

La imputabilidad: la objetivación de la responsabilidad

Nuevos factores de atribución y ampliación del campo de legitimación activa y pasiva

César Parada Guzmán

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: **Vivir honestamente; dar a cada uno lo suyo; y no causar daño a los demás.**

Esta tercera máxima alcanzó su protección a través de la "*lex aquilia*". Esta norma tenía una finalidad resarcitoria y el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquiera de sus grados, por cuanto en el derecho clásico el fundamento de este resarcimiento estaba en el pecado y la subsiguiente coerción moral de reparar sus efectos.

Esta concepción romana de la responsabilidad civil se mantuvo intacta hasta finales del siglo XIX y se plasmó legislativamente en el Código de Napoleón, que como se sabe sirvió de fuente inspiradora a nuestro Código Civil del año 1855.

En la época en que fueron dictados estos códigos, las sociedades para las cuales debían regir eran sociedades eminentemente agrícolas y artesanales. No se había producido la revolución industrial y menos la revolución tecnológica, que, de más está explicarlo, han producido cambios extraordinarios en la vida social, política y económica de los pueblos.

No obstante que nuestro legislador civil fue más amplio en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual que su modelo, el Código Civil francés, ocurre que la interpretación que los tribunales han hecho de las normas respectivas son diametralmente opuestas. Basta recordar que la Corte de Casación francesa, ya en el año 1896, en el

curso de un proceso en que se reclamaban los daños sufridos por la explosión de una caldera, afirmaba que: **“La víctima de un accidente producto de una cosa está eximida al tenor del artículo 1384 N° 1 de probar la culpa del responsable de la cosa, con lo cual introdujo un elemento de objetivización de la responsabilidad civil extracontractual que nuestros tribunales no se han atrevido a realizar”**.

Ya veremos más adelante que los tribunales franceses, con normas parecidas a las contenidas en el Código Civil chileno, han hecho una labor interpretativa de la más alta importancia, y no se han mantenido –como por desgracia ocurre en nuestros tribunales– en un inmovilismo jurídico no acorde con los tiempos que se viven y la necesidad de dar solución a los problemas de las personas.

Por eso es que es discutible si nuestra situación actual puede ser objeto de una revisión por la simple vía interpretativa y judicial o si realmente deberá realizarse una reforma legislativa.

El tema de la responsabilidad civil, considerada ésta como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar los perjuicios a otra o como “el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación” y entendiendo que la obligación de cuyo incumplimiento se trata puede estar establecida en el contrato –vale decir, haber sido asumida voluntariamente por el deudor de dicha conducta– en cuyo caso se habla de responsabilidad contractual, o dicha obligación encontrarse establecida en la ley, en cuyo caso se habla de responsabilidad extracontractual, la que a su turno puede ser legal, delictual o cuasidelictual o cuasicontractual, se encuentra superado. Basta con examinar el tratamiento que sobre el dolo extracontractual se contiene en la obra de don Arturo Alessandri Rodríguez sobre la Responsabilidad Extracontractual, para advertir que mantenerse bajo esos esquemas no soluciona los problemas actuales.

Todas estas materias han sido subsumidas en lo que actualmente se conoce con el nombre de Teoría del Derecho de los Daños, materia que trataremos a continuación.

II. Del Derecho de Daños

En un sentido general podríamos decir que el *derecho de daños*, además de la prevención de los mismos, tiene por fin garantizar a las personas una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo, ya sea en su persona ya sea en sus bienes, y en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los llamados *intereses colectivos*.

Hoy se acepta pacíficamente hablar de *un crédito a la indemnización* más que de una deuda de responsabilidad. Lo dicho demuestra un cambio en la concepción de la doctrina civilista y del hombre frente al daño. El daño ya no es tomado como una carga que debe soportarse con resignación por ser un designio divino.

En el aspecto jurídico se ha dado una redimensión del elemento *daño* aceptándose otros daños resarcibles, como por ejemplo los *daños colectivos*; se aprecia una ampliación en los límites de la responsabilidad objetiva lográndose mediante la aplicación de dichos factores la solución adecuada a un sinnúmero de casos que plantea la sociedad actual. Por otra parte, el elemento *antijuridicidad* está en crisis, pues existen claros supuestos de responsabilidad por actos *lícitos*. Toda esta situación es acompañada por el intento de tomar medidas preventivas y de establecer sistemas colectivos de reparación.

Hoy se plantean temas sumamente interesantes y de máxima gravedad, como es el *riesgo del desarrollo*, que sitúa la discusión en definir quién asumiría las consecuencias *nocivas* de un producto que al momento del lanzamiento al mercado se consideraba inocuo, pero que posteriores investigaciones científicas demuestran su *nocividad*. Es del caso recordar lo que autores extranjeros han escrito con motivo, por ejemplo, de los casos producidos por la talidomina. Parte de la doctrina civilista adhiere a la posición de considerarlo un *riesgo de la empresa* o de actividad y por lo tanto no tiene el carácter de caso fortuito extraño a la cosa y el fabricante debe soportar la carga del resarcimiento del daño.

Es precisamente en este tema de la reparación cuando los juristas acuden al auxilio de las teorías económicas y se aplica el *market share* o responsabilidad por la participación en el mercado como solución ante una imposibilidad de determinar *el verdadero autor del daño*. Otros ejemplos de su aplicación pueden darse en temas de daño ambiental, como el de la destrucción de la capa de ozono por las aeronaves o, también ligada a la actividad aeronáutica ciertos daños particulares como los producidos a los municipios vecinos al aeropuerto de Orly, caso resuelto por la Corte de

Apelaciones de París, que condenó a las compañías aéreas en la proporción que usaban dicho aeropuerto.

Si pensamos en los *casos emblemáticos* de nuestro país, como la contaminación ambiental y acústica de la ciudad de Santiago, producida por industrias, locomoción colectiva y automóviles, o la contaminación de ríos y lagos del sur a causa de la descarga clandestina de residuos industriales, vemos la necesidad de desentrañar el funcionamiento de la *teoría de la participación en el mercado* para reflexionar si es aplicable en el derecho chileno.

Esa es la línea que queremos seguir, pero no podemos dejar sin tratar la cuestión de la *responsabilidad colectiva*, ni olvidar que este tema nos sitúa otra vez frente a la nueva dimensión del *daño*, la de la existencia de un *daño colectivo* que puede coexistir con la presencia de un daño individual.

En la sociedad tecnológica es frecuente que la víctima *no pueda identificar al autor del daño*, cuyo es el caso por ejemplo de la víctima de un producto farmacéutico que es producido por varios laboratorios, no pudiendo probarse, por haber desaparecido los envases respectivos, cuál fue la empresa que fabricó el producto consumido y que causó el daño. En el derecho norteamericano al parecer para facilitar el accionar de las víctimas damnificadas, la Corte de California adoptó en 1977 la *teoría del market share* en el caso *Sindell con Abbot Laboratories*.

El caso es el siguiente:

La Food and Drug Administration (F.D.A.) dio autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido con las siglas D.E.S. (era una síntesis de una hormona femenina –estrógeno - para evitar el aborto espontáneo) y fue puesta en el mercado por unas trescientas empresas; en el año 1971 se revocó la autorización. Estimaciones realizadas indicaron que en 1977 se calculaba en tres millones el número de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero y cuyas madres habían consumidos medicamentos con la droga D.E.S. Los estudios realizados llegaron a la conclusión de que existía un nexo entre el consumo de la sustancia por las madres y la presencia de la afección en sus hijas.

Lo anterior originó un sinnúmero de demandas contra los laboratorios, médicos, farmacéuticos y la autoridad que otorgó la autorización. Con el criterio que no habían tenido participación en la elaboración, se rechazaron las demandas contra médicos y farmacéuticos; con respecto a la Food and Drug Administration (F.D.A.), ésta se benefició por la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

En el caso *Sindell con Abbot Laboratories* la Corte de California sentó la tesis del *market share*, por la que desde que el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el suyo –esto es, su producto– el que causó el daño, y que de no poder acreditarlo y como la actividad no es desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado. Así, si veinte laboratorios fabrican el producto, pero sólo tres de ellos controlan el 90% de la producción, cada uno de ellos contribuirá a la reparación del daño conforme a la participación que tiene en el mercado consumidor.

La Corte de California –cuya posición fue seguida por la Corte de Chicago– consideró que la responsabilidad por el todo, de cualquiera de los sujetos elaboradores del producto era la consecuencia *injusta* de que la responsabilidad financiera no guarda proporción con el provecho obtenido. Lo anterior haría necesario distinguir entre el *riesgo provecho* y el *riesgo creado*.

Queremos destacar el *fino sentido social* que demuestra la teoría de la participación en el mercado. En efecto, en los supuestos de daños por productos, después de pasados muchos años, como por ejemplo doce o más en el caso del D.E.S., es difícil de probar e identificar el medicamento exacto que se ingirió, el nombre del producto y por lo tanto el laboratorio que lo fabricó, considerarlo un daño resarcible, admitir las demandas contra las empresas fabricantes y en definitiva condenarlas.

Esta teoría es conocida en el derecho francés como *part du marche* (teoría de la participación en el mercado) y ha sido aplicada en bullados casos, como el de los ruidos de los que se quejaban los vecinos de los aeropuertos. La Corte de París, en un fallo de 19 de marzo de 1979, condenó a las compañías aéreas de Orly a reembolsar los gastos de insonorización de las comunidades vecinas, y no las condenó *in solidum*, sino en la proporción de la utilización del aeropuerto por cada una de ellas. En relación a las compañías aéreas, sigo a Yvonne Lambert-Faivre¹ y lo resuelto por la Corte de Casación con respecto a las fábricas del aeropuerto Roisse-Charles De Gaulle, donde se acepta que la responsabilidad de las compañía aéreas es una carga de las empresas ligadas a la explotación de las líneas aéreas fuera de todo acontecimiento de carácter accidental y aun respetándose la reglamentación que rige la materia.

Hay que recordar que en el derecho francés es de una amplia aplicación la responsabilidad *colectiva* y que la misma ha tenido una formidable evolu-

¹ Cfr. "L'évolution de la responsabilité civile d'un credit de responsabilité a una creance d'indemnización", *Revue Trimestrelle de Droit Civile*, París, 1987.

ción en su jurisprudencia , a modo de ejemplo podemos puntualizar que en el caso de las *lluvias ácidas* que diezman los bosques europeos, norteamericanos y también latinoamericanos, o de la contaminación de los cursos de agua por la polución sinérgica debida a los desechos de las fábricas ribereñas, aplican una responsabilidad *in solidum* de los que contribuyen a la contaminación.

Estimamos conveniente destacar que la *teoría de la participación en el mercado* tan criticada por los industriales norteamericanos y hasta tildada de inconstitucional por autorizar a la víctima a perseguir a toda una industria quizá por la conducta de un solo fabricante y establecer el fundamento de la responsabilidad, no en base a la conducta, sino a la riqueza, cumple con el fin de la distribución de los daños entre los pertenecientes a un grupo del cual se generó el daño, y que ese ensanchamiento en la legitimación pasiva está justificado plenamente por las circunstancias socioeconómicas del tiempo que nos toca vivir. Además la *teoría de la participación en el mercado* es extremadamente útil en temas de daños colectivos y también de gran aplicación en temas de daño ambiental, como por ejemplo la contaminación ambiental y acústica producida en la ciudad de Santiago por la locomoción colectiva. Sin embargo, su aplicación estará dada por la *responsabilidad colectiva*.

La *responsabilidad colectiva* es uno de los temas que, entre otros, en la doctrina francesa ha tenido una amplia literatura y desarrollo jurisprudencial. En sede de daños, sabemos que puede darse la individualización del agente dañoso, o en la relación de causalidad presentarse los tipos de *causalidad común o conjunta*, la *causalidad o intervención acumulativa o concurrente*, o bien la *causalidad o intervención alternativa o disyuntiva*, que es el supuesto que nos interesa.

Sostenemos que la respuesta del orden jurídico ante la producción de un daño originado por un *grupo determinado sin que se encuentre identificado el autor del daño*, debe resolverse estableciéndose la responsabilidad en la obligación de reparar de todos los componentes del grupo; creemos que el factor que fundamenta esta responsabilidad es *objetivo*, basado en el *riesgo*, y que la obligación de indemnizar será *in solidum*.

Sin duda la *responsabilidad colectiva* ha significado una evolución en el desenvolvimiento del sistema general de responsabilidad civil, pues *la falta de identificación del agente dañoso* no lleva a la irresponsabilidad y por lo tanto al desamparo de la víctima, no admitiéndose así la *fuga ante las responsabilidades*.

El profesor don Pablo Rodríguez G., en su obra "*Responsabilidad Extracontractual*", refiriéndose a la relación causal diferida en materia de responsabilidad extracontractual, ha escrito lo que sigue, en lo que estamos de acuerdo, con algunas salvedades:

"En materia extracontractual debe extenderse la responsabilidad por la vía de la relación causal diferida. Esto significa imponer la obligación de reparar los perjuicios a todos quienes intervienen, aun cuando remotamente, en la realización del daño causado. En otras palabras, entregar a la decisión del juez la determinación de la cadena causal que provoca el daño, de manera de envolver en el deber reparatorio a todos los que razonablemente han contribuido a producirlo". Agrega el autor que cuando el artículo 2316 del Código Civil dice "el que hizo el daño", no sólo menciona al que lo consumó, sino también al que lo posibilitó, uniendo su conducta a la del dañador. En suma, creemos nosotros que no puede sostenerse que la responsabilidad queda limitada a quien hizo el daño, entendiéndose que éste es el que lo consuma mediante hechos directos. El que hizo el daño es todo aquél que concurre a su producción, por actos que se integran causalmente, sean razón del dolo o de la culpa y sin cuya cooperación o concurso el efecto nocivo no habría podido generarse.

Creemos firmemente en que esta teoría amplía notoriamente los sujetos pasivos de la acción de resarcimiento, pero introducir el requisito del dolo o culpa en los antecedentes o causales del daño disminuye notoriamente la eficacia del campo de aplicación de esta doctrina.

Actualmente nadie duda de que el mundo ha ingresado en una era distinta: la tecnológica o sociedad de la información. La nueva riqueza de los países está constituida por el *know-how* o recurso estratégico de la información; hoy se produce *información en masa* de la misma manera que los países altamente industrializados fabricaban automóviles en masa.

Los efectos de la era tecnológica en el derecho de daños están presentes, entre otros, en los siguientes temas: responsabilidad civil por productos elaborados. Daños al consumidor de productos y servicios; daños nucleares; daño ambiental. Perjuicios de los desechos industriales; daño informático; daño genético; daño colectivo; nuevas formas de prácticas médicas. Daños por transmisión de enfermedades; daños a las personas en su integridad psicofísica.

Los principios que presidieron la codificación del derecho civil y, por lo tanto, de la responsabilidad de esta naturaleza, han sido profundamente transformados. El Código Civil francés, modelo de todos los Códigos Civi-

les continentales, no fue influenciado por las ventajas de la primera revolución industrial, lo que explica que su estructura, en cuanto a la responsabilidad civil, sea de carácter individualista, pues las relaciones sociales y económicas de la Europa de aquellos tiempos se caracterizaban por ser rurales y a lo sumo artesanales, y los conflictos tenían su punto de referencia en personas concretas, a los que se les suponía una relación de deber preexistente, que había sido incumplida por una de las partes, y así, sobre la base del principio de que *no puede causarse daño a nadie*, los redactores de los trabajos preparatorios del Código Civil establecieron un principio general de responsabilidad civil, una regla susceptible de *aplicación ilimitada*, en el sentido que constituyendo la legislación un conjunto de normas generales y abstractas eran aplicables a la totalidad de las situaciones.

Puede afirmarse que toda la disciplina de la responsabilidad civil del *Code* estaba encaminada, más bien, a moralizar conductas individuales que a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios que las víctimas hubieran sufrido.² Todo perjuicio que no tuviera un trasfondo moral, dada la identificación de la culpa con el pecado, no encajaba dentro del marco culpabilista que la codificación francesa había diseñado.

Las consecuencias se dejaron sentir de inmediato. Todo daño que no tuviera una relación moral directa con la culpa quedaba sin reparar, y cuando el perjudicado no podía demostrar la existencia del elemento subjetivo y su relación directa con el daño, *aunque evidente la relación de causa a efecto*, tampoco veía satisfecha su justa demanda. Era dejar al *dañado solo frente al daño*.

El sistema culpabilista hizo crisis. En prevención de que pudieran quedar sin reparación infinidad de daños, a virtud de la lícita utilización de las nuevas técnicas de la fabricación, como sería la producción a gran escala de un producto, la puesta al mercado de los bienes fabricados en cadena, mediante las técnicas modernas de comercialización y la utilización de sofisticados servicios, el propio legislador, la doctrina y la jurisprudencia han ideado un sistema de responsabilidad *en base a la existencia del propio daño*, sin más requisitos que la relación física de la causalidad, recurso *prodamnato* o del resarcimiento del daño que ha venido en llamarse *doctrina de la responsabilidad objetiva*, reinterpretando, como lo hizo la jurisprudencia francesa en su día, el inciso 1° del artículo 1384 del *Code*. En efecto, sabemos que la concepción romana de la responsabilidad civil se plasmó en el campo doctrinal, en la teoría clásica de la culpa, y en el legislativo, en los artículos 1382 a 1386 del Código de Napoleón, si bien

² Cfr. Mazeaud y Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Volumen I, traducción española de la quinta edición por Alcalá-Zamora, Buenos Aires, pp. 38 y ss.

jurisprudencialmente el derecho francés evolucionó de modo más rápido que el español –que lo hizo en 1943– y, por supuesto, que el nuestro, que, según se desprende de la lectura de las sentencias que en el tema del derecho de la responsabilidad civil dictan nuestros tribunales superiores, padece de un auténtico inmovilismo.

A pesar de la complejidad y variedad del momento tecnológico postcodificador y de las transformaciones del sistema económico, que reclaman concepciones más amplias del significado de la imputabilidad del daño, nuestra legislación sustantiva civil sigue estando anclada bajo los principios rectores establecidos por los redactores del Código Civil francés, y sobre todo, seguimos dominados por el principio según el cual *no hay responsabilidad civil sin la concurrencia de la culpa*. Convive con esta realidad jurídica otra realidad material. La doctrina, atenta a los beneficios que los riesgos proporcionaban a quienes *lícitamente* los creaban, flexibilizaron los principios culpabilistas hasta conseguir, por la mediación de una reinterpretación de los textos legales, que *prevaleciera un sentimiento favorable en pro de la reparación de los daños y perjuicios*. En cambio, entre nosotros pervive lo que en 1943 escribió Arturo Alessandri, para quien el Código Civil chileno consagra la teoría clásica de la *responsabilidad subjetiva* en toda su amplitud.³ Los aportes posteriores de nuestra doctrina civilista en el derecho de la responsabilidad civil se deben a la obra del profesor Carlos Ducci titulada *Responsabilidad Civil. Actividades de las cosas-Hechos de las cosas-Circulación de vehículos*, publicada por la Editorial Jurídica en el año 1970, a publicaciones posteriores del profesor Ramón Domínguez aparecidas en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, y a la reciente obra del profesor don Pablo Rodríguez G.

A medida que iba consolidándose la corriente *pro damnato*, o sea, la idea de que por regla general *todos* los daños y riesgos que la vida social produce, *deben ser resarcidos*, a menos que una razón *excepcional* obligue a dejar al dañado sólo frente al daño, perdían importancia los elementos determinantes de la responsabilidad civil codificada, esto es, el injusto, la culpa y la causalidad, como título de imputación, configurándose una nueva responsabilidad civil que basaría la *atribución* del daño causado en la materialidad de la propia existencia del perjuicio, o el riesgo creado y relacionado con el perjuicio, y que habría de convivir con aquel derecho de daños que fundamenta su existencia y pervivencia en la realidad del elemento culposo, sin que la doctrina de la *inversión de la prueba* lo desvirtúe, pues se trata de la prueba de la culpa en materia contractual, ya que en materia extracontractual debe probarse.

³ Cfr. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Título XXXV del Código Civil), Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 77, p. 123.

En resumen, el esquema subjetivista ya no respondía de la reparación de todos los daños que podían producirse a la persona o a sus bienes. El derecho de daños de hoy tiende a tutelar los detrimentos *inculpables*, por el riesgo creado en la manipulación de los bienes y servicios de la era tecnológica, o enfatizando cuestión en la obligación de reparar *en apoyo del mismísimo daño*, atendiendo al principio de dar a cada uno lo que en justicia le corresponda, y no sería justo que el perjudicado cargara con el perjuicio que se le causó mientras un tercero obtuvo *beneficios*, o con su actitud o actividad intentó *conseguirlos*.⁴

Las modernas técnicas de producción en masa, las depuradas redes de distribución y comercialización de los productos y el complejo campo de los servicios generarán dinámicas obligacionales desconocidas hasta ahora, y se producirán responsabilidades que con los principios ideológicos codificados de 1855, en el caso de nuestro Código Civil, no podrán atender la reparación del daño. Todo exige un derecho de daños por el *resultado* y no por la culpa.⁵ Los perjuicios se ampararán en el riesgo creado y en relación al daño producido, del que será responsable *aquel que conoce y domina la fuente del riesgo, y se beneficia de él*.

A virtud de las tesis de Saleilles y Josserand formuladas en décadas pasadas, por las que fueron considerados por Ripert como *síndicos de la quiebra de la culpa*, fueron tomando cuerpo jurídico aquellas doctrinas que abogaban por *no dejar al dañado solo frente al daño*.

En los últimos veinte años hemos contemplado la descodificación del derecho de daños como consecuencia de la aparición de una serie de *regímenes especiales de responsabilidad civil extracontractual*, todos ellos por vía legislativa, que rompieron el principio general de *atipicidad* que presidió la codificación francesa realizada con una cláusula general muy abierta. Genoveva Viney⁶ advierte que ya se han dictado leyes particulares sobre responsabilidad civil, pero que la necesidad de renovación se hace igualmente sentir de manera más o menos latente para los accidentes de circulación (escrito antes de la ley francesa de 1985), accidentes producidos por productos defectuosos, los causados por la polución, la responsabilidad profesional, etcétera, de tal suerte que es *el edificio entero que parece en vías de renovación*.

⁴ Cfr. a Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo II, traducción y notas de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 171 a 180.

⁵ Cfr. a Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, traducción española de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 562 y ss.

⁶ Cfr. "Les obligations, la responsabilité: conditions", en *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1982, p. 44.

Entendemos que a medida que aparecen nuevos daños que deben ser resarcidos para restablecer el equilibrio de la víctima, la doctrina civilista construirá nuevos fundamentos que autoricen la atribución del deber de responder. Así, como lo veremos, hoy se habla de factores de atribución tales como el *ejercicio abusivo de los derechos*, el *quebrantamiento al principio de obrar de buena fe*, el *auxilio benévolo*, los *actos discriminatorios*, la *responsabilidad del productor aparente*, pero no dejo de advertir en ellos que se sigue considerando al agente productor del daño a la hora de fundamentar la responsabilidad, a pesar de situarlos en el ámbito de la responsabilidad objetiva. En efecto, el riesgo alude al que lo crea u obtiene provecho de él. Las circunstancias subjetivas no se limitan sólo a *la culpa* o *el dolo del autor*, pues también, según creemos, son circunstancias *subjetivas* las referentes a ser el guardián o el dueño de la cosa peligrosa o ser el titular de los beneficios por la actividad del dependiente dañador, o encontrarse en mejor situación económica para soportar el daño que fortuitamente se produjo, o el haberse enriquecido con el daño ajeno.

Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, cuya obra fue prologada por Aníbal Atilio Alterini, se muestra partidaria de decir de una vez que se haga realidad la frase acuñada con tanta precisión de que *los ojos de la justicia hoy se posan en la víctima*, y que en respuesta de tan elogiada propuesta, afirmar que el único fundamento válido de la responsabilidad es *la reparación del daño injusto que aquélla sufre*.

Objetivación de la Responsabilidad

La responsabilidad civil tiende a reflejar fuertemente las circunstancias sociales cambiantes. La multiplicación de los daños a las personas y a sus bienes debido a las modernas condiciones de vida impone al derecho de daños el propósito de garantizar contra ciertas formas de lesiones, no porque sean **injustas**, sino porque son **perjudiciales**.

Es conocida la evolución del concepto de responsabilidad civil basado en el factor subjetivo de atribución que dominó en el siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, y que aún continúa en sociedades que no han abandonado por completo el ideal de responsabilidad individual por la conducta social.

Paulatinamente la transformación del sentido de negligencia, la eliminación casi completa de factores morales a favor de normas objetivas de conducta, han contribuido a cambiar el carácter de la responsabilidad por culpa en el campo del derecho de daños. La mutación de las etapas, en especial el industrialismo y el urbanismo, son condicionantes sociológicos de ese desarrollo.

Alfredo Orgaz⁷ sintetiza las etapas recorridas por el derecho de daños, que desemboca en una casi total *objetivación* en nuestros días, y explica las razones histórico-sociales que determinaron ese giro: en el sistema tradicional de la responsabilidad subjetiva jugaba un papel primordial la causalidad, porque sólo respondía el que había causado el daño, elemento al que se agregaba la culpabilidad del responsable o de sus agentes, sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas.

El concepto de culpabilidad –nacido con la *Lex Aquilia* del año 286 a. C.– exigía de la víctima la prueba diabólica de la culpa de su ofensor. Con la creciente complejidad de las relaciones humanas nacieron las *presunciones de culpabilidad* contra el responsable, que llevaban a la inversión de la carga de la prueba en algunos supuestos de responsabilidad refleja: la de los padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos de nuestro artículo 2320 del Código Civil y del dueño de cosas inanimadas del artículo 2323, 2324 y 2328 del texto original del Código Civil.⁸

Estas situaciones de excepción tienen su expresión más acentuada en la responsabilidad por los daños causados por los animales que Andrés Bello contempló en los artículos 2326 y 2327 del Código Civil, pues quien se sirve del animal es responsable aun demostrando que de su parte no hubo culpa. Parte de la doctrina reconoce un avance del codificador admitiendo la responsabilidad objetiva en el sistema del Código Civil.

Desde otro punto de vista, como dice el profesor de la Universidad de Deusto Ricardo de Angel Yagüez, “el propio concepto de culpa se ha ido deformando progresivamente como consecuencia de una notable ampliación de su contenido”.⁹ Los tribunales –señala este autor– han llegado a considerar culpas los simples errores moralmente insignificantes, frutos de una torpeza o de un mal reflejo. Así se han llegado a admitir en el concepto de culpabilidad los simples *polvos de culpa* (en expresión de la doctrina francesa), lo que proviene –según Tunc– de no distinguir entre la culpa y el error, este último es para el tratadista galo el acto estadísticamente inevitable y humanamente perdonable, consistente en inadvertencia o relajación de la atención que la persona más diligente y prudente no podría evitar.¹⁰

⁷ Cfr. *La Culpa*, Lerner, Córdoba, 1970, pp. 185 y ss.

⁸ Cfr. por todos Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Título XXXV del Código Civil), Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

⁹ Cfr. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995, p. 31

¹⁰ Cfr. Christian Larroumet, *Reflexions sur la Responsabilité Civile* (Evolution et Problèmes Actuels en Droit Comparé), Montreal, 1983.



Autores del derecho continental, como S. Rodotá,¹¹ afirman que el principio que *no hay responsabilidad sin culpa* derivó del proceso de expansión de una economía industrial, aligerando los costos empresariales de forma tal que no se respondía de los daños causados sin culpa. Antes, prestigiosos escritores franceses desde fines del siglo XVIII, como Saleilles y Josserand, y en el primer cuarto del siglo XIX, italianos como P. Trimarchi,¹² el mismo S. Rodotá,¹³ R. Scamamiglio,¹⁴ y Busnelli,¹⁵ han cuestionado fuertemente la exigencia de un requisito subjetivo para la responsabilidad civil. La atribución de los daños por el riesgo de la cosa o actividad está presente, con sus propios matices, en el artículo 2050 del Código Civil italiano de 1942, en los artículos 1970 y 1972 del Código Civil peruano de 1984, así como también en el artículo 1113 del Código Civil argentino, en tanto el artículo 493 del Código Civil portugués de 1967 se limita a invertir la carga de la prueba. Por lo tanto, producido el daño, se entiende que obedece al riesgo, favoreciéndose así la exigencia generalizada de que los daños sean reparados.

En el otro extremo de la cuestión se encuentra el fenómeno del *retroceso de la culpa* como criterio de imputación que ha dado lugar paulatinamente a la llamada *responsabilidad objetiva*.

La doctrina tiende a consagrar la responsabilidad objetiva de otros daños: la responsabilidad del principal por el hecho ilícito del dependiente y la del principal (obligación de garantía) por el hecho del dependiente; la responsabilidad colectiva; responsabilidad extracontractual del Estado por hechos ilícitos; responsabilidad civil del elaborador de productos, y para todos los intervinientes en la cadena de producción y comercialización; responsabilidad civil emergente de la informática; responsabilidad por productos fármaco-medicinales; responsabilidad por transmisión de enfermedades cuando se utilizan cosas (ejemplo contagio de SIDA por transfusión sanguínea): si es contractual, por violación de la obligación de seguridad, si es extracontractual, por aplicación del artículo 1113, segunda parte, párrafo segundo, del Código Civil argentino, entre otros; en los casos de fecundación homóloga o heteróloga los agentes biomédicos y los establecimientos hospitalarios responderán contractual o extracontractualmente, según los casos, frente a los padres y frente al niño nacido con deficiencias a causa de la utilización de gametos viciosos o en mal estado de conservación; responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados,¹⁶

¹¹ Cfr. *Proprietà e industria: conflitti e technique di evoluzione*, Bologna, 1981, p. 143.

¹² Cfr. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹³ Cfr. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹⁴ Cfr. *Responsabilità civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo VIII, Torino, 1968.

¹⁵ Cfr. *La lesione del credito da parti dei terzi*, Milano, 1964.

¹⁶ La tendencia en la jurisprudencia norteamericana hacia la responsabilidad objetiva con aplicación a los daños por productos elaborados. Cfr. Rojo Ángel-Fernández Río, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bologna, 1974.

tanto en las relaciones contractuales (comerciante-consumidor o directamente fabricante-consumidor), en las que se aplica el factor de atribución *seguridad*, como en el ámbito extracontractual (relación fabricante-consumidor o productor que no sea vendedor inmediato), en el que rige la norma del artículo 1113 segunda parte párrafo segundo del Código Civil; responsabilidad por daños derivados de la actividad industrial que degraden el medio ambiente: los que afectan la salud y la vida o los que restringen el derecho a gozar de un ambiente sano; la responsabilidad objetiva y rigurosa de los organizadores de espectáculos deportivos como obligación de seguridad impuesta por la ley sobre violencia en los estadios.

En la *responsabilidad contractual* encontramos imputación objetiva en la categoría de obligaciones de resultado. Allí el factor objetivo es la *seguridad* prometida a la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas. Cuando en un contrato están involucrados estos valores, existe un deber de seguridad impuesto por la misma convención, expreso o tácito, o bien de la ley. La obligación de seguridad emana fundamentalmente del principio de buena fe que cumple una función integradora de las lagunas del negocio.

Es evidente que el ámbito de la responsabilidad subjetiva, consagrada según A. Alessandri en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, ha quedado restringido. Sin embargo, la culpa sigue teniendo su papel relevante cuando se trata de la culpa de la propia víctima¹⁷ como eximente de responsabilidad. Entiendo que en la responsabilidad objetiva la importancia mayor la adquiere la *relación de causalidad*, ya que la del sindicado como responsable se libera probando la ruptura del nexo causal: que él no fue el autor. Que el autor fue la víctima o un tercero por quien no debe responder.

Al mismo tiempo que carece de relevancia la culpabilidad del responsable, ya no se exige que siempre éste sea el autor, con lo que deriva la responsabilidad a un tercero capaz de soportar el riesgo: la aseguradora o sistema de seguridad social, y al mismo tiempo que facilita a la víctima la reclamación del daño, se le ofrecen mayores probabilidades de accionar contra distintos sujetos de derecho y se abre de esa manera el abanico de los legitimados pasivos de la responsabilidad civil.

Esta tendencia de objetivar la reparación de daños se encuentra estrechamente relacionada con las otras modalidades expuestas, a saber, la visión global de los nuevos perfiles indica el crecimiento y la dirección del sistema.

¹⁷ Cfr. Ricardo de Angel Yagüez, op. cit., p. 33

Aumento de la nómina de factores de atribución

El estudio de los *factores de atribución* nos muestra una evolución con una clara tendencia hacia la mayor protección del damnificado, especialmente en su última fase: la responsabilidad objetiva y solidaria de los intervinientes en las cuatro operaciones básicas, producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El ejercicio *abusivo de un derecho* es para la doctrina civilista un *factor autónomo de la reparación del daño causado*. Para la doctrina funcional el acto abusivo se materializa cuando el derecho *se ejerce contrariando los fines económicos y sociales que inspiraron la ley que lo contiene*. El acto abusivo se presenta, entonces, sobre la base formal de un cierto derecho subjetivo, lo que permite caracterizar su origen en un actuar que aparece en principio como jurídicamente lícito. El acto abusivo implica un conflicto entre el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico, por una parte, y un interés *ajeno* no tutelado por un texto normativo expreso, por la otra. Pero la falta de tutela normativa no significa, ni mucho menos, que el interés afectado no esté protegido por un deber *genérico* que se desprende de los principios generales del derecho. En fin, el ejercicio antifuncional de un derecho por parte de su titular resulta ilícito aun cuando no llegue a materializarse daño alguno al sujeto pasivo, el cual, por ejemplo en el derecho *argentino* está legitimado para reclamar la cesación del acto abusivo como *prevención* de los perjuicios que su continuación pueda llegar a provocar. Aun a falta de un texto normativo semejante, podemos afirmar que ello es posible entre nosotros, conforme a la visión actual del derecho de daños, que contempla no sólo la reparación de los daños causados, sino que debe contemplar, como una cuestión de principios, la prevención de los daños que pudieran llegar a causarse.

El quebrantamiento de la buena fe también es un factor atributivo autónomo de reparación del daño causado. La especial relevancia adquirida por el principio que impone el deber de obrar de buena fe en todas las relaciones intersubjetivas, explicitado por ejemplo en el artículo 1546 del Código Civil, lo erige como fundamento principal del derecho de obligaciones, y su observancia es un deber jurídico ínsito en el ejercicio de *todo* derecho facultad o prerrogativa. Por ello, frente al quebrantamiento de la buena fe se impone el deber de reparar el daño causado *por esa sola circunstancia*, sin que deba requerirse la presencia de otro factor de atribución, pues la sola violación del principio es razón suficiente para el nacimiento de la obligación resarcitoria, sin perjuicio de que medien en el caso otros factores subjetivos (dolo o culpa).

La idea base de los *factores objetivos de atribución* tiene como presupuesto la incapacidad de la teoría culpabilista para solucionar adecuadamente las nuevas situaciones de riesgo individual y social introducidas por las revoluciones industrial y tecnológica, y su finalidad es facilitar al damnificado el acceso a la reparación como respuesta solidaria del derecho.

Sucede que toda la actividad propia de la *era tecnológica*, tecnotrónica, posindustrial o de la información, como también se le llama, que se desarrolla dentro de un esquema de derecho, puede producir daños individuales o colectivos que requieren ser reparados, esto es, socializados, y sin embargo no existe en ellos infracción al ordenamiento jurídico: no hay antijuridicidad. Por ejemplo, la voladura de una caja de electricidad que causa daño a los negocios cercanos obligará a las compañías de electricidad a repararlos.

Por mucho tiempo había sido la culpabilidad el único factor de atribución, pero los daños causados por las cosas inanimadas, en un principio, y la consiguiente responsabilidad del guardián, no permitían sostener todo el edificio de la responsabilidad sobre la culpa, al menos en el sentido tradicional que se le había dado hasta entonces.

A pesar de la propensión a considerar la exclusividad del fundamento subjetivo, se fueron admitiendo en la doctrina francesa pluralidad de hipótesis de justificación. Así, algunos como Ripert han encontrado el sustento en el *seguro*; otros como Esmein y sobre todo Savatier, han aceptado considerar que el *riesgo* es hoy, al lado de la culpa, uno de los fundamentos de la responsabilidad civil.

En cuanto a los otros factores de atribución trataremos a) *la teoría de la garantía*; b) otros fundamentos objetivos de la responsabilidad civil; c) la seguridad; d) *la teoría del riesgo de empresa*.

a) La teoría de la garantía

La doctrina de la *garantía* es elaborada por Boris Starck; este autor critica tanto la *culpa* como el *riesgo*, porque ambos presentan un rasgo común: la razón de ser de la indemnización siempre está, en los dos casos, ligada al comportamiento del autor del daño: o porque él ha cometido una falta (culpabilidad), o porque él ha realizado una actividad en la que asume los riesgos. De esta manera ven el problema dejando de lado lo esencial, que es el punto de vista de la víctima. En efecto, un daño es un atentado a los derechos de aquélla, por lo tanto es necesario clasificar y buscar cuáles son los intereses fundamentales que deben ser protegidos contra la actividad de los otros.

En otros términos, la responsabilidad civil es en realidad una pugna entre

el derecho de actuar (referido al autor del daño) y el derecho a la seguridad (de la víctima): estos intereses en juego se conjugan para solucionar el conflicto. La integridad corporal y la integridad material son bienes del hombre que necesariamente deben ser asegurados o garantizados. La *teoría de la garantía* explica así, según Starck, "a la vez la existencia de una responsabilidad sin culpa, por los daños corporales y materiales, y aquella responsabilidad donde la culpa continúa siendo exigida para que el autor del daño sea condenado, ya sea por daños puramente económicos o daños puramente morales".

Para el autor el único fundamento de la responsabilidad es la garantía de los derechos esenciales del individuo y de los grupos. Su posición ha sido profundamente original. André Tunc estima que la teoría de la garantía no puede ser considerada una panacea para dilucidar todos los problemas de la responsabilidad civil. Y dice el profesor francés: "desde un punto de vista teórico, la distinción entre los diferentes daños a los que una persona está expuesta se apoya sobre un fundamento dudoso: ¿por qué el cuerpo de una persona debe ser protegido y no así su honor? ¿por qué esos bienes deben ser protegidos y no sus intereses financieros, que pueden ser también muy considerables? No obstante, es necesario admitir, reconoce Tunc, dentro de la *teoría de la garantía*, una construcción coherente y seductora desde varios puntos de vista fundada sobre ideas relativamente sólidas y simples: en primer lugar se le reconoce ser la expresión jurídica de un deseo profundo y general sobre todo en el mundo contemporáneo: la aspiración del hombre a la seguridad; otra ventaja indudable es la de proteger a las víctimas de los daños accidentales.

b) Otros fundamentos objetivos de la responsabilidad civil

Los dos factores de atribución objetivos: riesgo y garantía, han sido aceptados unánimemente por la doctrina civilista e incorporados expresa o implícitamente por algunas reformas legislativas, diferenciándose ambos en cuanto al eximente de responsabilidad: en el riesgo exime el caso fortuito, en la garantía no. En la esfera de la *garantía* es posible que corresponda reparar un daño sobrevenido por caso fortuito. En materia contractual hay garantía por evicción y por vicios redhibitorios.

Una obligación contractual puede consistir en una obligación de resultado; cuando el deudor contrae la obligación con el acreedor de obtener un determinado resultado útil de su actuar, asumiendo tácitamente los riesgos u obstáculos propios al desenvolvimiento de la prestación. El incumplimiento da lugar a la responsabilidad de deuda en virtud del factor objetivo *garantía*, con sustento, por ejemplo, en los artículos 1197 y 1198 del Código Civil argentino.

Este factor objetivo de atribución se reconoce en la responsabilidad contractual por el hecho ajeno y extracontractual por el dependiente.

En otro orden, para la reparación de daños involuntarios se admite a la *equidad* como fundamento.¹⁸ En el nuevo artículo 907 del Código Civil argentino nos encontramos con un nuevo fundamento de la responsabilidad: aquí no juega ni la culpa, ni el riesgo creado, sino la equidad. Esta es la llamada indemnización de equidad o de los hechos involuntarios. Atento a la falta de culpa, el factor de atribución es objetivo.

En los perjuicios causados por los hechos involuntarios también la doctrina civilista aplica la *solidaridad social*; ella es asimismo factor de atribución en los perjuicios ocasionados por actos lícitos como la reparación del daño necesario y los perjuicios causados por el Estado en la órbita de sus facultades y dentro del campo de la responsabilidad extracontractual.

c) La seguridad

La *obligación de seguridad* es aplicable a algunos contratos, aquellos en que está involucrada la integridad de las personas y de las cosas. Su naturaleza es contractual y, en principio, es de resultado, si bien excepcionalmente puede ser de medios. Sobre la definición de seguridad puede decirse que es la obligación expresa o tácita, anexa o independiente del deber principal existente *en todo tipo de contrato*, por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que, durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, no le será causado daño en los otros bienes diferentes de aquel en que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico. He enfatizado *en todo tipo de contrato*, porque una parte de la doctrina civilista afirma que no solamente en las relaciones contractuales de resultado la seguridad es el fundamento de la responsabilidad.

La doctrina civilista mayoritaria entiende que la obligación de seguridad es funcionalmente autónoma, sin perjuicio de que en algunos contratos aparece como obligación accesoria de la principal. El fundamento de este factor de atribución objetivo es la *buena fe*, que, como se sabe, cumple una función integradora de las lagunas del negocio jurídico.

d) La teoría del riesgo de empresa

Este factor de atribución de la responsabilidad que atañe a la función de la

¹⁸ Cfr. el artículo 907, segunda parte, del Código Civil argentino, que dispone: "Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

reparación de daños como instrumento de racionalización del sistema económico, ha sido desarrollado por los civilistas italianos modernos en torno al artículo 2043 del Código Civil de su país.¹⁹ Se sustenta en el nivel de garantía que el Estado le debe al ciudadano; ése fue el criterio de las codificaciones del siglo XIX: el acento garantista está puesto en el *sujeto que debe ser indemnizado*, a través del riesgo de empresa.

Como punto de partida asume la constatación realista del progreso tecnológico que se acompaña generalmente de daños, los que difícilmente pueden ser previstos o evitados.

El legislador no ha podido ni querido trabar el desenvolvimiento de la actividad económica, pero ha intentado resolver el problema de tales daños imprevisibles e inevitables garantizando, al menos, el resarcimiento por parte del *empresario*, en cuanto éste, por realizar un negocio, crea y mantiene la empresa y entonces debe correr con los riesgos que ella produce.²⁰ La *actividad empresarial* exige la participación de la *empresa*, y en ella el *empresario* asume deberes profesionales: organización, previsiones sobre productos y servicios, seguros.

En la práctica son los medios de producción los que deben soportar el daño, sistema que se conoce como *riesgo de la empresa*. Según esta teoría, toda actividad económica conlleva la creación de un peligro para la comunidad, es decir, es fuente de una posibilidad de daño. Simultáneamente aparece otro fundamento que, sumado al riesgo creado, justifica la atribución del daño: el *provecho*.

Partir lisa y llanamente el que la empresa es riesgosa y por lo tanto debe responder, es un poco como aquello que *la riqueza obliga*, o como *recurrir a un buen samaritano involuntario*. Este no es el criterio de la doctrina civilista. El problema está en determinar cuándo, en qué condiciones y quién establece que el riesgo deba ser soportado con justicia por el autor de la iniciativa económica, y quién fija cuál de ellos es lícito crear y cuál es prohibido.

En el inicio de la evolución de la teoría del *riesgo de empresa* en Italia se propuso el principio básico que *el riesgo obliga*; sucesivamente con el sistema del seguro el principio fue evolucionando y hoy día la frase fue reemplazada por *assurance oblige*. Ello significa que quien debe prepararse a

¹⁹ El artículo 2043 del Código Civil italiano está ubicado en el Título IX del Libro IV titulado De los hechos ilícitos, y dispone "Resarcimiento por hecho ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

²⁰ Cfr. Pietro Barcellona, *Diritto Privato e Processo Economico*, Jovene Edicore, pp. 319 y ss.

asumir el riesgo debe previamente tomar todos los recaudos necesarios para contratar el seguro que lo cubra de aquél. O sea, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, en cuanto normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica de quien lo genera.

Por el contrario, no entran dentro del campo de la responsabilidad del desarrollo empresarial aquellas hipótesis de riesgo que resultan difusas, de modo homogéneo y constante sobre toda la comunidad y que no puede imputársele su creación a la actividad empresarial.

La reformulación del derecho de daños parte de prescindir de la culpabilidad y de las teorías objetivas para recurrir a conceptos de hondo contenido económico; se abre un panorama distinto con conceptos nuevos: la *distribución de riesgos*, donde está presente el *factor empresa*. El riesgo previsible y cuantificable configura responsabilidad profesional que se traslada a los costos. O sea, el empresario está en situación de neutralizar el álea del daño mediante el seguro; así la asunción del riesgo por el seguro viene a formar parte del costo de la producción, que a su vez es distribuido entre el público.

De lo anterior surgen consecuencias de mucho interés: a) permite al legislador, en vista de la utilidad que se deriva a toda la comunidad, imponer a ésta el peso del daño, al aumentar el costo de la producción por el aseguramiento; b) genera una mejor distribución del riesgo de la actividad empresarial entre el público: la empresa es intermediaria para asumirlos entre el individuo y la comunidad. La función social de prevención consiste en colocar a cargo del empresario la responsabilidad por los daños causados por la actividad empresarial: esta labor de previsión es una función indirecta del derecho.

Otro punto dice relación entre dimensión empresarial y responsabilidad de la empresa. Es irrelevante a los fines de la indemnización el hecho de tratarse, por ejemplo, de una pequeña o mediana empresa. Si su actividad es la que produce el daño a un inculpable, no puede eximirse por no contar con los niveles adecuados de eficiencia técnica como para controlar los daños que produzca.

Según Guido Alpa, civilista italiano contemporáneo, en el ámbito de la responsabilidad de la empresa es posible individualizar tres figuras de ilícitos: a) el daño ocurrido al dependiente con ocasión del trabajo; b) el daño ocasionado al consumidor; y c) el perjuicio al medio ambiente. De ellos, el daño ocasionado al consumidor ha sido objeto de especial atención por la doctrina italiana en lo que a la circulación de productos defectuosos se refiere, por aplicación del artículo 2043 del Código Civil italiano, que dis-

pone que: **“Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”**. La doctrina ha preferido ubicar el tema de la responsabilidad del productor en sede extracontractual, con aplicación del principio general de responsabilidad del artículo 2043 que ha sido transcrito, del que deviene la obligación de la empresa que produce o difunde productos defectuosos por los perjuicios causados al consumidor.

Una parte de la doctrina italiana ha sostenido que el empresario debe responder por el *riesgo típico* de su actividad, del daño que ocurre con mayor frecuencia, que es consecuencia directa de la presencia del defecto en el producto, que por lo mismo puede ser calculado con facilidad. Para esta parte de la doctrina, el empresario no responderá por el *riesgo atípico*.

Guido Alpa es de la opinión, junto con la posición mayoritaria en Italia, que el *riesgo de empresa* comprende todos los daños causados al consumidor, aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos ante una imputabilidad objetiva de la responsabilidad.²¹

El derecho comparado ha evolucionado fuertemente en estas ideas, denominando al riesgo de empresa de distintas formas o situándolo en otros moldes de factores de atribución admitidos. La doctrina civilista cada vez define con mayor precisión los límites del *riesgo de empresa*, y le atribuye a la empresa responsabilidad basada en ese fundamento en: a) los daños laborales; b) los daños al medio ambiente; y c) los daños al consumidor.

En la era tecnológica los riesgos de empresa consisten precisamente en la degradación del medio ambiente, en especial los daños por residuos peligrosos y la prestación de servicios defectuosos que dañan al consumidor. Conuerdo con la idea que estos grupos de daños actuales son, como enseña la doctrina civilista más moderna, típicos daños de la empresa. Sin embargo, ante la realidad legislativa chilena sólo es posible afirmar que el *riesgo provecho* nutre los daños laborales, y el *riesgo creado*, los perjuicios al consumidor y el daño al medio ambiente, si han sido causados por cosas riesgosas o viciosas (artículo 1113, 2a parte, párr. 2º, CC).

La *actividad económica* pretende, por su propia inercia esencial, que es la obtención de beneficios, no tener límites o fronteras y, por otro lado, el *hombre* necesita como imperativo vital para subsistir poner límites o fronteras a la actividad económica, pues de ello depende su supervivencia como ser humano y la calidad de vida.

²¹ Cfr. *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Cap. XXII, Responsabilità extracontrattuale della impresa, Utet, Torino, pp. 488 y ss.

Pues bien, analizada tal contradicción, sostenemos que puede darse a luz el verdadero factor de atribución del final del siglo: la *actividad económica en sí misma*. Durante todo el transcurso del siglo XIX se ha buscado de distintas maneras asegurar al hombre en su meta final: su calidad de vida, y se ha hecho desde la prevención, hasta la misma reparación de daños. En el derecho comparado las reformas legales han incorporado el riesgo y el vicio en los Códigos Civiles como factores objetivos *por el daño de las cosas* ante el maquinismo creciente de una sociedad donde se hace sensible la inseguridad; las molestias intolerables de las fábricas, que se habían instalado y se seguían instalando en los barrios urbanos de las grandes ciudades, se convertían, merced a esas reformas legales, en daños resarcibles y hasta los jueces podían disponer en sus sentencias la cesación o morigeración de las mismas, claro que con prudencia por el proceso económico o de fabricación de bienes para evitar frenar el progreso que traería la industrialización, que en muchos países nunca dejó de ser precaria, sustitutiva y jamás fundante de un desarrollo sostenido.

No es posible, dado el tiempo de que dispongo, transcribir los avances y esfuerzos de excelentes civilistas extranjeros y de alguna jurisprudencia progresista, también foránea, para tratar de crear y fundamentar factores de atribución que constituyeran una vía más amplia y accesible a la reparación del daño de miles de damnificados de la humanidad, que se generaron después de la primera guerra mundial, al inicio del siglo XX.

Todo lleva a una sola causación: el sistema económico, sus crisis y sus reajustes. El verdadero y gran factor de la causación del daño de la posmodernidad es la *actividad económica*. El sistema económico está basado fundamentalmente en la iniciativa de las empresas privadas y éstas tienen como motor la obtención de la tasa de beneficio para producir su proceso de acumulación. Tal vez hoy día se percibe con más claridad que las empresas no pueden dejar, en su actividad económica, de *trasladar riesgos* constantemente al trabajador y al consumidor, en otras palabras, a la persona.

Además de las tres aplicaciones que en el derecho comparado advertimos de responsabilidad de la empresa, existen otros casos, sin perjuicio de la aparición de nuevas aplicaciones teniendo en consideración la posición de la persona en el mercado:

1. Los daños provocados por la generación de confianza

El *productor aparente*, o sea, quien pone su marca en el producto, está generando confianza en el público y ello es suficiente razón para hacerlo responsable. Es, pues, un caso ideal para recurrir al riesgo de empresa. Esta

atribución de responsabilidad es derivada del concepto de *riesgo provecho*, que sustenta a su vez la concepción del *riesgo de empresa* de la doctrina italiana.²² En todo caso, los intereses de los empresarios y consumidores son distintos, pues los empresarios silencian el riesgo provecho, y los consumidores insisten en otorgar virtualidad a la apariencia.

2. La responsabilidad de las empresas de asistencia médica y hospitalaria.

La responsabilidad de las clínicas y centros asistenciales por el hecho de los médicos es otro caso de aplicación pura de la teoría del *riesgo de empresa*. El esfuerzo doctrinal para hallar un fundamento de la responsabilidad en este caso ha producido diversas teorías que van desde la de la dependencia del médico con la clínica o centro asistencial, la responsabilidad indirecta o refleja, hasta la estipulación a favor de tercero.

Nos parece más preciso fundar la responsabilidad, que no dudamos en endosar a la clínica o centro médico, en el factor objetivo de atribución que consiste precisamente en el hecho de ser una *empresa* que se beneficia u obtiene provecho de las prestaciones médicas que en ella se realizan. La doctrina extranjera advierte este lucro o provecho y tomando pie en él ha dicho que *la clínica lucra con la prestación de los servicios médicos y asistenciales y cobra una retribución por prestarlos en debida forma*. Por ello es razonable que cargue con las consecuencias de la culpa de los profesionales que contrata, más todavía si la reparación de los daños sufridos por el paciente será más segura por la posible mayor solvencia de la empresa.

Más difícil es fundamentar la responsabilidad de la clínica cuando el médico trata independientemente al paciente, pero lo hace en el ámbito de un establecimiento asistencial. Aquí el centro asistencial por el *riesgo de empresa* quedaría obligado, tanto por obtener un lucro, como por haber generado *la confianza*.

La explicación, como escribe Giovanna Visintini,²³ está en la idea de que cada cual debe soportar el riesgo de su propia economía individual, o lo que es lo mismo, en la *teoría del riesgo de empresa*.

3. La responsabilidad del fuerte, del profesional, del experto, frente al débil, al cliente, al profano.

Ocurre que la idea de *riesgo de empresa* no se refiere únicamente a la mayor responsabilidad de quien se beneficia o lucra, sino a la *particularidad*

²² Cfr. Andres Leggnani, *Prodotti Difettosi. La Responsabilità per Danno*, Maggioli Editore, Rimini, 1990, p. 42.

²³ Cfr. *La responsabilità Civile nella Giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1967, p. 338.

de la posición del empresario. En efecto, éste no sólo disfruta de una superioridad jurídica y social, sino que además se aprovecha de las ventajas de una coyuntura favorable para él, razón por la cual es justo que cargue también con los inconvenientes de una perturbación que recae en su esfera de responsabilidad.²⁴ Apreciando el problema desde la perspectiva de una auténtica justicia conmutativa, habría que concluir que el que origina unos hechos que constituyen imponderables para otro, tiene que indemnizar los daños producidos a quien según las especiales características de la relación jurídica no se le puede exigir que se proteja a sí mismo.

La empresa que ocupa a un profesional liberal responde también por las faltas de éste, siendo suficiente que haya asumido el riesgo global de la actividad y que simplemente le haya dado instrucciones generales. No es necesario que le de órdenes sobre su técnica para que el empresario asuma su responsabilidad.

Miradas las cosas desde el punto de vista de la víctima, no hay diferencias entre el daño causado por un dependiente sin independencia técnica y el causado por quien, siendo también dependiente, goza de tal independencia. Cuando una persona acude a un hospital donde trabajan determinados médicos y auxiliares, considera que todos ellos son miembros de una misma organización, tanto el médico, la enfermera y la auxiliar. Pues bien, si esta persona tiene algún reclamo o queja sobre el comportamiento o la actitud de alguien que trabaje allí, acudirá a la dirección del hospital, tanto si se tratara de una auxiliar, como si se tratara de un médico.

Es que el simple poder de dirección general implica el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos, y por lo tanto, de las obligaciones que derivan de la actividad y ejercicio empresarial.²⁵ En el derecho de daños y de la contratación actual el énfasis está puesto en la distinción entre el débil jurídico y el experto o el profesional, según sea el caso, y no es casual que se haya reclamado una protección del consumidor paralela a la que establece para el trabajador. La superioridad técnica del experto tiene como contrapartida la inferioridad jurídica del profano: a esta falta de equivalencia entre las dos partes de la relación atiende la teoría del *riesgo de empresa* y ella es su justificación filosófica y jurídica.

²⁴ Cfr. L. Ennecerus, T. Kipp, M. Wolff, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Volumen 2, Buenos Aires, 1978, p. 484.

²⁵ Cfr. Mariano Yzquierdo Tolsada, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. Teoría General*, Reus, Madrid, 1989, p. 70.

Ampliación de la legitimación activa y pasiva

La legitimación activa y pasiva concierne a la *efectiva* resarcibilidad de los daños: cuanto más extensa sea la legitimación activa, más sujetos estarán en condiciones de reclamar el resarcimiento; y cuanto más amplia sea la legitimación pasiva, mayor será la certeza de obtener el resarcimiento de uno o de otro de los sujetos pasivos.

Es explicable, entonces, que una de las tendencias del derecho nuevo esté dada en la mayor probabilidad de las víctimas de reclamar sus derechos: sea mediante el aumento de los legitimados pasivos de un mismo daño, o también por la aptitud legitimatoria a favor de las personas que pueden reclamar. Es obvio que esta ampliación de la legitimación –tanto activa como pasiva– se traduce en la mayor proporción de indemnizabilidad y de certeza en el cobro.

Desde luego, en la medida que se reconoce la existencia de un acreedor en situaciones en las cuales tradicionalmente no se la veía, la legitimación activa se incrementa. Sea gracias a la doctrina de los *proprios actos*, por la relevancia de la *declaración de voluntad negligente*, o por la *responsabilidad derivada de la confianza*, se llega a obligar al emisor de una declaración si su destinatario tiene fundamento para considerar que aquélla está destinada a obligar a su autor.

a) Aumento de los legitimados activos de la acción indemnizatoria

Hoy se admite la categoría de los *daños colectivos o difusos*, consagrando una apertura legitimatoria a favor de las pertinentes formaciones sociales y grupos intermedios para el ejercicio de la acción indemnizatoria con proyección hacia la totalidad del perjuicio producido a la sociedad representada. Ello, claro está, sin perjuicio de la opción que cabe a cada miembro del grupo para reclamar individualmente el daño proporcional a la propia fracción de interés lesionado, cuando esa porción del perjuicio satisface por sí el requisito de certeza.²⁶ El reconocimiento de la legitimación de los titulares de *intereses difusos* se ha dado tanto para contaminación ambiental como para productos potencialmente peligrosos.

Otra forma de fortalecimiento de los titulares de acción está determinada por la posibilidad del reclamo contenida en el artículo 2315 del Código Civil, que dispone: "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es due-

²⁶ Cfr. Stiglitz, Gabriel A., *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, LL, 1984, cit. por Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad Civil. Derecho Substantivo y Derecho Procesal*, Montecorvo, Madrid, 1986, nota 2.

ño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño”.

Con todo, creemos que en cuanto a la titularidad de la acción resarcitoria, el *principio* de que la acción compete a quien *ha sufrido* o *teme un daño*, dada la data del Código Civil, es susceptible de reinterpretación a fin de incrementar la legitimación activa.

Ampliación de la legitimación pasiva

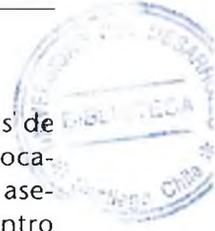
La doctrina, en su intento de preservar a la víctima de la posible insolvencia del autor del daño, le ha conferido la facultad de reclamar contra *más de un responsable*, difiriendo para después la posibilidad de reintegro, en las relaciones internas del grupo deudor.

En otro orden de ideas señalamos que la responsabilidad profesional del médico se extiende al hospital o clínica y a la mutual: en la esfera contractual esa responsabilidad emana de la obligación tácita de seguridad que tiene el ente y que funciona con carácter accesorio del deber jurídico calificado de prestar asistencia médica por medio de sus facultativos; en el ámbito aquiliano la cuestión no es distinta, sea que se entienda que existe un desplazamiento del deber de seguridad al plano delictual, o bien que el contrato ha sido un medio para coparticipar en la causación de un daño extrapatrimonial.

Cabe preguntarse si con motivo de la construcción de un edificio existiría responsabilidad civil objetiva no sólo del constructor, sino también del director de obras y del proyectista, y todo ello en relación con los titulares de la acción a que se refiere el artículo 2324 del Código Civil. Y si en el evento de existir responsabilidad, ella sería también solidaria. El punto merece especial estudio con el objeto de hacer más extensiva la responsabilidad frente a estos casos.

La doctrina civilista tras un largo proceso de evolución sostiene que es demandable por indemnización la *persona jurídica*.

La responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad lícita de cualquiera de sus órganos ha sido resuelta afirmativamente, como ente de control resulta responsable por omisión del poder de contralor sobre entidades financieras, y se lo involucra en el daño que sufre el consumidor y la víctima de productos farmacéuticos y medicinales defectuosos.



Sabemos que pueden quedar afuera de esta enumeración otros casos de responsabilidad solidaria y concurrente, porque es impresionante la vocación actual del derecho por encontrar responsables que, *prima facie*, aseguren a la víctima la indemnización, y ello se advierte en cada encuentro de especialistas civilistas, donde se amplían las hipótesis que confirman esta tendencia.

A modo de colofón

Creemos que todo, partiendo por el sentimiento generalizado de la población, al que se une la descodificación del derecho de daños, converge al incremento cualitativo y cuantitativo de la obligación resarcitoria. Hoy, la pregunta ¿hay norma legal que impute el deber de reparar los daños al empresario que desarrolla una actividad riesgosa? es una pregunta sin sentido. Tendrá sentido, por el contrario, preguntar así: ¿es sentimiento generalizado de la población que los titulares de actividades riesgosas deban reparar el daño sin más? Esta pregunta también es respondida afirmativamente por la doctrina civilista, que afirma el carácter objetivo de la responsabilidad en materia de actividades riesgosas.

Pues bien, detenerse en preguntas sin sentido hará que el intérprete pierda el rumbo y yerre en la captación del derecho *vivo*, que es en palabras de G. Santini, *el que prescinde de los objetos jurídicos muertos, aunque se hallen todavía legislados*.

