cuantas clases de daños existen, en el ámbito del derecho civil de raigambre romanista o “continental”. Posteriormente veremos los tipos de daños que son indemnizables en el derecho del “common law”.

32.- Daños directos e indirectos

La primera distinción o clasificación de los daños que cabe hacer, es aquella que reconoce la existencia de daños directos e indirectos (Art 1558 del C. Civil chileno).

Daños directos son aquellos que el hecho ocasiona inmediata y directamente (o el incumplimiento contractual, en el caso de la responsabilidad contractual), en tanto que son indirectos, aquellos que no son una consecuencia o relación inmediata, sino remota, o en cuya generación concurren otras causas de mayor relevancia¹⁰³.

De otra forma, los daños directos han sido definidos como aquellos que el juez debe tener en consideración a la hora de calcular la reparación (indemnización) en

¹⁰² La noción de interés es distinta a la de un derecho. En este último existe una relación o vínculo reconocido y sancionado por la ley, sea entre dos personas (derechos personales) o entre una persona y una cosa (derechos reales), que todas las demás personas están obligadas a respetar. La noción de interés, en el ámbito que estamos analizando, alude a cualquier utilidad, ventaja o consideración de orden económico o moral, patrimonial o extrapatrimonial, que concierne, atrae o preocupa a una persona. De allí que sea indemnizable el daño moral que sufre una persona por la muerte o el sufrimiento de un ser querido.

¹⁰³ El mismo Art. 1558 se refiere a esta clasificación.

razón del nexo suficientemente estrecho que los une con el hecho perjudicial originario de la responsabilidad¹⁰⁴.

En cambio, los daños indirectos son las consecuencias dañinas de un hecho, que son demasiado lejanas para que sean tenidas en cuenta por el juez a la hora de calcular la reparación.

33.-Daños previstos (o previsibles) e imprevistos (o imprevisibles).

Muy relacionada, en cuanto a su significación, a la clasificación mencionada en el apartado anterior, está la que distingue entre daños previstos e imprevistos o previsibles e imprevisibles.

Son daños previstos, aquellos que han podido razonablemente ser previstos que es factible que se produzcan, al momento de la ejecución del hecho u omisión (o a la celebración del contrato en el ámbito de la responsabilidad contractual), en tanto que imprevistos son aquellos que no resulta razonable aceptar que haya podido ser previstos en dicho momento.

Pensamos que esta clasificación reviste mayor importancia, y es más realista aplicarla, en el ámbito de la responsabilidad contractual, en tanto que la que distingue entre daños directos e indirectos es más apropiada para usarla dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, ambas encuentran su fuente de inspiración original en el ejemplo, dado por Pothier, de un agricultor que vende a otro una vaca enferma que contagia a otros animales del comprador, ocasionándoles la muerte, a raíz de lo cual este último se empobrece, no siéndole posible pagar y pierde a sus trabajadores, la atención de su campo se abandona, pierde sus cosechas, cayendo luego en bancarrota, y no pudiendo resistir el descrédito que ella le provoca, se suicida.

En este ejemplo, evidentemente son perjuicios previsibles la muerte de la vaca enferma y de las que murieron porque se contagiaron con la enfermedad de aquella, pero resultan imprevisibles los demás perjuicios que se derivaron de aquello.

La diferencia en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual está dada porque en la última, estimamos que no resulta posible, por regla general, hablar de previsibilidad o imprevisibilidad de ciertos perjuicios, porque al ejecutar u omitir hacer algo que causa perjuicios a un tercero, el responsable no ha previsto –en el sentido de tener en consideración- que de ello pueda derivar ningún resultado

¹⁰⁴ En el ámbito del derecho de seguros podría decirse que son aquellos que son consecuencia inmediata de la denominada “causa próxima”.

dañoso, a menos que haya obrado a plena conciencia, es decir, con dolo¹⁰⁵. Pero el contratante que no cumple con cierta obligación contractual, como es la que el vendedor contrae de entregar al comprador bienes de buena calidad, exentos de vicios, ciertamente que puede prever los resultados perjudiciales que su conducta acarree si no la cumple, al menos los efectos perjudiciales que estén mas directamente ligados con la causa inmediata.

34.- Daños materiales o morales. Los daños “físicos”.

Una clasificación muy importante en el ámbito legal del derecho continental, es aquella que distingue entre daños materiales o morales. Los daños materiales comprenden el daño emergente y el lucro cesante (Art. 1556 del Código Civil de Chile). A los últimos nos referiremos en el apartado siguiente.

El daño material (en francés, *dommage matériel*), es aquel que atenta y alcanza el patrimonio de una persona, como por ejemplo, los daños causados en un choque originado en una infracción de tránsito al automóvil de otra persona, supongamos, el automóvil de un taxista. Dicho de otra forma, se denomina daño material a aquel que se traduce en la pérdida o la avería física y tangible de una cosa o un menoscabo o detrimento de tipo económico o patrimonial derivado del hecho que origina la responsabilidad.

El daño moral (en francés, *dommage moral*), no está mencionado en ninguno de los preceptos que contempla el Código Civil chileno a propósito de la indemnización de perjuicios¹⁰⁶, pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo, tanto en la existencia del rubro o concepto, como en la procedencia de su indemnización; unánimemente en la responsabilidad extracontractual y, a estas alturas, por una gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en el ámbito de la

¹⁰⁵ Este principio tiene excepciones, como es el caso de los daños causados por profesionales y técnicos, que por regla general, están en situación de prever muy bien la consecuencia de sus actos, cuando se han ejecutado con negligencia.

¹⁰⁶ De hecho, el único artículo del Código Civil que se refiere indirectamente al daño moral es el Art 2055, inserto en el Título XXVIII de su Libro IV, relativo a las Sociedades, cuyo inciso final dice que...“no se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”. De allí podría derivarse que para los redactores del Código el beneficio, o el perjuicio moral (este último como contraposición directa) es aquel que no es posible apreciar en dinero. Para el Diccionario RAE, la 6ª acepción de la palabra “moral”, que es la que nos parece más apropiada para su uso en el contexto de lo que se analiza, dice que se trata del “conjunto de facultades del espíritu, como contraposición a lo físico”.

responsabilidad contractual. Subsiste la discrepancia, solo en torno a si procede indemnizar el daño moral a las personas jurídicas¹⁰⁷.

Se ha definido al daño moral como la estimación o compensación en dinero, del sufrimiento, angustia o menoscabo moral y/o psicológico que deriva del hecho dañoso, para la víctima y/o sus familiares cercanos (*pretium doloris*)¹⁰⁸.

Más que en el ámbito judicial, que suele prescindir totalmente de utilizarlo, en la práctica de los seguros existe también, el concepto de *daño físico*, en el sentido de corporales y tangibles (muerte o lesiones de una persona; la destrucción de una propiedad por el fuego), en oposición a los perjuicios que son directa y específicamente económicos (pérdida de una utilidad previsible en un negocio pactado que no es posible realizar a causa del siniestro), o que pertenecen a la esfera de lo que hemos denominado perjuicios meramente morales.

35.- Daño emergente y lucro cesante

Como hemos dicho, los daños materiales se subclasifican en daño emergente y lucro cesante.

Daño emergente es la pérdida o menoscabo material - patrimonial, actual y efectiva, que causa el hecho originado en la responsabilidad; en el ejemplo dado en el apartado anterior, los daños ocasionados al auto del taxista con motivo del choque. Lucro cesante, en tanto, es la pérdida de las ganancias o beneficios económicos que se esperaban de una determinada actividad, también económica, cuya realización se ve imposibilitada o demorada por dicho hecho. En el ejemplo citado, la pérdida de los ingresos que el taxista hubiera obtenido de la explotación del auto, de la cual se verá privado durante el tiempo que dure su reparación o reemplazo.

Volveremos sobre todos estos daños más adelante, analizándolos en la esfera propia del seguro de responsabilidad civil.

36.- Los “daños punitivos”.

En ciertas legislaciones o sistemas legales, particularmente en algunos de la órbita del “common law” (USA) se utiliza la figura de los daños “punitivos” o ejemplarizadores¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Abeliuk examina el tema del daño moral con mucha claridad y actualidad en su obra “Las obligaciones”, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2001, infra pág. 231 y siguientes. Nos remitimos a su lectura.

¹⁰⁸ En el derecho del “Common Law” se utiliza para designarlo, la expresión “emotional distress”.

Estos son aquellos que el tribunal le ordena pagar al autor del daño a la víctima, como una suerte de sanción social, una multa que es pagadera no al Estado sino a la víctima o sus deudos, con la finalidad de castigarlo por el hecho del cual fue estimado responsable, particularmente cuando su conducta ha sido especialmente repudiable, sea por el tipo de daño causado, la extrema negligencia o intencionalidad o su actitud de indiferencia frente a los resultados perniciosos que ocasionó.

En último término, la finalidad de la indemnización de estos daños, que como hemos dicho se traduce en el pago de una suma de dinero a favor de la víctima, adicional a la mera reparación del daño causado, constituye en verdad una sanción ejemplarizadora; está destinada a obtener que el responsable condenado a pagarlos y la sociedad en general, perciban que ese hecho u omisión injusta merecen la condena pública y tienen un castigo particularmente gravoso, para que de alguna manera influyan o conduzcan al resultado de desalentar o advertir a los potenciales infractores, para que no se vuelvan a cometer los hechos o disminuya la frecuencia con que suceden.

Volveremos sobre este punto más adelante.

37.- Indemnizaciones compensatorias y moratorias

La indemnización a que es condenado el responsable, tiene el carácter de compensatoria, cuando su objeto específico es la reparación de los daños sufridos por la víctima.

La indemnización tiene el carácter de moratoria cuando tiene por finalidad la reparación a favor de la víctima por la demora en recibir la indemnización, durante el espacio de tiempo transcurrido entre la ocurrencia del evento dañoso y la época en que viene a recibirla. Usualmente se traduce en la obligación de pagar reajustes y/o intereses y las costas del proceso en que se discutió la existencia de la responsabilidad y se estableció la especie y el monto de los perjuicios, aún cuando estas últimas son aplicables y pueden ser decretadas por el Tribunal también, en el caso de sentencias que dan lugar al pago de indemnizaciones puramente compensatorias.

38.- La indemnización de daños en el sistema de derecho del common law.

¹⁰⁹ En cambio, “en la ley inglesa hay poco margen para una sentencia que condene a pagar daños punitivos o ejemplarizadores en contra de un demandado” Merkin, Ob. Cit., pág. 689.

En el sistema del common law “los remedios¹¹⁰” que puede obtener el perjudicado por un hecho que le causa perjuicio son dos: la indemnización de perjuicios o “damages” y los mandatos o medidas judiciales precautorias de daños, denominados “injunctions”.

Los examinaremos a continuación, partiendo por el primero de ellos.

1. Indemnización de los daños (“Damages”). Visión general.

La indemnización de perjuicios, que en inglés se denomina simplemente “damages” es la compensación monetaria concedida por a corte a un individuo que ha sufrido lesiones, daños o perjuicios a raíz de un hecho ilícito cometido por otra parte. Junto con los injunction es el remedio más común en los casos de responsabilidad civil extracontractual en el sistema anglo sajón.

La indemnización de perjuicios intenta medir en términos económicos la extensión del daño que un demandante ha sufrido a consecuencia de la acción del demandado. La indemnización de perjuicios se distingue de las costas, que son los gastos incurridos como resultado de interponer una demanda y que los jueces pueden ordenar en la sentencia que la parte derrotada en el pleito tenga que pagar. La indemnización de perjuicios que el demandante queda autorizado a cobrar es otorgada por la sentencia de un Juzgado o por la decisión final emitida por un jurado en las jurisdicciones donde ellos existen.

El propósito de la indemnización de perjuicios es restablecer a una parte dañada tenida con anterioridad a ser víctima del daño. Como resultado la indemnización de perjuicios es generalmente considerada como un remedio en vez de ser preventiva o punitiva. Sin embargo, la indemnización de perjuicios punitivos puede ser otorgada en algunos casos particulares de conductas ilícitas. Antes de que un individuo pueda ser beneficiado con una indemnización de perjuicios, el daño sufrido debe ser uno, reconocido por la ley como merecedor de compensación y debe haber sido realmente sufrido por dicho individuo.

2.- Categorías

Tres categorías principales de daños se reconocen en el derecho inglés: Compensatorios, que son aquellos que intentan que el demandante recupere aquello que ha perdido como resultado de la conducta ilícita del demandando; nominales, que consisten en una pequeña suma otorgada al demandante que no ha sufrido un

¹¹⁰ El término “remedios” no es usado en el derecho civil o continental peros se emplea comúnmente en los sistemas regidos por el common law. Alude a los medios que contempla la ley para hacer respetar o hacer cumplir un derecho; o para prevenir, detener, poner fin, enmendar o indemnizar un daño sufrido por alguien a consecuencia, sea del incumplimiento de un contrato o de un hecho ilícito que afecta sus derechos.

daño importante, pero que en toda forma ha experimentado un atropello a sus derechos, o para impedir que el demandado pueda adquirir derechos por prescripción y solvente parte de las costas de la acción; y punitivos, que son otorgados no para compensar a un demandante por los daños sufridos, sino más bien para sancionar o penalizar a un demandado por una conducta ilícita particularmente grave o atroz. En algunas situaciones específicas se pueden otorgar otras formas de indemnización de perjuicios: doble o triple indemnización e indemnización liquidada o determinada.

3.- Indemnización de perjuicios compensatoria.

Con respecto a la indemnización de perjuicios compensatoria, un demandado es responsable frente al demandante por todas las consecuencias naturales y directas de la conducta ilícita del demandado. Como regla general las consecuencias remotas de un acto u omisión del demandante no pueden ser la base para el otorgamiento de una indemnización de perjuicios compensatoria.

Indemnización de perjuicios consecuenciales es aquella que constituye un tipo de la de carácter compensatoria señalada precedentemente y puede ser otorgada cuando los daños y pérdidas sufridas por el demandante no son causados directa o inmediatamente por la conducta ilícita del demandado, sino que en cambio resultan del acto del demandado. Por ejemplo si el demandado transportaba una escalera y negligentemente se encaminó en dirección a la demandante, una modelo, lesionándole en su cara, la demandante puede cobrar daños por la pérdida de ingresos resultante de las lesiones. Estos daños consecuenciales se basan en el daño resultante que afecta la carrera de la demandante. Ellos no son el daño en si mismo, las lesiones que fueron el resultado directo de la conducta del demandado.

La medida de la indemnización de perjuicios compensatoria puede ser real y tangible, sin perjuicio de lo cual puede ser difícil de fijar el monto con certeza, especialmente en casos que envuelven reclamos tales como dolor y sufrimiento o stress emocional. En la determinación del monto de la indemnización de perjuicios compensatorios que puede ser otorgado, el juez o el jurado debe poner ejercicio su buen juicio y sentido común, basado en la experiencia general y el conocimiento de las circunstancias económicas y sociales de la vida. Dentro de estos amplios límites, el jurado o el juez tiene una amplia discreción en otorgar la indemnización en cualquier monto que se estime apropiado, siempre y cuando dicho monto se afirme en la prueba rendida en el caso.

Un reclamante puede cobrar indemnización por un amplio número de diferentes daños sufridos como resultado de la conducta ilícita de otra persona. En primer lugar, el reclamante puede buscar indemnización por gastos médicos razonables en el caso de lesiones personales.

El reclamante puede obtener indemnización también por discapacidad física, si ella resulta directamente una consecuencia del daño causado por el demandado. En la determinación de la indemnización, la Corte considera tanto los efectos actuales como los de largo plazo, si la enfermedad o la lesión que afectan el bienestar del reclamante, así como la discapacidad puedan ser demostradas con certeza razonable. La indemnización de daños compensatoria puede ser también otorgada por concepto de discapacidad mental, tal como la pérdida de la memoria o la reducción de la capacidad intelectual sufrida como consecuencia de la conducta ilícita del demandado.

Un reclamante también puede obtener indemnización por dolor y sufrimientos físicos presentes y futuros. La indemnización por dolores futuros es permitida cuando hay una razonable posibilidad de que el reclamante los experimentará; no se permite que el reclamante pueda cobrar por dolores y sufrimientos futuros que sean meramente especulativos. La Corte (o el jurado) tiene amplia discreción para otorgar indemnización por dolor y sufrimiento y su juicio solo puede ser revocado si aparece que el juez o el jurado han abusado de su discreción en la determinación de la indemnización.

El dolor, el sufrimiento y la angustia mental (equivalente del daño moral en las jurisdicciones regidas por el derecho civil) pueden ser considerados en la evaluación de la indemnización de perjuicios compensatorios. Se incluye en el dolor y sufrimiento mentales el miedo, nerviosismo, aflicción, traumas emocionales, ansiedad, humillación y afeción a la dignidad. Históricamente, un reclamante no recibe indemnización por dolores y sufrimientos mentales sin que estén acompañados de lesiones físicas, hoy en día, la mayoría de las jurisdicciones en todo el mundo han modificado esta regla, permitiendo que se indemnice la angustia mental por sí sola, cuando el acto que la ha originado ha sido voluntario o intencional o ejecutado con extrema negligencia o imprudencia. Ordinariamente, la aflicción mental que proviene de la simpatía o cercanía con otra persona lesionada no garantizará una indemnización de perjuicios, sin embargo en algunas jurisdicciones se puede obtener compensación si la lesión fue causada por la conducta voluntaria o maliciosa del demandado. Por ejemplo si un individuo lesiona ilícita e intencionalmente a un niño en presencia de su madre y como consecuencia la madre sufre trauma psicológico, el demandado puede ser también responsable por el sufrimiento mental de la madre. En algunas jurisdicciones un simple espectador puede cobrar perjuicios por aflicción mental causada por observar un evento en el cual otra persona negligente pero no intencionalmente causa daño a un miembro de su familia.

En ciertos casos de lesiones personales puede obtenerse una suma importante por gastos médicos futuros si son justificados y también por incapacidad permanente y desfiguración. Más controvertida y generalmente no aceptada, es la situación de los daños mirados como una reducción de la esperanza de vida.

La indemnización de daños compensatorios de una naturaleza más económica puede también ser obtenidos por la parte dañada. Un reclamante puede obtener indemnización por pérdida de ingresos resultante de una lesión. La medida de la pérdida de ingresos pasados es el monto de dinero que el reclamante podría razonablemente haber percibido de su trabajo en su profesión, durante el tiempo que el reclamante estuvo incapacitado a causa de la lesión. En el caso de pérdidas futuras de vidas a discapacidad temporal o permanente, este monto puede ser determinado por medio de un cálculo de las ganancias actuales que la parte lesionada ha perdido y multiplicando ese resultado por el lapso restante hasta la edad de retiro con ciertos ajustes. Si el monto de las ganancias reales perdidas no puede ser determinado con certeza como en el caso de un vendedor que obtiene pago por comisiones, serán considerados los ingresos promedios del reclamante y las características y calificaciones generales de la ocupación en la cual él ha estado empleado. La prueba de ingresos pasados puede ser también usada para determinada la pérdida de ingresos futuros. Como una regla general, la pérdida de ingresos que son especulativos no puede ser recuperada, aún cuando cada caso debe ser examinado individualmente para determinar si la indemnización puede ser establecida con certeza razonable. Por ejemplo, un reclamante que compró un restaurante por primera vez, inmediatamente antes de sufrir una lesión no podría cobrar daños por las ganancias que podría haber hecho de la operación del restaurante, porque tales ganancias serían especulativas. Un reclamante que no ha podido aceptar una promoción a otro puestos a causa de una lesión, estaría en mejor posición para cobrar los daños por la pérdida de ingresos, porque el monto de la pérdida puede ser establecida con mayor certeza.

Los individuos dañados por la conducta ilícita de otra parte, pueden también cobrar daños por imposibilidad de ganancia en la medida en que dicha imposibilidad es una consecuencia directa y previsible de la lesión inhabilitante de naturaleza permanente y persistente. El monto de los daños se determina mediante el cálculo de la diferencia entre el monto de dinero que la persona lesionada tenía la capacidad de ganar con anterioridad a la lesión y el monto que ella es capaz de ganar después de la lesión, y considerando su esperanza de vida.

Todas las anteriores se refieren a pérdidas reales directamente producidas por el acto ilícito o la omisión (daño emergente). En los sistemas del derecho civil o continental, la pérdida futura de ganancias no es considerada daño emergente sino lucro cesante.

La perdida de ganancias (lucro cesante) es así otro elemento que puede incluirse en la indemnización de perjuicios compensatoria, permitiendo a un individuo cobrarla si tal pérdida puede ser establecida con suficiente certeza y es un

resultado probable y directo de las acciones ilícitas del demandado¹¹¹. Las ganancias esperadas que son inciertas o son contingencias de condiciones fluctuantes podrían no ser recuperables o no ser concedidas si no se presenta evidencia suficiente a partir de la cual dichas pérdidas puedan ser razonablemente determinadas.

Un reclamante puede cobrar todos los gastos razonables y necesarios que se produjeron a causa de la lesión por el acto ilícito del demandado. En una acción de responsabilidad contractual, por ejemplo, la parte que ha sido dañada por el incumplimiento de contrato de la otra parte, puede cobrar daños compensatorios que incluyan los gastos razonables que resultaron o que dependían del contrato, tal como el costo de transportar bienes perecibles que la otra parte contratante ilícitamente rehusó recibir. En otro tipo de acciones, los gastos otorgados como parte de una indemnización de perjuicios compensatorios puede incluir en costo de médicos enfermeras y remedios; el costo de tratamientos médicos futuros si son necesarios; o el costo de reparación de un vehículo dañado y por el arrendamiento de otro vehículo mientras dichas reparaciones son ejecutadas.

Los intereses y la compensación por el efecto de la inflación¹¹² pueden ser otorgados al demandante en caso de responsabilidad civil extracontractual y también en caso de pérdidas que surgen del incumplimiento de obligaciones contractuales, incluyendo las cantidades de vidas a causa de un contrato. Está sujeta a controversia la fecha de partida del cálculo de intereses y la compensación por la inflación, siendo usual que pueda escogerse desde la fecha del ilícito o del incumplimiento, la fecha en que se hizo el requerimiento extrajudicial del pago; la fecha de la demanda alegando el ilícito o el incumplimiento del contrato y la fecha de la sentencia final.

Cuando se calcula una suma alzada para indemnizar pérdidas futuras a raíz de gastos médicos, incapacidad o disminución de la capacidad de ganancias, surge el problema de determinar el valor presente de esas pérdidas futuras.

Los gastos judiciales y los honorarios de abogados no son daños pero están cercanamente relacionados con ellos. Su regulación y cálculo son otros temas controvertidos en el derecho comparado. En algunas jurisdicciones tales como en el Reino Unido, el reclamante normalmente recupera esos gastos incluyendo los honorarios de abogado. En otras como en los Estados Unidos, los honorarios contingentes son comunes, de tal modo que usualmente no se otorgan sumas que cubran los gastos del juicio y los honorarios del abogado. Finalmente, en otras jurisdicciones las cortes deciden otorgarlas o no basándose en las características y particularidades de el caso.

¹¹¹ The owner of a taxi that suffers substantial damage from the crash with another vehicle, can seek for *lucrum cessam*, being that the money that he would have earned during the time the taxi was out of service.

¹¹² Lo que en Chile se denomina "reajustabilidad" y en otros países "indexación".

4.- Indemnización nominal de daños.

Como hemos dicho, ellos consisten en una pequeña suma concedida al reclamante: a) Cuando éste no ha sufrido lesiones o daños substanciales pero de todas maneras ha experimentado un atentado en contra de sus derechos; b) Para prevenir que el demandado pueda adquirir derechos por prescripción; o c) Cuando el reclamante ha establecido exitosamente que ha sufrido una pérdida causada por la conducta ilícita del demandado pero no puede ofrecer prueba de la pérdida que deba ser indemnizada. Por ejemplo, un reclamante dañado que prueba que las acciones del demandado causaron la lesión pero fracasa el intento de proporcionar los registros médicos que muestren la extensión de la lesión puede recibir solamente una indemnización nominal. El monto concedido es generalmente una suma pequeña simbólica, tal como una Libra o un Dólar, aunque en algunas jurisdicciones puede ser igual a los gastos del juicio.

5.- Indemnización de daños punitivos.

Conocidos también como daños ejemplarizadores, pueden ser otorgados en algunas jurisdicciones a un demandante adicionalmente a la indemnización compensatoria, cuando al conducta del demandado es particularmente intencional, maliciosa, vengativa u opresiva y en ciertos casos con extrema negligencia. Los daños punitivos son concedidos no como una compensación sino para castigar al autor del ilícito y para actuar como un disuasivo para otros que puedan involucrarse en conductas similares.

El monto de los daños punitivos a ser otorgados cae dentro de la discreción de la corte o el jurado, que debe considerar la naturaleza del comportamiento del autor del ilícito, la extensión de los daños o pérdidas del reclamante y el grado en que la conducta del demandado repugne a la sociedad y al sentido de justicia y decencia. El otorgamiento de daños punitivos no estará usualmente entorpecido sobre la base de que es excesivo, salvo que pueda demostrarse que el jurado o juez han estado influido, prejuicios, tendencias, pasión, parcialidad o corrupción .

En los procedimientos ante jurados, aún cuando el monto de los daños a ser otorgados es un asunto que el jurado tiene que decidir, la corte puede revisar el monto. Si la corte determina que el veredicto es excesivo en vista de las circunstancias particulares del caso, puede ordenar reducir el veredicto del jurado. En la ley inglesa esto se aplica solamente a los casos de difamación. El proceso opuesto (conocido como habitur), ocurre cuando la corte estima que el monto determinado por el jurado es inadecuado y ordena que el demandado pague una suma mayor. Ambos, remititur y aditur son empleados a discreción del juez del juicio, y están concebidos como un remedio para montos de daños claramente desproporcionados otorgados por el jurado sin la necesidad de un nuevo juicio o una apelación. Como no hay jurados en la mayoría de

los casos ingleses esto no ocurrirá, pero el monto de una indemnización puede ser controvertida en la apelación.

Los daños punitivos no se conceden en la mayoría de las jurisdicciones regidas por el common law, pero son ampliamente usadas en los Estados Unidos¹¹³. En otras jurisdicciones, tal como Canadá, son admitidas solamente en casos de conspiración, difamación y en los ilícitos intencionales.

6.- Injunctions

Como un remedio para los ilícitos civiles, las injunctions son más comúnmente usadas en casos de nuisance, trespass, trespass to land y difamación. La corte puede imponer una injunction al autor del ilícito. Esto legalmente obliga al autor del ilícito a detener o reducir la actividad que causa el daño y su incumplimiento podría potencialmente constituir una ofensa criminal. Las injunctions pueden ser usadas en vez o al mismo tiempo que la concesión de una indemnización. Como se ha mencionado más arriba, la injunction es el primer remedio en caso de molestias privadas y para reforzar el propósito subyacente de el tort.

6. Injunctions

As a remedy to tort, injunctions are most commonly used in cases of nuisance, trespass to the person, trespass to land and defamation. The court may impose an injunction on a tortfeasor. This legally obliges the tortfeasor to stop or reduce the activity causing the tort and its breach could, potentially, be a criminal offence. Injunctions may be used instead of or as well as the awarding of damages. As

¹¹³ In the late twentieth century, the constitutionality of punitive damages was considered in several U.S. Supreme Court decisions. In 1989, the Court held that large punitive damages awards did not violate the Eight Amendment prohibition against the imposition of excessive fines (*Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257, 109 S. Ct. 2909, 106 L. Ed. 2d 219). Later, in *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 111 S. Ct. 1032, 113 L. Ed. 2d 1 (1991), the Court held that unlimited jury discretion in awarding punitive damages is not "so inherently unfair" as to be unconstitutional under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution. And in *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443, 113 S. Ct. 2711, 125 L. Ed. 2d 366 (1993), the Court ruled that a punitive damages award that was 526 times the compensatory award did not violate due process. Both *Haslip* and *TXO Production* disappointed observers who hoped that the Court would place limits on large and increasingly common punitive damages awards. In a 1994 decision, the Court did strike down an amendment to the Oregon Constitution that prohibited judicial review of punitive damages awards, on the ground that it violated due process (*Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415, 114 S. Ct. 2331, 129 L. Ed. 2d 336).

mentioned above the injunction is the primary remedy in cases of private nuisance and reinforce the underlying purpose of the tort.

Como ha quedado expresado con anterioridad, puede definirse al “injunction” como un remedio judicial a un daño en grado de amenaza o ya en curso que consiste en una orden concedida y expedida por el juez con el objeto de requerir a una parte que se abstenga de hacer algo o continúe realizando cierto acto o actividad.

39.- Daños indemnizables en la esfera del seguro de responsabilidad civil de índole romanista.

La especificación o delimitación de los daños que cubren las pólizas de seguro, se acota tanto por el ramo o especialidad a que cada una de ellas se destina (y que hoy en día comprende una enorme variedad de riesgos), y luego, más precisamente, por las cláusulas específicas de cada contrato, que definen tanto los riesgos amparados, como por las exclusiones de riesgos o de conductas específicos¹¹⁴.

Dentro de un plano conceptual general, la indemnización o reparación de los daños materiales causados a la víctima, comprende el daño emergente, es decir, la pérdida o disminución efectiva de patrimonio del tercero afectado, como también el lucro cesante, o sea, lo que el tercero dejó de percibir o ganar como consecuencia del acto u omisión dañino.

Puede comprender, asimismo, el daño moral, o sea, la indemnización que compense el dolor o sufrimiento causado a la víctima del daño y/o sus familiares cercanos, en el caso que se trate de un hecho que haya podido generar tales perjuicios.

En cuanto a las otras clasificaciones que hemos analizado, **en el ámbito de la responsabilidad contractual**, por regla general es posible exigir la reparación de los daños directos y previstos, y también de los imprevistos, pero sólo en el caso que el hecho que origina la responsabilidad ha sido causado dolosamente. Sin embargo, está claro que, en este ámbito de la responsabilidad, nunca será posible condenar al responsable a pagar los daños indirectos, aquéllos que sean una consecuencia colateral, secundaria o remota del hecho causal, a tal punto que se debilita o desaparece el indispensable vínculo de causalidad. Todo de acuerdo a lo dispuesto en el Art 1558 del Código Civil chileno.

En el contexto de la normativa que rige la **responsabilidad extracontractual**, en principio pareciera que ésta es más amplia que la contractual, toda vez que el Art. 2329 del citado código dice que...“*todo* daño que pueda imputarse a malicia o

¹¹⁴ Se dan otras limitaciones. Merkin anota que “Las pólizas de seguro de responsabilidad civil limitan la responsabilidad del asegurador en una de dos formas: por medio de requerir al asegurado afrontar una primera cantidad del monto del reclamo, o limitando la responsabilidad del asegurador a un máximo de dinero para cada uno de los reclamos”. Ob. Cit. Pág. 692.

negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”¹¹⁵. Así lo reconoce la doctrina chilena¹¹⁶.

Sin embargo, esta manera de entender la amplitud de la responsabilidad civil extracontractual está cambiando y hoy en día, la doctrina niega en Chile que la expresión “todo daño” incluya también a los perjuicios indirectos¹¹⁷, porque no se cumple en el caso de ellos, con el necesario nexo de causalidad que debe haber entre el hecho ilícito y el daño. Tampoco se acepta que abarque los hechos absolutamente imprevisibles¹¹⁸. El tema sigue siendo discutible.

En el ámbito internacional, la doctrina tampoco es pacífica en este punto.

En efecto, en Francia los hermanos Henri y Leon Mazeaud, autores del clásico tratado sobre la responsabilidad civil, opinan que en el ámbito del derecho francés, *“en materia delictual, el principio de la reparación íntegra, sea cual sea la gravedad de la culpa, se afirma siempre en los artículos 1382 y 1383 delo Código civil francés”*.

Y agregan: *“El artículo 1.382 obliga al responsable a “reparar” el daño causado por su culpa; lo cual no puede entenderse sino como una reparación completa; y el artículo 1.383 tiene el cuidado de puntualizar que la obligación sigue siendo la misma aunque el responsable no haya cometido sino una negligencia o una imprudencia”*¹¹⁹.

Sin embargo, esta manera de entender la amplitud de la responsabilidad civil, también ha cambiado en el derecho francés. Ya a la época de escribir su Tratado, los hermanos Mazeaud denunciaban que *“...” El principio es cierto. No obstante, los jueces no lo suelen afirmar sino para infringirlo mejor. En efecto, son soberanos para tasar el perjuicio;*

¹¹⁵ No obstante, dicha mayor amplitud se ve opacada por la necesidad de que la conducta generadora de responsabilidad extracontractual debe ser acreditada, en tanto que, conforme lo dispone el Art. 1547, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo.

¹¹⁶ Por ej., Abeluk, ob. Cit., pág. 230.

¹¹⁷ Pablo Rodríguez Grez, “Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 269. Enrique Barros Bourie, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 235. Abeliuk, ob. Cit., pág. 230.

¹¹⁸ Barros Bourie, Ob. Cit., infra. Pág. 236.

¹¹⁹ Henri y Leon Mazeaud; “Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, Ediciones Jurídicas Eurapa America, 1977, Tomo 5, págs. 556 y sigts. Allí agregan: “La culpa más leve obliga a su autor a reparar todas sus consecuencias dañosas, por considerables que puedan ser. Cuando se trata de fijar la importancia de la reparación, no hay que tomar en consideración al responsable, sino a la víctima; no se trata de la culpa, sino del perjuicio. La víctima tiene derecho a exigir que se la reponga en la situación anterior al daño; o, si eso es imposible, a que se compense su perjuicio mediante una ventaja equivalente. Poco le importa a ella la gravedad de la culpa. Sea culpa grave o ligera imprudencia, tan sólo cuenta el resultado para la reparación. El autor de una culpa grave, intencional por ejemplo, puede no haber causado sino un pequeño perjuicio; es muy culpable y poco responsable. E, inversamente, el autor de una culpa leve puede haber causado un enorme daño; es poco culpable y ampliamente responsable”..... “Indudablemente, no cabe ser responsable sin haber cometido una culpa. Pero el grado de ésta no condiciona la importancia de la condena civil”.

por ejemplo, apreciar el valor de un objeto destruido es una pura cuestión de hecho. So pretexto de avaluar el perjuicio, tienen aquéllos la tendencia a inflarlo o a restringirlo según la gravedad de la culpa”.

Hoy en día, en Francia es claro que “los perjuicios indirectos no son objeto de indemnización, por faltar el requisito de la causalidad y tampoco los imprevistos e imprevisibles”¹²⁰.

Con las limitaciones expresadas, bajo el sistema del derecho civil, romanista o continental, los daños que pueden ser reclamados y que son susceptibles de ser acogidos y determinados por la justicia, pueden enunciarse agrupados y diferenciados de la siguiente manera:

Daños materiales: Empobrecimiento, merma o disminución del patrimonio, actual o futuro. Se subdividen en:

- **Daño emergente:** Empobrecimiento real, actual y/o futuro, que se deriva de la destrucción o la privación de los beneficios económicos de un bien que forma parte del patrimonio de la víctima, incluyendo el dinero mismo gastado a consecuencia del hecho dañoso, como los gastos médicos, de hospitalización, de sepultación, de sustitución o reemplazo permanente o temporal del bien afectado.

En síntesis, el daño emergente es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original, anterior al hecho que se reprocha y el valor actual, posterior al mismo hecho.

- **Lucro cesante:** es la privación de los beneficios que la víctima pudo razonablemente obtener si el hecho ilícito no se hubiera producido, con independencia del influjo de variables posteriores. Puede afectar la capacidad productiva de una persona o de una cosa.

Daños morales (pretium doloris): Aflicción que surge como consecuencia de la privación o disminución de aquellos bienes inmateriales de gran relevancia en la vida del hombre, como son la alegría en vez del dolor y/o la tristeza; la paz en lugar de la intranquilidad; el amor y la vida de relación, en vez de la soledad; la libertad, la integridad física, el honor y todo otro afecto de similar naturaleza. Por su origen, los daños morales pueden ser subdivididos en la siguiente forma:

Daño moral por derivación de daños materiales: Son las consecuencias afflictivas derivadas de un hecho material que afecte a dichos valores, como caer en insolvencia, no poder atender a las necesidades económicas, o derechamente la quiebra, perjuicios a la vida de familia, como no poder atender debidamente a las necesidades de la familia -cónyuge y/o los hijos- y otras que deriven de los anteriores hechos.

¹²⁰ Phillipe Le Tourneau, “Droit de la responsabilite et des contrats”, Dloz, Paris, 2005, Pág. 568: “El autor de un daño esta sujeto a la reparación apropiada del daño, menos los imprevistos e imprevisibles...”

Por derivación de daño a las personas: Podemos referir los siguientes:

- Privación de la vida: evidentemente quien puede alegarlo, son las terceras personas afectadas por dicha muerte;
- Incapacidad total o parcial; permanente o temporal. Como su nombre lo indica, se trata de la imposibilidad de valerse por sí mismo y/o de desempeñar las actividades que realizaba la persona afectada antes del hecho causal. Puede ser alegada tanto por el afectado mismo como por las demás personas ligadas a él por motivos afectivos y/o económicos;
- Lesiones. Se trata de las heridas o traumatismos derivados del hecho, sea que traigan o no consecuencias permanentes indemnizables como otro concepto;
- Daño a la salud: es la afección a la salud de la persona, considerada en general, aunque no haya provocado lesiones, o la muerte e incapacidad, aunque puede estar ligada a estas posteriormente;
- Daño estético. Son las consecuencias que el hecho acarrea en la integridad o armonía físico-estéticos de la persona, como por ejemplo las desfiguraciones causadas, con mayor si afectan zonas del cuerpo que están a la vista, como en la cara, las manos o las piernas, o se traducen en incapacidades ostensibles, como las que producen una cojera o la pérdida de extremidades;
- Daño síquico. Es aquel que consiste en un deterioro de las facultades mentales o en la actitud de la persona frente a la vida y a la relación con el medio social, como es el caso de la angustia, el sobresalto o la depresión.
- Daño sexual. Se trata de la pérdida de la posibilidad de relacionarse sexualmente o dañada la capacidad de disfrute;
- Daño al “proyecto de vida”. Es el caso de la pérdida de las posibilidades ciertas de llevar a cabo las aspiraciones que la persona se había formado y que constituían sus metas de proyección futura. Generalmente está muy asociada a otros daños que aquí se mencionan;
- Daño a la vida de relación. Es el deterioro o la imposibilidad de mantener normalmente la vida de relación social, como lo que es causado por la ceguera, la sordera y las incapacidades que anteriormente hemos mencionado;
- Daño al honor, a la “imagen” y al crédito. El daño a dichos valores afectan no solo la autoestima, sino también, la consideración económica y social del resto de las personas y puede llegar a traducirse también, en pérdidas de tipo económico.

40.- Determinación legal de límites máximos o del monto preciso de los daños.

Hay algunos tipos de responsabilidad en que –en principio- no hay lugar a una determinación o fijación judicial del monto de la indemnización, porque están sujetos

a una predeterminación legal, o que están sujetos a un límite máximo de dinero, que el Juez no puede sobrepasar.

Es el caso de la responsabilidad por pérdida, daños o demora en la entrega de la carga en los contratos de transportes marítimos y aéreos.

Al mismo sistema están sujetos los eventos de muerte, lesiones y daños o pérdida de equipaje, en los contratos de pasaje marítimo y aéreo.

Lo anterior es sin perjuicio de que por la continua ampliación en el ámbito de aplicación de las normas sobre responsabilidad y también porque en algunos casos el principio se ha consagrado expresamente –como es el caso regulado por el Art. 1101 del Código de Comercio de Chile (relativo al transporte marítimo)- si se prueba que la pérdida, daño o retraso en la entrega, proviene de una acción u omisión intencional del transportador, o temerariamente, en circunstancias que pueda presumirse que tuvo conocimiento de que probablemente sobrevendría la pérdida, el daño o retraso, el transportador pierde la facultad de oponer la limitación de responsabilidad.

41.- Cobertura de gastos de prevención y de las costas del juicio en la póliza de seguro de responsabilidad civil.

Por último, cabe tratar en esta parte el tema de si, por una parte, los gastos de prevención de la responsabilidad y por otra, los gastos del juicio y los honorarios de abogado, propios y ajenos, están incluidos o no en la cobertura del seguro de responsabilidad.

Respecto a los gastos de prevención del siniestro, en la mayoría de las legislaciones romanistas, la solución más frecuente parece ser la de que dichas expensas están cubiertas por el seguro. Ese es el caso de la chilena, que lo contempla expresamente en el Art. 556 N°s 3 y 4 del Código de Comercio. Por el contrario, dichos gastos no se cubren en la ley del Reino Unido¹²¹.

¹²¹ “En el caso *Yorkshire Water vs. Sunalliance*, el asegurado incurrió en gastos para prevenir el anegamiento de propiedades vecinas y buscó recuperar esos gastos de los aseguradores de responsabilidad civil que habían otorgado cobertura por la responsabilidad causada por un evento u ocurrencia. La póliza requería que el asegurado “a su propio costo” tomara precauciones razonables para prevenir un siniestro. La Corte de Apelaciones sostuvo que esta cláusula excluía la posibilidad de subentender que la póliza obligaba al asegurador indemnizar al asegurado por tales gastos. La Corte sostuvo además que, en ausencia de una cláusula especial: a) el asegurado no tiene el deber de tomar medidas razonables para evitar o mitigar una pérdida; y b) que si el asegurado incurre en gastos en tomar medidas para evitar o mitigar una pérdida, el asegurador no es responsable de indemnizar al asegurado por dichos gastos”. En cambio, si se encuentran cubiertos los gastos “incurridos por la tercera parte en investigar si la conducta del asegurado ha causado daño a su propiedad”. Merkin, Ob. Cit., pág. 689.

Fuera de lo que prevenga la ley, es necesario averiguar, en primer término, si la póliza estipula o no una cobertura especial por estos conceptos, pues el resultado de que la contemple acarrea la consecuencia, por una parte, de que no habrá posibilidad de discutir que tales costos están amparados por ella, pero también, que el monto por dicho capítulo contemplado en la póliza, será el máximo indemnizable a que estará obligado el asegurador por dicho concepto.

En el evento que la póliza de seguro de responsabilidad civil no contemple una cobertura y un monto especial por dichos conceptos, estimamos indiscutible que, salvo exclusión expresa, el asegurado tendrá derecho a que sean cubiertos con el monto del seguro de responsabilidad contratado, el que en ese caso, con el mismo monto total máximo, amparará tanto la responsabilidad misma como los gastos de prevención y/o los costos del juicio en que dicha responsabilidad se ventile.

Se plantea en estos casos la duda sobre si corresponde al asegurador pagar los gastos de la defensa, cuando exceden el monto de dicha cobertura, sobre lo cual, en el ámbito de la legislación chilena nos inclinamos por la negativa, porque estando especificado un monto en la póliza, este constituye el máximo a que es obligado el asegurador. Lo anterior salvo que el exceso de gastos se haya producido como consecuencia de no haber aceptado el asegurador, oportunamente, una transacción con el tercero perjudicado, resultando en definitiva una condena mayor a la prevista, conforme a la regla a que anteriormente nos hemos referido.

Pensamos, no obstante, que aún en el evento que la póliza excluya expresamente la cobertura de dichos gastos, el asegurado tendría derecho a solicitar que se paguen con cargo a la cobertura en el evento que dichos gastos fueren útiles, es decir, si con ellos se obtiene que se rechace o disminuya el monto cobrado por el perjudicado.

En el ámbito del derecho inglés, la solución legal respecto a este punto es diferente. En efecto, “cuando los gastos de la defensa deben ser pagados, la garantía es en principio enteramente separada de la obligación de indemnizar al asegurado por los reclamos de indemnidad respecto de la responsabilidad; se estima a menudo que los gastos de la defensa deben ser tratados como adicionales a los límites ordinarios de indemnidad (monto asegurado) en vez de ser considerados como una parte de ellos. Normalmente, sin embargo, la responsabilidad máxima de los aseguradores en la póliza se fija por un agregado de la suma de la condena en contra del asegurado más los gastos de la defensa. Las cláusulas contractuales varían”¹²².

Si están cubiertas por la póliza, se plantea la duda de si es procedente su pago en el caso que no esté claro si el reclamo del tercero contra el asegurado sea uno que realmente caiga dentro del ámbito de cobertura de la póliza, o si es bastante que potencialmente el reclamo pueda estar comprendido en el seguro, o que simplemente surja de las actividades del asegurado en la forma descrita en la póliza. A este

¹²² Merkin, ob. Cit., pág. 700

respecto, en el derecho inglés se ha sostenido que “es obligación del asegurador indemnizar al asegurado respecto de los gastos de defensa incurridos por los reclamos que surjan de los hechos que potencialmente caigan dentro de los términos de la cobertura primaria garantizada por el seguro”¹²³. Sorprendentemente, en dicho sistema jurídico se ha llegado a la conclusión, por el contrario, de que...” si la acción interpuesta en contra del asegurado por el tercero fracasa, el asegurado no tiene derecho a cobrar los gastos al amparo del seguro, en ausencia de una estipulación expresa”¹²⁴.

Por otra parte, en el evento que el monto reclamado por el tercero con cargo a la responsabilidad imputada al asegurado, exceda manifiesta y justificadamente el monto de la cobertura, afectando en consecuencia el patrimonio del asegurado desde un principio, corresponderá que los gastos y costas personales del juicio sean asumidos por el asegurado y el asegurador a prorrata de su interés en los resultados de la controversia con el tercero. En este aspecto coinciden las soluciones que contemplan el “derecho continental” y el “common law”.

V.- Pago de la indemnización

42.- El nacimiento de la deuda. Distinción entre el nacimiento de la responsabilidad y el nacimiento de la obligación de pagar la indemnización correspondiente.

En relación a este tema cabe hacer una precisión: hay que distinguir entre el nacimiento de la obligación de responder, que se origina en el hecho que genera la responsabilidad, y el nacimiento de la deuda consistente en pagar la indemnización ya determinada, por concepto de una responsabilidad que ya ha sido establecida por la justicia o aceptada por el responsable, y el asegurador en su caso, en una transacción judicial o extrajudicial.

La precisión es importante, desde que destacados especialistas, como el Prof. Fernando Sánchez Calero, para referirse a otro tema distinto, cual es el momento en que debe entenderse ocurrido el siniestro, señalan que dicho momento coincide con la verificación u ocurrencia del evento que genera el daño, ya que en ese momento, afirman, nace la “deuda de responsabilidad”, en el sentido que dicha responsabilidad se origina, que nace la obligación de indemnizar al perjudicado, aun cuando esa responsabilidad pueda ser controvertida, incluso, no reclamada.

¹²³ Merkin, ob. Cit., pág. 701.

¹²⁴ Merkin, Ibid.

Esa situación es distinta. Aquí, en este párrafo, nos referiremos a la deuda de pagar la obligación, no controvertible ya, de indemnizar al perjudicado.

Esa situación o estado, la de ser no controvertible la responsabilidad, puede provenir, jurídicamente, de dos orígenes:

a) de haber sido aceptada la responsabilidad, explícita o tácitamente, por el causante de los hechos que la generaron, o por quien responde por este a virtud de la ley, como el padre por los hechos del hijo de familia, o el empresario por los hechos de sus dependientes (responsabilidad civil vicaria), en una transacción judicial en que se acuerda pagarle una indemnización; o

b) haber sido declarada la existencia de la responsabilidad, por sentencia judicial firme.

Cuando el Prof. Sánchez Calero habla de la "deuda de responsabilidad"¹²⁵, se está refiriendo en realidad al origen de la misma, pero no a que dicha obligación pueda ser exigida ejecutivamente, pues antes de eso debe ser declarada judicialmente por sentencia definitiva o aceptada en una transacción cuyos efectos son similares, pues ambas traen aparejada la posibilidad de ser solicitada su ejecución por el titular del derecho reconocido en aquellas.

Por lo tanto, para poder exigirse el pago de la indemnización, la obligación de pagarla debe haber sido judicial o transaccionalmente establecida.

43.- La forma del pago de la indemnización. Pago en dinero, reparación, reconstrucción. Otras formas.

La forma típica de hacer efectiva una indemnización es liquidando su importe en dinero y pagándosela a la víctima, ya sea el propio responsable o su asegurador.

Desde la perspectiva del asegurador así lo reconoce el Art. 550 del Código de Comercio de Chile: "El asegurador contrae principalmente la obligación de pagar al asegurado la suma asegurada o parte de ella".

Pero "no toda reparación debe necesariamente, hacerse en dinero."¹²⁶

Existen casos en que la reparación es en especie, lo que ocurre en el caso de que, por ejemplo, una persona sea condenada:

- 1) a restituir una cosa que tomó indebidamente;

¹²⁵ "El nacimiento de la deuda de indemnización se produce de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso (acción u omisión, o incumplimiento del contrato) del que deriva esa deuda, de forma que el hecho dañoso es la causa del siniestro que se encuentra precisamente en el nacimiento de la deuda de responsabilidad". Fernando Sánchez Calero, "Ley de Contrato de Seguro", 4ª Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 1632.

¹²⁶ Pablo Rodríguez Grez, Ob. Cit., pág. 343.

2) a destruir una obra (edificación) como es el caso previsto en el inciso segundo del artículo 1.555 del Código Civil de Chile que establece que en caso de infracción de una obligación de no hacer, “pudiendo destruirse la cosa hecha y siendo su destrucción necesaria, será el responsable obligado a ella o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor”;

3) a publicar a su costa una sentencia judicial, como en los casos en que se condena a alguien por abusos de publicidad; o

4) a la destrucción o comiso del material ofensivo, casos estos dos últimos, que también regula la Ley de Abusos de Publicidad de Chile.

Como dice Pablo Rodríguez, “la reparación en especie consiste en la remoción de los hechos dañosos y el restablecimiento de la situación alterada por el ilícito, en términos de eliminar todo vestigio de daño posible”¹²⁷.

También ocurre con frecuencia que la reparación sea parcialmente posible en especie, debiendo completarse con el pago de una suma de dinero para hacerla íntegra, como por ejemplo para compensar a la víctima por el lucro cesante que se le produjo por estar privado de la especie, o por los gastos que debió hacer para sustituirla momentáneamente.

También es posible que el responsable sea condenado, o que éste acuerde con la víctima, la reparación o la reconstrucción de la cosa dañada, o su reemplazo por otra de iguales o similares características y valor. Estas alternativas son frecuentemente usadas cuando interviene de por medio un asegurador y los daños afectan a una cosa, mueble o inmueble en el primer caso (reparación), o exclusivamente a una mueble en la segunda (reemplazo).

44.- Forma del pago de la indemnización en cuanto a su oportunidad.

La regla del pago en dinero al contado, sigue siendo la alternativa más usada, cuando las formas de reparación o reconstrucción antes referidas no son posibles o aceptables y en la mayoría de los casos es aquella a la cual recurren las sentencias dictadas por los tribunales, aún cuando para regular la suma a pagar, sea necesario calcular el valor presente de sumas que puedan devengarse periódicamente a lo largo de muchos años, como es el caso de las remuneraciones que habría percibido la víctima durante el resto de su vida laboral, de las que fue privado a raíz del siniestro, por haber quedado, por ejemplo, incapacitado de seguir trabajando.

Sin embargo en algunos casos, ya sea por acuerdo de las partes, o en otros, por decisión de los tribunales, se establece que la indemnización será pagadera a plazo, en cuotas, o en la forma de una pensión.

¹²⁷ Rodríguez, ob.cit., página 344

En algunos casos, muy excepcionales en la práctica chilena, pero con cierta frecuencia en otras jurisdicciones, se acuerda o se otorga una indemnización que consiste, en todo o en parte, en la prestación de un determinado servicio a favor de la víctima, por ejemplo de asistencia sanitaria, o de prestaciones que alivien su incapacidad.

En tales casos resulta posible que se acuerde o que el juez establezca, formas de ajuste futuro de la cuantía de los pagos periódicos o de la pensión fijada, en el supuesto, por ejemplo, de que la condición de la víctima varíe en el futuro, sea que mejore o por el contrario empeore.

Respecto al pago de los gastos del juicio, cuando corresponde que la póliza los cubra, ya sea por alcanzar el monto del seguro y no está descartada su aplicación a dichos efectos, o porque existe una cobertura adicional de defensa jurídica, habitualmente el asegurador los va pagando a medida que se generan. En el ámbito del derecho inglés se precisa que “el momento en el cual los aseguradores deben hacer los pagos depende de la redacción de la póliza. En una época era común que las pólizas establecieran que los aseguradores indemnizarían al asegurado después de la terminación de los procedimientos en su contra, requiriendo entonces que los asegurados financiaran los costos de su propio bolsillo hasta esa fecha. Las pólizas modernas corrientemente estipulan que los aseguradores están obligados a pagar los gastos a medida en que ellos son incurridos, o al menos tienen libertad de juicio sobre si pagan sobre tal base. En el último caso los aseguradores están en la obligación, de buena fe, de tomar una decisión sobre si proveerán o no el financiamiento en lo sucesivo”¹²⁸.

45.- Destinatario o receptor del pago.

No solo la víctima puede ser el destinatario o receptor del pago de la indemnización, sino también sus herederos, otras personas dependientes de ella y las denominadas víctimas por repercusión o por rebote.

Cuando la víctima sobrevive al accidente imputable a la responsabilidad del asegurado, lo usual es que sea la víctima misma, directamente, la que sea destinataria del pago de la indemnización.

Cuando ello no ocurre, en cambio, los destinatarios de la indemnización serán los terceros que la demandaron invocando un título suficiente para acreditar su interés, como es el caso arriba citado de los herederos y excepcionalmente de otras personas a las cuales la muerte de la víctima les ocasiona perjuicios materiales y/o morales, como es el caso de las víctimas por repercusión o rebote y de los terceros a quienes la víctima proveía de un ingreso económico.

¹²⁸ Merkin, o. cit., pág 700

En la gran mayoría de los casos, el pago de la indemnización lo hace efectivo el responsable, o su asegurador, en forma directa a la víctima o a quienes, por algún tipo de interés válido, demandaron la indemnización.

Sin embargo, en algunas oportunidades en las que la responsabilidad y el monto de la indemnización fueron discutidos y decididos ante un tribunal, el responsable o su asegurador pueden pagar mediante consignación judicial, alternativa que puede usarse y que los tribunales aceptan, solo en la medida que se trate del pago al contado de una indemnización única y total fijada en la sentencia (una suma alzada).

46.- Otros conceptos que incrementan o que se añaden a la indemnización. Intereses, reajustes (indexación) y costas.

Al momento de regular la indemnización, tanto el juzgador en su sentencia, como las partes, cuando discuten los términos de una transacción, tienen que situarse en algún momento determinado en el tiempo para evaluar los daños, siendo varias las alternativas que pueden darse, las que acarrear modalidades diferentes de cálculo.

Resulta evidente que en ese momento, tanto el juez que avalúa o determina los perjuicios materiales en la sentencia, o las partes, cuando acuerdan el monto a pagar en una transacción, deben determinar en qué momento se sitúa el cálculo de la indemnización, momento que puede ser el tiempo presente (de la sentencia o de la transacción), u otras alternativas, sea en el pasado, como el de la comisión del hecho ilícito, el de realización efectiva del daño (si éste se ha materializado con posterioridad), el de la fecha del reclamo, o el de interposición de la demanda por el perjudicado, o también en una época futura, en éste caso, cuando se espera que se verifique un daño futuro¹²⁹.

Otras alternativas pueden ser, el momento en que se dicta sentencia de primera o segunda instancia, el momento en que la sentencia queda ejecutoriada, o aquel en que se liquida el crédito.

Todas estas son alternativas válidas, pero cabe reflexionar acerca de cuál es la más apropiada en derecho. En este punto nosotros estimamos que las partes que discuten los términos de una transacción son libres para acordar lo que les parezca más adecuado, pero el Juez, al determinar la indemnización que regule, debe situarse en el momento en que se consuma el ilícito que es causa tanto de los daños como de la responsabilidad, toda vez que ese es el punto que marca la partida de evaluación

¹²⁹ Esto se da cuando a una persona gravemente lesionada, requiera de una serie de operaciones futuras.

de los daños que deben indemnizarse y permite determinar tanto el daño presente como proyectar el daño moral o el futuro.

En todo caso, el punto que tratamos en este apartado tiene especial trascendencia para los efectos de apreciar el aludido daño futuro, como también los intereses y los reajustes (indexación) que deben aplicarse a la suma regulada como indemnización.

En cuanto a los intereses, estos no son otra cosa que la reparación pecuniaria que procede como consecuencia de que una persona ha sido privada de un derecho o de un interés que el ordenamiento normativo legitima, pero que se retrasa en ingresar a su patrimonio a raíz de la duración del juicio. En cuanto a los reajustes (o indexación), estos no representan sino la actualización de una suma de dinero cuando su poder adquisitivo se deteriora por causa de la inflación, de modo que deben ser aplicados, o a partir del momento usado para regular la indemnización o, a lo menos, a partir de la notificación de la demanda, en este último caso, en Chile, por aplicación de la norma del Art 1551 del Código Civil¹³⁰.

Además del daño futuro, que es aquél que se tiene presente hoy pero ocurrirá en el futuro, se puede dar también lo que se ha llamado “variación intrínseca del daño material”¹³¹, concepto que alude al aumento o disminución del daño originalmente considerado por la víctima, por eventos no previstos que puedan acaecer en el futuro. Este es el caso, por ejemplo, de una persona herida en un accidente que muere por complicaciones posteriores derivadas de las lesiones recibidas en el hecho ilícito o, al contrario, el caso de quien parecía inválido definitivamente que consigue superar su disfunción con posterioridad.

En el derecho chileno no es esta una cuestión pacífica, habiendo quienes sostienen que en estos casos es posible que el afectado reclame el pago de los perjuicios ulteriores no cobrados en la demanda pero que son consecuencia de los hechos que ocasionaron la responsabilidad, sobre la base de argumentar que se tratan, en realidad, de nuevos perjuicios. Otros autores opinan, en cambio, que procesalmente no se puede reclamar estos perjuicios después que precluye la oportunidad que la ley ha contemplado para introducirle variaciones a la demanda, porque, razonan, la cosa pedida es la misma, entendiéndose por tal el beneficio jurídico que se reclama en el nuevo juicio -perjuicios- que sería lo mismo que se demandó en el juicio anterior.

¹³⁰ No obstante, en muchos casos, erróneamente en nuestro concepto, los tribunales fijan la aplicación de los intereses y reajustes a partir de “la fecha de que la sentencia quede ejecutoriada”, a pesar de haberse calculado la indemnización al momento de la perpetración del hecho que origina la responsabilidad.

¹³¹ José Luis Diez Schwerter, ob.cit., páginas 184 y 185.

Por último, resta referirnos al tema de la procedencia de incluir en la condena, el pago de las costas procesales y personales, es decir los gastos del juicio y los honorarios de los abogados que atendieron a la parte demandante -el tercero perjudicado- en el juicio en que se ventiló la responsabilidad.

En este punto hay gran variedad de posiciones en los distintos sistemas jurídicos. En algunos sistemas legales condenar al vencido al pago de las costas es obligatorio; en otros es facultativo para el juez; en otros el juez puede liberar al litigante perdedor si a su juicio éste tuvo motivos “plausibles” para litigar, y por último, en otras jurisdicciones, simplemente tal condena no procede, por manera tal que en estas últimas se favorece la existencia de pactos de *cuota litis* entre los demandantes y los abogados que los representan.

En el caso que siendo admisibles, el tribunal acoga la demanda con costas, el asegurado es obligado a pagarlas. El problema se presenta solo en el caso de que el monto asegurado no alcance para pagar los perjuicios más las costas, porque en principio, de acuerdo a la regla general, la responsabilidad del asegurador está limitada por el monto del seguro contratado, salvo las siguientes excepciones:

a) que se haya pactado que las costas serán objeto de una cobertura adicional al seguro que cubre la responsabilidad, lo que suele no ocurrir; y

b) si el déficit se produjo como consecuencia de haberse opuesto el asegurador anteriormente, a un avenimiento o transacción por una suma para pagar la cual la cantidad asegurada era suficiente.

En el ámbito del derecho inglés, la sección 51 del Auto Acordado de la Suprema Corte del año 1981, confiere discreción absoluta a las cortes para condenar al pago de las costas y la House Of Lords ha sostenido que, en circunstancias excepcionales, puede condenarse en costas a una persona que no es parte en un procedimiento legal, pero que está relacionada muy cercanamente con él, lo que en la situación que analizamos, puede traducirse en que se condene en costas al propio asegurador, que en dicho caso tendrá que asumirlas de su propio peculio. Todo lo anterior, siempre que, de acuerdo a un fallo de la Corte de Apelaciones en el caso *TGA Chapman Ltd v. Christopher*, se satisfagan las siguientes condiciones:

1º Los aseguradores han tomado la decisión de defender el reclamo.

2º La defensa del reclamo ha sido fundada por los aseguradores

3º Los aseguradores han dirigido el litigio.

4º Los aseguradores han controvertido el reclamo exclusivamente para defender sus propios intereses;

5º La defensa ha fracasado en su integridad.

Se hizo resaltar en el fallo, que si la defensa hubiese tenido éxito, los aseguradores habrían recobrado sus costas de la tercera parte de tal modo que la reciprocidad era adecuada. La Corte de Apelaciones, por esta razón, no tomó en cuenta el argumento de que una condena en costas contra los aseguradores los

exponía a un nivel agregado de responsabilidad, más allá que el especificado en la póliza¹³².

Oswaldo Contreras Strauch
Santiago, abril de 2012

ÍNDICE

LOS DAÑOS INDEMNIZABLES EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Introducción

I.- La responsabilidad civil y el seguro que la cubre.

1.- Consideraciones generales

¹³² Vid. Merkin, ob. Cit., pág. 702

- 2.- Evolución histórica de la responsabilidad en el derecho privado de raigambre romanista o “continental”.
- 3.- Características y tendencias actuales de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho civil romanista.
- 4.- La responsabilidad civil en los sistemas legales basados en el “common law”.

II.-Determinación extrajudicial de la indemnización en el seguro de responsabilidad civil

- 5.- La responsabilidad civil que origina un reclamo de indemnización constitutivo de un siniestro, examinada desde la perspectiva del seguro que la cubre.
- 6.- La liquidación o ajuste del siniestro. Papel del liquidador o ajustador en este tipo de seguro.
- 7.- Sobre la aplicación de las reglas sobre infraseguro.
- 8.- Interpretación del contrato de seguro. Reglas aplicables.
- 9.- Negociaciones con el tercero previas al juicio.
- 10.- Necesidad del beneplácito del asegurador y del asegurado para llegar a una transacción extrajudicial con el tercero perjudicado.
- 11.- Transacción del asegurado con el tercero, implementada mediante el endoso o transferencia de la póliza.
- 12.- Efectos de la negativa injustificada de una u otra parte a transar con el tercero.

III.-Determinación judicial de la indemnización.

- 13.- Preámbulo. Surgimiento del deber de indemnización.
- 14.- La defensa jurídica del asegurado. Deberes y obligaciones de éste y posición del asegurador.
- 15.- Ejercicio y conducción de la defensa judicial del caso.
- 16.- Existencia de una cobertura adicional de defensa jurídica.
- 17.- Facultad del asegurador para ejercer la defensa del asegurado. Colaboración que debe prestarle el asegurado.

- 18.- Examen de la posibilidad que el asegurador pague la indemnización al propio asegurado
- 19.- Alternativa de que el asegurador ponga a disposición del asegurado o del tercero los fondos del seguro.
- 20.- Transacción judicial
- 21.- Posibilidad de que el asegurador pueda oponer contra la demanda del tercero perjudicado, excepciones propias del contrato de seguro.
- 22.- Justificación y prueba de los daños que se reclaman. Amplitud de las facultades del tribunal para fijar la indemnización.

IV.- Daños o perjuicios indemnizables.

- 23.- Exposición general
- 24.- Concepto de daño
- 25.- Daños directos e indirectos
- 26.- Daños previstos (o previsibles) e imprevistos (o imprevisibles).
- 27.- Daños materiales o morales. Los daños “físicos”.
- 28.- Daño emergente y lucro cesante
- 29.- Los “daños punitivos”.
- 30.- Indemnizaciones compensatorias y moratorias
- 31.- La indemnización de daños en el sistema de derecho del common law.
- 32.- Daños indemnizables en la esfera del seguro de responsabilidad civil.
- 33.- Determinación legal de límites máximos o del monto preciso de los daños.
- 34.- Cobertura de gastos de prevención y de las costas del juicio en la póliza de seguro de responsabilidad civil.

V.- Pago de la indemnización

- 35.- El nacimiento de la deuda. Distinción entre el nacimiento de la responsabilidad y el nacimiento de la obligación de pagar la indemnización correspondiente.

- 36.- La forma del pago de la indemnización. Pago en dinero, reparación, reconstrucción. Otras formas.
- 37.- Forma del pago de la indemnización en cuanto a su oportunidad.
- 38.- Destinatario o receptor del pago.
- 39.- Otros conceptos que incrementan o ~~que~~ se añaden a la indemnización: intereses, reajustes (indexación) y costas.

Bibliografía

- 1.- Alpa Guido, Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil, Editorial Jurista Editores, Perú, 2000.
- 2.- American Re-Insurance Company Chile, Re-Capacitando, Chile, 1994.
- 3.- Araya Fernando, La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2003.
- 4.- Banfi Cristian, La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2003.
- 5.- Bigot Jean, Langé Daniel, Traite Droit Des Assurances, La Distribution de L'Assurance, Libraire Generale de Droit et Jurisprudence LDGJ, Francia, 1999.
- 6.- Bigot Jean, Langé Daniel, Traite Droit Des Assurances, Le Contrat D'Assurance, Editorial Libraire Generale de Droit et Jurisprudence LDGJ, Francia, 2002.
- 7.- Bonasi Benucci Eduardo, La Responsabilidad Civil, Editorial Jose María Bosch, España, 1958.
- 8.- Campbell Black Henry, Black's Law Dictionary, 20a. Edición, Editorial St. Paul Minn. West Publishing Co., USA, 1990.
- 9.- Cassano Giuseppe, La Responsabilita Civile, Editorial Giufre Editore, Italia, 2012.
- 10.- "Clerk and Lindsell on Torts", Consultant Editors, Prof. Anthony Dugdale and Prof. Michael Jones, 19th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- 11.- Contreras Strauch Osvaldo, Derecho de Seguros, Editorial Imprenta Camilo Henríquez, Chile, 1982.
- 12.- Contreras Strauch Osvaldo, Jurisprudencia sobre Seguros, Recopilación y Análisis Tomos I, II y III, Editorial Jurídica, Chile, 1999.
- 13.- Contreras Strauch Osvaldo, El Contrato de Seguros, Editorial La Ley, Chile, 2002.
- 14.- Chartered Insurance Institute, Seguro de Responsabilidad Civil/Curso de Seguros, Editorial Mapfre, España, 1979.

- 15.- Chartered Insurance Institute, Aspectos Legales y Económicos del Seguro, Editorial Mapfre, España, 1973.
- 16.- Chaumet Francis, Seguro de Responsabilidad Civil de Productos, Editorial Mapfre, España, 1979.
- 17.- De Cupis Adriano, El Daño, Editorial Bosch, España, 1975.
- 18.- De Estrobel Danielle, Teoría e Practica del Diritto, L'Assicurazione Di Responsabilita, Editorial Giufre Editore, Italia, 1998.
- 19.- Del Pozo Juan Ramón, Diccionario Bilingüe de Expresiones y Términos de Seguro, Editorial Mapfre, España, 2006.
- 20.- De la Maza Iñigo, Responsabilidad Civil - Casos Prácticos, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2006.
- 21.- Diez-Picazo y Ponce de León Luis, Derecho de Daños Editorial Civitas, España, 1999.
- 22.- Donati Antigono, Los Seguros Privados, Manual de Derecho, Editorial Bosch, España, 1960.
- 23.- Eliasshberg Constant, Risques et Assurances de Responsabilité Civile, Editorial L'argus, Francia, 2006.
- 24.- Favre Rochex Andre, Courtieu Guy, Le Droit du Contrat D'Assurance Terrestre, Editorial Librairie Generale, Francia, 1998.
- 25.- FIDES, Temas Varios de Seguros, Editorial Fasesolda, Colombia, 1989.
- 26.- Garrigues Joaquín, Contrato de Seguro Terrestre, Imprenta Aguirre, España, 1982.
- 27.- Ghestin Jacques, Traite de Droit Civil-Las Condition s de la Responsabilite, Editorial Libraire Generale de Droit et Jurisprudence LDGJ, Francia, 1999.
- 28.- Ghestin Jacques, Traite de Droit Civil-Introduction a la Responsabilite, Editorial Libraire Generale de Droit et Jurisprudence LDGJ, Francia, 1995.
- 29.- Greene Mark R., Riesgo y Seguro, Editorial Mapfre S.A., España, 1979.
- 30.- Groutel Hubert, Traité du Contrat D'assurance Terrestre, Editorial Lexis Nexis, Francia, 2008.
- 31.- Halperin Isaac, Morandi Juan Carlos Felix, Seguros Tomos I-II, Editorial Depalma, Argentina, 1991.
- 32.- Jaramillo Carlos I., Responsabilidad Civil Médica, Editorial Fundación Cultural Javeriana, Colombia, 2008.
- 33.- Klar Lewis N., Tort Law, Editorial Carswell, Canadá, 1996.
- 34.- Kullman Jerome (Varios autores - Edición a cargo de), Lamy Assurances / Contrat d'assurance, Editorial Walters Kluwers, Francia, 2010.
- 35.- Lambert-Faive Ivonne, Droit des Assurances, Editorial Dalloz, Francia, 1998.
- 36.- Larroumet Christian, Responsabilidad Contractual Algunos temas Modernos, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- 37.- La Torre Antonio (Varios autores - Edición a cargo de), Le Assicurazioni, Giuffre Editore, Italia, 2000.

- 38.- Legh-Jones Nicholas, *Mac Gillivray on Insurance Law*, Editorial Sweet & Maxwell, Inglaterra, 2008.
- 39.- Le Tourneau Phillippe, *Droit de la Responsabilite et des Contrats*, Dalloz, Paris, 2004.
- 40.- López Herrera Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2006.
- 41.- Mayanaz Lourie Sofía, *Seguro de Responsabilidad Civil*, Talleres Gráficos, Chile, 1938.
- 42.- Mazeaud León & Tunc Andre, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Tomos I, II, III, IV, V y VI*, Ediciones Jurídicas Europa, Argentina, 1957.
- 43.- Merkin LLM Robert M, *Insurance Contract Law Tomos I - II*, Editorial Kluwer, Inglaterra, 1989.
- 44.- Merkin LLM Robert M, *Reinsurance Law Tomos I - II*, Editorial Kluwer, Inglaterra, 1991.
- 45.- Merkin LLM Robert M, *Colinvaux's Law of Insurance*, Editorial Sweet & Maxwell, Inglaterra, 2006.
- 46.- Meza Barros Ramón, *La Responsabilidad Civil*, Editorial Edeval, Chile, 1980.
- 47.- Ossa G. J. Efrén, *Teoría General del Seguro, El Contrato*, Editorial Temis, Colombia, 1991.
- 48.- Peran Juan, *La Responsabilidad Civil y su Seguro*, Editorial Tecnos, España, 1998.
- 49.- Picard Maurice, Besson André, *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, Editorial Libraire General de Droit et Jurisprudence LGDJ, Francia, 1950.
- 50.- Pizarro Ramón Daniel, *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de la Cosa*, Editorial Buenos Aires, Argentina, 1983.
- 51.- Prosser, Wade y Schwartz, *Cases and Materials on Torts*, Editorial The Foundation Press, USA, 1988.
- 52.- Ramos René, *De la Responsabilidad Contractual*, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2006.
- 53.- Reglero Campos Fernando, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, España, 2002.
- 54.- Rodríguez Grez Pablo, *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica, Chile, 1999.
- 55.- Rodríguez LL. Sonia, *Régimen de la Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, Editorial Aranzadi, España, 2002
- 56.- Sánchez Calero Fernando y otros, *Ley de Contrato de Seguro*, 3ª Edición, Editorial Aranzadi, España, 2010.
- 57.- Signorino Barbat Andrea, *Los Seguros de Responsabilidad Civil*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2011.

- 58.- Sole Feliu Josep, El Concepto de Defecto del Producto en la Responsabilidad Civil del Fabricante, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 1997.
- 59.- Stiglitz Rubén, Seguros y Responsabilidad Civil/El Siniestro, Editorial Astrea, Argentina, 1980.
- 60.- Stiglitz Rubén, Seguro contra la Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1994.
- 61.- Stiglitz Rubén, Derecho de Seguros Tomo I, II y III, Editorial La Ley, Argentina, 2004.
- 62.- Tapia Suárez Orlando, De la Responsabilidad Civil en general y la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2006.
- 63.- Trigo Felix y López Meza Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil - Tomos I, II, III y IV Editorial La Ley, Argentina, 2004.
- 64.- Viterbo Camilo, El Seguro de Responsabilidad Civil, Editorial Depalma, Argentina, 1944.
- 65.- Yzquierdo Tolsada Mariano, Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Editorial Dickinson, España, 2001.
- 66.- Zelaya Etchegaray Pedro, La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por sus Dependientes, Editorial Aranzadi, España, 1995.