

Nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil

Angel Cruchaga Gandarillas

Profesor Titular de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Antes de comenzar nuestro análisis jurisprudencial, permítanme hacer una breve síntesis de la señalada evolución que tuvo la responsabilidad.

Siguiendo a HENRI MAZEAUD, en el principio de los tiempos, esto es, cuando el derecho no tenía mayor influencia en el comportamiento del hombre, LA VENGANZA era la respuesta al mal causado, tanto es así que en la propia Biblia hay mención expresa a la VENGANZA.

Gonzalo Yusef Quiros, en su libro *Fundamentos de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Objetiva*, trae a colación aquel párrafo bíblico en que LAMEC dice: **“Si CAIN ha de ser vengado siete veces, LAMEC ha de serlo setenta veces”** (Génesis, 4. 23-24).

Por su parte el Código de Hammurabi, texto que se cree surgió entre los años 1790 y 1750 antes de Cristo, en su ley 230 establece: **“que si un arquitecto construye mal una casa y a raíz de esto esa casa se desploma y mata al hijo del dueño del inmueble, se debe matar al hijo del arquitecto”**.

Siguiendo nuevamente a Yusef Quiros, y volvemos nuevamente a la Biblia, encontraremos un principio importante en Deuteronomio (24.16). Aquí se señala: **“No se matará a los padres por la culpa de sus hijos, ni a los hijos por la de sus padres. Cada cual pagará por su pecado”**.

Este mandato bíblico, en opinión del autor citado, consagra el principio de culpa individual. Sin desconocer aquello, personalmente, veo un problema que marcó por siglos el tema de la responsabilidad. Se asoció la culpa al pecado, y consiguientemente ésta entró en una nebulosa teológica.

Junto a lo anterior, o tal vez motivado por lo anterior, como dice el profesor peruano Fernando de Trazegnies Granda en el prólogo del libro *Estudios Sobre*

Responsabilidad Civil, en aquella época el punto de partida de toda reparación por daños era la necesidad de sanción y lo que se sancionaba era el pecado: PECADO E INJUSTICIA no eran claramente distinguibles. Por principio, toda injusticia era un pecado.

Así se mantuvo la vida por siglos, pero con una agravante adicional: un tremendo fatalismo.

El profesor Trazegnies, ya mencionado, refiriéndose a este punto pone el siguiente ejemplo: **“Un peatón cruza la calle para encontrarse con su mujer que lo espera en la vereda de enfrente. De pronto, aparece un vehículo y lo atropella. Ese hombre queda inhabilitado físicamente por mucho tiempo (quizá por el resto de su vida), se encuentra obligado a realizar gastos no previstos por sumas muy elevadas para su curación y tratamiento, pierde ingresos para mantener a su familia por un buen tiempo. Más allá de la culpa del conductor del automóvil –siempre tan subjetiva, siempre tan sujeta a perspectivas, siempre tan difícil de probar– ¿alguien debe ayudarlo a aliviar su situación? ¿O es que debemos pensar que se trata de un hecho de DIOS (*act of God*), y que en ese caso sólo DIOS es responsable, sólo ÉL sabe por qué ha infligido ese daño y sólo ÉL puede aliviarlo si el alivio entra dentro de los designios divinos? O, para quien no es creyente, ¿podría pensarse que se trata del azar, del infortunio, y que, en consecuencia, cada persona soporta su propia mala suerte sin que a nadie se le pueda obligar a responder por el azar?**

Georges Ripert sostuvo que el hombre contemporáneo abandonó el fatalismo que lo caracterizó hasta fines del siglo XIX; cambió de mentalidad y a raíz de ello comenzó el auge de la responsabilidad civil **“Allí donde ayer se soportaba el daño causado inclinándose ante el azar fortuito, se busca hoy al autor del daño”**.

Para ir acotando el tema a lo que interesa, recordemos que la responsabilidad civil, si bien es una sola, tiene dos vertientes:

La primera, la responsabilidad contractual.

Siguiendo la doctrina más clásica del derecho civil chileno, esta responsabilidad es **la 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.**

La segunda, la responsabilidad extracontractual.

Nuevamente, siguiendo la misma doctrina clásica, es **la que proviene de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria a la persona o propiedad de otro.**

Esta clasificación que tan fácilmente planteamos, en la práctica, a veces, resulta muy difícil de hacer, por cuanto es evidente que una y otra responsabilidad tienen elementos comunes. Grande es el problema del denominado cúmulo u opción de responsabilidades

Así planteadas las cosas, la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente. En cambio, la responsabilidad extracontractual, al decir de los autores modernos, entre ellos el mencionado profesor Tragzenies, es el **auxilio del derecho allí donde no hay derecho. La responsabilidad civil cubre un vacío jurídico, pero un vacío tan grande que comprende la mayor parte de nuestros actos, la mayor parte de nuestra vida cotidiana. Notemos que la responsabilidad extracontractual se aplica para remediar una situación que se produce ahí donde no existía ninguna norma específica previa, ni legal ni contractual. Hay un daño. Pero no hay ningún contrato previo entre causante y víctima del daño.**

Sin embargo de dónde provenga la responsabilidad civil, tiene un denominador común, que es la necesidad de reparar los perjuicios causados.

Planteado lo anterior, me quiero detener para analizar alguna jurisprudencia de la Corte Suprema.

Hemos visto que el primer elemento común en la responsabilidad civil es el daño. ¿Que ha dicho la Corte Suprema sobre éste?

A. En relación al concepto de daño

Sobre este punto debo decirles que la jurisprudencia no es fecunda. Da la impresión que el antiguo concepto de daño, acuñado bajo la influencia de don Arturo Alessandri se mantiene intacto. Pocos son los fallos que vuelven sobre la materia, y lo hacen es para reiterar lo ya conocido.

Les cito el primer fallo:

En los autos ingreso 3.070-06 la Primera Sala de la Corte Suprema, en fallo redactado por el ministro señor Sergio Muñoz Gajardo y que tiene fecha **15 de enero de 2008**, en su considerando DECIMOCUARTO expresa en su parte

pertinente: “...la voz daño que emplea la disposición (se refiere al artículo 1556 del Código Civil), y que no se encuentra definida en la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales, y porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean los materiales”.

B. Alcance del concepto “daño”

En fallo de fecha 25 de marzo de 2008 y que corresponde al recurso Ingreso 2076-2006 la Primera Sala, integrada por los ministros señor Sergio Muñoz, señora Margarita Herreros, señor Juan Araya y por los abogados integrantes señores Oscar Herrera y Rafael Gómez, la Corte Suprema señaló:

“ Que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1556 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Agrega el inciso 2º de la misma norma que se exceptúan los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

“Según aparece del tenor literal del precepto, por regla general ambos tipos de perjuicios son indemnizables, y sea que se trate de daño emergente o lucro cesante y conforme es opinión unánime en la doctrina, para que el daño dé lugar a la reparación debe, en primer término... ser cierto.

C. Concepto de certidumbre del daño

El mismo fallo analizado señala en el considerando OCTAVO: “La exigencia que el daño, para resultar reparable por la vía de indemnización, sea cierto, quiere significar que debe ser real o efectivo, esto es, tener existencia. La afirmación importa rechazar la indemnización del daño eventual o meramente hipotético, es decir, aquel que no se sabe si va a ocurrir o no. Sin perjuicio de lo anterior, que el daño sea cierto no excluye la posibilidad de indemnización del daño futuro, esto es, del que no ha sucedido aún, con tal que no quepa duda que va a ocurrir. El lucro cesante es, precisamente, siempre un daño futuro, por ello sólo será indemnizable en tanto cumpla con la condición de ser cierto”.

Agrega a continuación: “Que en el caso de autos no se trata de dilucidar si la

demandante tiene o no derecho a la reparación por lucro cesante, cuestión que es evidente, y no puede negarse al tenor del artículo 1556 más arriba transcrito, sino a la disyuntiva de decidir si los daños cuya indemnización reclama son constitutivos de lucro cesante, en los términos precisados en el considerando anterior”.

Y finaliza señalando: **“La indeterminación a que se refiere el fallo impugnado elimina la certidumbre que se exige a todo daño para que pueda ser indemnizado y, por ello, no permite afirmar que el perjuicio, en tanto lucro cesante, ha sido real y efectivo, esto es, haya tenido existencia, de manera tal que malamente pudo haberse regulado tal indemnización por tal concepto”.**

Este último razonamiento es delicado, por cuanto lo debatido era la indemnización por lucro cesante que la demandante exigía por las utilidades que había dejado de percibir durante un período, es decir, la Corte Suprema estima que las utilidades por ser inciertas no caben dentro del concepto de lucro cesante.

D. Concepto de daño moral

Al igual que lo sucedido con el simple concepto de daño, la jurisprudencia no abunda en definiciones del daño moral. Da la sensación que el más alto tribunal se da por satisfecho con el antiguo y conocido concepto dado también por don Arturo Alessandri, y, tal vez, está segura que el daño moral es un término que todo el mundo entiende.

A pesar de ello, analizando muchísimos fallos de la Corte Suprema he encontrado los elementos esenciales de este concepto: por ejemplo, en fallo dictado por la Tercera Sala con fecha **14 de octubre de 2008**, los sentenciadores, haciendo suyo el análisis del juez a quo, se refieren al daño moral como **“los trastornos en la psiquis, el dolor, la aflicción y pesar físicos padecidos por los demandantes a consecuencia del resultado dañoso ocasionado” (Ingreso Corte 6562-2006, ministros señores Carreño; Pierry; señora Araneda y señor Brito; abogado integrante señor Jacob).**

Es decir, los viejos conceptos de dolor, aflicción y sufrimiento psíquico continúan plenamente vigentes. Sin embargo, es posible que a futuro dicha idea sea revisada si se tiene presente que el legislador, en un intento para acotar el concepto del daño moral, estableció en el artículo 41 de la Ley N° 19.966 o Ley del AUGE, de fecha 3 de septiembre de 2003:

“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez consi-

derando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producirse aquellos”.

En esta norma ya no se habla de sufrimiento, tristeza o aflicción, sino de cambio de las condiciones de existencia del afectado. Es cierto que dicha norma esta referida a la situación médica o de salud, pero a lo mejor podría trabajarse un poco más.

E. Valoración del daño moral

Sobre el particular les hago presente que el mismo fallo analizado señala en su considerando OCTAVO, y en la parte pertinente: “...la dificultad que presenta cuantificar el dolor provocado por un hecho de las características del que se trata en autos para traducirlo en una compensación monetaria, frente a lo cual no queda otro camino que dejar a la prudencia de los jueces del fondo la regulación de esa clase de resarcimiento, quienes deducirán los efectos producidos por el hecho causante del agravio en la persona afectada de los antecedentes o circunstancias conocidos que obren en el proceso...”.

F. Necesidad de prueba del daño moral

Esta es una materia compleja. Sin embargo, del estudio de muchos fallos de la Corte Suprema creo que se puede concluir en lo siguiente.

a) tratándose de daños morales provenientes de un delito o cuasidelito penal, la prueba es prácticamente innecesaria. Así por ejemplo la Corte Suprema sostuvo en fallo de fecha **11 de junio de 2008, causa Ingreso 1393-2007**, lo siguiente:

Considerando 14º. “Que la muerte de la madre de la actora en las circunstancias antes descritas, provocada por la actuación del conductor del bus en que viajaba, desde luego ocasiona en ésta un sufrimiento, teniéndose presente que en este caso además doña Aída Sánchez vivía con ella, según lo declaró la testigo Miriam Silva Reyes a fojas 102, motivo por el cual se

accederá a la indemnización demandada por doña Clelia Maldini por el daño moral que le provocó este deceso, el que se regulará prudencialmente por este tribunal en la suma de \$ 40.000.000 (cuarenta millones de pesos)".

Luego, en el considerando 16° del mismo fallo agregó la Corte Suprema: **"Que el dolor que les provoca naturalmente a los padres de un menor de tan solo tres años de edad que éste resulte con las heridas antes descritas, desde luego es innegable, dolor que en este caso se acreditó además con los testimonios antes indicados"**.

De este último considerando destaco los vocablos "naturalmente" e "innegable". Dichas voces apuntan a la innecesaria prueba del daño moral en casos como el planteado.

b) daños morales en responsabilidad contractual y extracontractual (netamente civiles).

En estos casos se exige la prueba del daño, quedando sólo al criterio del tribunal fijar el monto de la indemnización. Sobre este punto cito dos fallos de la Corte Suprema.

1) Sentencia de fecha 27 de octubre de 2008 dictada por la Tercera Sala y redactada por el ministro señor Pierry. Este es un fallo interesante, porque se trata de una demanda en contra de un abogado y de la Corporación en la que trabaja o trabajaba, al cual se le pasaron algunos plazos y el tribunal que tramitaba la causa laboral declaró abandonado el proceso. A raíz de esto el trabajador patrocinado por la Corporación la demandó por los perjuicios sufridos por la mala defensa. Dicha demanda fue rechazada, porque los sentenciadores estimaron que la expectativa del demandante consistente en ganar el juicio laboral era un evento incierto, por lo cual el daño alegado no reunía los requisitos básicos para demandar su reparación.

La sentencia de la Corte Suprema, en relación con la necesidad de prueba del daño moral, señala en su considerando UNDECIMO: **"Que, en efecto, la presunción de culpa a que se refiere el actor (se refería al artículo 2320 del Código Civil) no lo exime de la obligación de acreditar la existencia y monto de los daños demandados, lo que, tal como se estableció en la sentencia recurrida, no ha ocurrido en la especie"**.

2) Fallo de fecha **15 de enero de 2008**. Dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema, que en su considerando DECIMOQUINTO, en su parte pertinente, expresa: **"Que, de lo expuesto precedentemente se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obliga al responsable a indemnizar tanto el daño emergente, como el lucro cesante"**

y, asimismo, el daño moral... Para luego rematar... Sin embargo, en el caso *sub judice* procede tener en consideración... **“del mérito de los antecedentes aparece que tal resarcimiento tampoco resulta procedente por no haberse acreditado en el proceso la existencia de aquel perjuicio pretendido por el actor, esto es, haberse verificado, como consecuencia del actuar del demandado, algún daño moral...”**.

F. Cómo se prueba el daño moral

Si bien los distintos fallos de la Corte Suprema no indican en forma directa cómo se prueba el daño moral, del contexto de todos ellos se puede concluir que, atendida la particular naturaleza de esta figura, el medio de prueba idóneo por excelencia es el previsto por el artículo 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil, es decir, **“presunciones”**.

En fallo de fecha 14 de octubre de 2008, la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló:

Considerando Decimoséptimo: **“Que la casación en el fondo del Fisco de Chile se construye a partir de la premisa de estimar que no se probó la existencia y naturaleza del daño o perjuicio moral o que, en todo caso, este ha sido inferido de antecedentes que no permiten sustentarlo.**

Sin embargo, hay que señalar que en el considerando vigésimo noveno de la sentencia de primera instancia, confirmada por el fallo recurrido, se concluyó lo siguiente: **“que en el caso de autos, el daño moral reclamado por la actora, sus hermanas y su padre, representados por la primera, con el merito de los documentos acompañados desde fojas 93 a 99, 103 a 111, 123 a 132, declaraciones de la médico siquiatra Claudia Fernández Alarcón, de fojas 143 vta. A 144 vta, se encuentra probado, a juicio de este sentenciador, los trastornos en la psiquis, el dolor, la aflicción y pesar físico padecidos por los demandantes a consecuencia del resultado ocasionado”**.

Por lo tanto, señala la Corte Suprema, **“la existencia de aquel daño constituye un hecho efectivo que ha fijado la sentencia sobre la base de la prueba instrumental y testimonial singularizadas en el fundamento que se ha transcrito, DE LAS QUE ES POSIBLE OBTENER PRESUNCIONES JUDICIALES QUE REUNEN LAS CONDICIONES DE MULTIPLICIDAD, GRAVEDAD, PRECISIÓN Y CONCORDANCIA SUFICIENTES COMO PARA, DE ACUERDO A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 426 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y 1712 DEL CODIGO CIVIL, CONCLUIR DE LA FORMA QUE LO HAN HECHO LOS SENTENCIADORES RECURRIDOS”**.

G. Procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual

Este es un tema que ha evolucionado con el tiempo. En efecto, tal como se sostiene en varios fallos, la jurisprudencia de la Corte Suprema, influenciada por el prestigio de don Arturo Alessandri, negó sistemáticamente la procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual. Si se revisan los fallos desde los inicios del siglo veinte hasta casi su finalización, años 1994 y 1995, encontrarán que todas las demandas por este concepto fueron rechazadas. Fue la obra de don Roberto Dávila y de don Adolfo Bañados que dio cabida a la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual.

¿Qué ha pasado hoy día? La Corte Suprema ha acogido la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual en forma reiterada. Debe recordarse, sí, que todos los fallos en ese sentido tenían el voto en contra del ministro Jorge Rodríguez Ariztía, quien nunca aceptó tal posición jurídica.

Sobre esta materia les puedo señalar los siguientes fallos que acogen la reparación del daño moral en materia contractual:

1. fallo de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, ambos publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 91, sección primera, página 100 y tomo 94, sección tercera, página 94;
2. en particular, los fallos de la Primera Sala de fechas 5 de noviembre de 2001; 3 de septiembre de 2002, 28 de noviembre de 2006; 11 de abril, 3 de julio, 28 de agosto y 24 de septiembre, todos del año 2007, que representan la línea jurisprudencial en esta materia.

H. Fundamentos jurídicos que explican la procedencia de la reparación del daño moral en materia contractual

En fallo de fecha 15 de enero de 2008, recaído en el recurso 3.070-06, fallo redactado por el Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, se hace un extenso análisis sobre la materia.

Allí se señala en el considerando DECIMOCUARTO: "...pone de relieve un tema que por largo tiempo no fue objeto de preocupación en nuestro derecho, en razón de que siempre se consideró que el daño moral proveniente de incumplimiento contractual no era resarcible, postura que a partir de tiempos modernos presenta cambios, vacilantes al comienzo, pero que actualmente

tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando”.

Agrega a continuación: “Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral se pueden resumir en las siguientes argumentaciones:

a) Aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil. En síntesis, este argumento señala que el artículo referido, si bien no menciona al daño moral, tampoco lo restringe ni prohíbe.

b) Nueva doctrina jurisprudencial. Al efecto cita como referente el fallo de la Corte Suprema de fecha 20 de octubre de 1994, decisión que se unió a los fallos de fecha 3 de julio de 1951 y de fecha 14 de abril de 1954.

c) El legislador acepta el daño moral fuera del ámbito de los delitos y cuasi-delitos. Cita como ejemplo los artículos 544 en relación con el artículo 539 y el 1544 del Código Civil.

d) Concepción de daño emergente. Dicho concepto comprende no solo el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral.

e) Aceptación por la doctrina.

f) Igualdad ante la ley. Aparte de citar cierta doctrina, el fallo redactado por el ministro señor Muñoz Gajardo señala: “...nuestro Estado ha establecido que es una República democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante la ley, como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de diferencias arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19 N° 7 letra i) no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso cuarto, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado... Agrega luego: “Estas premisas, además del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, impone, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado.

g) Finalmente, el fallo analizado sostiene que, si en materia extracontractual se establece que se “indemniza todo daño”, según reza el artículo 2329, al igual que en la responsabilidad contractual en el evento que se impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de todos los perjuicios. De

esta manera, finaliza el razonamiento, “el daño moral se encontraría excluido únicamente en sede contractual cuando la ley exija culpa leve o levísima para justificar la responsabilidad de la parte incumplidora”.

Ahora, establecido lo anterior, esto es, ya sabemos de dónde surge la responsabilidad, pero ¿cómo fundamentamos la obligación de reparación?

Como lo sostiene la doctrina, para fundamentar la obligación de reparación se han formulado dos grandes teorías: la clásica de la responsabilidad a base de culpa y la teoría de la responsabilidad objetiva.

Por su parte, en lo que dice relación con la responsabilidad extracontractual, ha sido tradicional considerar que las fuentes de la responsabilidad extracontractual son el delito y el cuasidelito civil, De acuerdo a don Arturo Alessandri, delito es “**el hecho ilícito cometido con la intención de dañar que ha inferido injuria o daño a otra persona**”. Y cuasidelito es: “**el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona**”. Es decir, la diferencia la determina la presencia de dolo o culpa.

Por su parte, la doctrina italiana, si bien distingue entre el dolo y la culpa, habla genéricamente de “culpa”, entendiéndolo por tal “**la voluntad de la lesión del derecho del otro (dolo), o bien como la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglas de conducta, que califican el comportamiento como dañoso, llevado a cabo sin la específica voluntad de dañar a otros**” (Luigi Corsaro, “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”, artículo publicado en la obra titulada *Estudios de la Responsabilidad Civil*, ARA Editores, año 2001, Lima Perú).

La teoría clásica descansa sobre la culpa y la teoría objetiva descansa sobre la base de la creación del riesgo.

¿Cuál es la posición del juez frente al problema?

Si el juez aprecia el caso desde el punto de vista de la teoría clásica, deberá **analizar la conducta** del autor del acto dañoso.

Si el juez aprecia el caso desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, no considerará la conducta dolosa o culpable del sujeto que ha causado el daño, sino que condenará al que creó el riesgo, es decir, condenará a aquel que generó las condiciones necesarias para que el daño se produjera.

Aquí me quiero detener para analizar un conjunto de jurisprudencia recientemente dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia

Ustedes saben que se ha hecho bastante común la interposición de demandas en contra del Estado, o de sus órganos o de las municipalidades, por aquel fenómeno jurídico denominado **FALTA DE SERVICIO**.

1. ¿Qué se entiende por falta de servicio?

La Corte Suprema, Tercera Sala integrada por los ministros señores Héctor Carreño; Pedro Pierry; señora Sonia Araneda, señor Haroldo Brito y abogado integrante señor Rafael Gómez, señalaron en fallo de fecha 27 de agosto de 2008 y que tiene el ingreso N° 1496-2007 :

Considerando DECIMOTERCERO: **“Que resulta conveniente iniciar este análisis por definir que tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 43 del Código Civil, conlleva la constatación de una actividad o carencia de la misma, reprochable. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico; lo que supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber un punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado”.**

2. ¿Cuándo se puede producir falta de servicio?

La Corte Suprema, en el mismo fallo analizado, señaló:

Considerando DECIMOSEXTO: **“Que, en este mismo sentido, uno de los criterios de imputabilidad más evidente de la falta de servicio es el incumplimiento de obligaciones legales; su cumplimiento tardío; o su cumplimiento deficiente. De esta manera, un municipio incurrirá en falta de servicio cuando se haya verificado falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes públicos.**

3. ¿Es objetiva o subjetiva la responsabilidad por falta de servicio?

La Corte Suprema en fallo de fecha 14 de octubre de 2008, ingreso N° 1976-2007 (Tercera Sala, integrada por los ministros señores Héctor Carreño; Pedro

Pierry, señora Sonia Aranedá; señor Haroldo Brito y abogado integrante señor Rafael Gómez), señaló:

Considerando DECIMOCUARTO: **“Que, en efecto, el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla”.**

4. ¿Qué rol juega el artículo 38 de la Constitución Política de la República?

En el mismo fallo analizado la Corte Suprema declaró:

“En este sentido, el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República no constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado, sino tan solo da la posibilidad de ejercer la acción en contra del Estado”.

Visto de esta forma, no puede sino considerarse una norma de competencia.

Finalmente, algunas palabras acerca de la prescripción de la acción civil.

En los últimos meses se ha hecho patente un conflicto importante. Dos Salas de la Corte Suprema han entrado en contradicción. En efecto, la Segunda Sala Penal del máximo tribunal, conociendo causas en que se han ventilado situaciones delictuales ocurridas a partir del 11 de septiembre de 1973, y que en el ámbito de los tribunales se denominan “de derechos humanos”, ha resuelto que la acción civil en estos casos es imprescriptible. Por su parte, la Tercera Sala, conociendo de la misma materia, ha determinado que la acción civil en este tipo de juicios es prescriptible.

a. Tratamiento que el Código Civil da a la materia.

Como es sabido, el artículo 2332 del referido texto legal señala: **“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.**

b. Interpretación que la doctrina da al artículo transcrito, en particular ¿desde cuándo empieza a correr el cuadrienio?

Tal como lo sostiene René Abeliuk en su libro *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*, páginas 196-197, **“...la jurisprudencia y la**

doctrina entendían habitualmente que ella comenzaba a correr desde el instante de la acción u omisión imputable al hechor, aunque el daño se ocasionara posteriormente. De ordinario ambos momentos van a coincidir, pero no ocurre siempre en esta forma”.

Mas adelante el señor Abeliuk señala: “Esta interpretación nos parece inaceptable, pues conduce al absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer...” y fundamenta su opinión señalando: “es requisito de la indemnización la existencia de daño. Antes de que este se produzca, la víctima nada puede demandar, pues no ha sufrido perjuicio. Los hechos ilícitos se definen precisamente como las acciones u omisiones culpables o dolosas que causan daño”. Finaliza expresando: “...Al hablar de perpetración del acto, el Código se está refiriendo a este concepto que incluye el daño”.

c. ¿Desde qué momento comienza a correr el plazo de prescripción según la jurisprudencia?

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en fallo dictado el día veintiocho de octubre de dos mil ocho, ingreso N° 2152-2007, señala sobre el particular:

Considerando UNDECIMO de la sentencia: “Que, consecuentemente, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto...” y en el considerando DUODECIMO finaliza el razonamiento diciendo: “Que, de esta manera, y por no estar controvertido que los hechos que motivaron la demanda deducida en contra del Estado acaecieron en 1974 y que la demanda impetrada ha sido notificada el 4 de mayo del año 2000, según consta del estampado de fojas 18, surge necesariamente como conclusión que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil ha transcurrido en exceso”.

d. ¿Es prescriptible la acción civil que persigue la reparación del daño, cuando este proviene de violaciones a derechos humanos?

En el mismo fallo analizado la Corte Suprema señaló lo siguiente en el considerando NOVENO: “Que, la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones...”.

e. Voto de minoría.

El fallo que se viene analizando tuvo el voto en contra del ministro señor Haroldo Brito Cruz, quien expresó lo siguiente:

(Se transcribe la parte pertinente de los considerandos y que son atinentes al problema jurídico analizado).

1°. La acción indemnizatoria deducida en autos por don Rudolph Muller Muller y doña Sonia María Muller Silva, padre y hermana del desaparecido Jorge Muller Silva..., no es de índole patrimonial, porque los hechos en que se sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual, sino, simplemente, humanitaria;

2°. Que, aun cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, no son pertinentes a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto... Más adelante el ministro señor Brito afirma: “la sentencia impugnada... ni tampoco vulnera las normas contenidas en los artículo 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que emplea como sustento dicha decisión. Ello es así porque de acuerdo con esta última regla de responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno...”.

3°. “Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema generado a partir de la dignidad de la persona humana... De aceptarse la tesis de la excepción de la prescripción, ciertamente se vulneraría la citada norma de la Convención Americana de los Derechos Humanos y, además, la del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece para los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que ha de situarse el de indemnización, que ha sido invocado en autos”.

f. Doctrina establecida por los fallos de la Segunda Sala de la Corte Suprema en materia de prescriptibilidad de la acción civil (causas por derechos humanos).

Desde hace algunos meses la Sala Penal del máximo tribunal, en fallos divididos,

ha establecido la imprescriptibilidad de la acción civil en los juicios en que se persigue la indemnización del Estado por hechos derivados de violaciones a derechos humanos.

El fundamento de los fallos de mayoría de la Segunda Sala ha sido el mismo que ha planteado como voto de minoría el ministro señor Brito en la Tercera Sala, y que se desarrollara en las letras anteriores.

g. Solución del conflicto (contradicción de las sentencias de la Corte Suprema).

En un caso como el planteado, si bien existe la posibilidad de dar aplicación al artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, que establece: **“Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho de que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”**. No existe una solución de carácter general, pues lo que resuelva el tribunal pleno constituirá la sentencia del recurso de casación, es decir, sólo tendrá efecto para esa causa en particular; no puede ni podría tener efecto retroactivo; y, en ningún caso, sería vinculante, a futuro, para los Ministros de la Corte Suprema.



**Homenaje
al profesor
Miguel Schweitzer S.**

 Universidad del
Desarrollo
FACULTADES DE DERECHO

