



Universidad de Chile
Derecho Civil V “Responsabilidad Extracontractual”
Aldo Molinari Valdés y Mónica Pérez Quintana.

Mariales de lectura control N° 2:

1. ELORRIAGA, Fabian. *“El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas.”*
2. TAPIA, Mauricio. *“Perdida de una Chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”.*
3. MOLINARI, Aldo. *“La improcedencia del daño moral colectivo”.*
4. RIZIT, Lucia. *“La responsabilidad de los jefes de colegios por los daños ocasionados por sus alumnos”.*

EL PERJUICIO PATRIMONIAL POR DAÑOS FÍSICOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

1. Aspectos generales¹

En Chile, como antiguamente en el derecho comparado, ha sido tradicional dividir los daños en materiales y morales. A los primeros, que son los que ahora interesan, se los ha concebido como los que afectan o a las personas o a las cosas. El deceso de una persona, las lesiones que se le infieran e incluso el contagio de una enfermedad, han sido normalmente calificados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales como daños o perjuicios materiales².

Sin embargo, la tendencia moderna es la de proponer una clasificación más amplia y más técnica de los daños. En la actualidad, se plantea una división de los perjuicios entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. El criterio básico de distinción, entonces, es la noción misma de patrimonio³.

- 1 Versión escrita de la intervención en las II Jornadas de Responsabilidad Civil, tituladas "El daño indemnizable: en el epicentro de la responsabilidad civil. Jornadas en conmemoración de los 150 años del Código Civil", realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Santiago, los días 29 y 30 de noviembre del 2005.
- 2 Cfr. Abeliuk Manasevich, R. *Las obligaciones*. T. I, Santiago, 1993, p. 204; Alessandri Rodríguez, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, 1983, reimpresión, pp. 221 a 223; Gatica Pacheco, S. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, 1959, pp. 93 y ss.; Meza Barros, R., *De las fuentes de las obligaciones*. T. II, Santiago, 1979, p. 249, y Rodríguez Grez, P. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago, 1999, pp. 289 y 290.
- 3 En extenso sobre este punto, De Cupis, A. *El daño*. Barcelona: 1975, pp. 120 y ss., y Vicente Domingo, E. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona, 1994, pp. 47 y ss.

Los perjuicios patrimoniales son los que afectan intereses estrictamente patrimoniales de la víctima y, por lo tanto, son directamente valorables desde la perspectiva económica. La doctrina y la jurisprudencia desde tiempos remotos han admitido su reparación en este aspecto, tanto del daño emergente como del lucro cesante. El primero representa la disminución patrimonial experimentada por la víctima a consecuencia del siniestro. El segundo, la ganancia o utilidad dejada de obtener como resultado del suceso dañoso. Se aplican incluso en sede extracontractual los criterios propios de la responsabilidad contractual, establecidos en el Código Civil en el artículo 1556, habida cuenta de que los artículos 2314 y 2329 imponen el principio de la reparación de todos los daños, sin distinguir acerca de su naturaleza o configuración.

Los perjuicios no patrimoniales, en cambio, son los que afectan aspectos o elementos de difícil estimación pecuniaria, ya que su contenido no es económico, o al menos no lo es directamente. Su resarcimiento no puede ser por compensación, sino que necesariamente debe serlo por equivalencia; se le reemplaza por una suma sustitutiva. En este sentido, son perjuicios no patrimoniales el daño moral y el daño físico.

Se entiende por daño corporal, también denominado perjuicio físico, biológico o, incluso, fisiológico, aquel que se le causa a la persona en su organismo. Se trata de un daño que afecta la integridad sicosomática del individuo; de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar del individuo. Sintéticamente, el daño corporal es el que afecta la integridad física del hombre⁴.

El daño corporal, en estricto rigor, tiene una entidad propia, es un capítulo aparte que requiere de indemnización y que normalmente no ha sido considerado. De él se derivan perjuicios económicos y no económicos. Los primeros identificados con el daño emergente y el lucro cesante, y los segundos con el daño moral. Una cosa es que un individuo experimente un detrimento en su cuerpo, y otra muy diferente son las consecuencias que de ello se puedan derivar. La pérdida de un dedo, por ejem-

plo, implica una objetiva disminución corporal. De ello se derivan consecuencias económicas a título de daño emergente y lucro cesante; y consecuencias no económicas, como lo es el perjuicio moral⁵.

La configuración del daño físico respecto a sus consecuencias económicas y al daño moral, resulta doctrinalmente bastante clara en países como Inglaterra, Francia, Italia y España. Con todo, todavía es posible observar una buena cantidad de fallos en los que el daño corporal no tiene un contorno preciso, o porque se le incluye dentro de los perjuicios patrimoniales —concretamente en la incapacidad laboral— o bien dentro de los denominados daños espirituales.

2. El daño físico en Chile

En Chile, la autonomía del daño físico no ha sido reconocida por regla general. La doctrina, e incluso algunas sentencias, consideran el daño físico como un perjuicio de carácter material.

Ello ocurre porque se ha confundido el perjuicio corporal con sus consecuencias económicas; concretamente con la incapacidad que tiene el lesionado para generar ingresos y utilidades. Se piensa que quien ha experimentado un detrimento en su cuerpo está incapacitado para trabajar y, por lo mismo, inhabilitado de generar ingresos. Luego, si no se genera ingresos a consecuencia de este daño, quiere decir que tiene una configuración material.

En este sentido, anota Vodanovic que: “La pérdida de un brazo empobrece al individuo: es un capital humano cercenado y la merma de sus facultades para la lucha por la vida representa un daño material valuable en dinero como el que más. En el caso que ponemos, el sujeto ha quedado extraña y tremendamente empobrecido. Su capacidad de trabajo —para no referirnos a otros rubros de la vida— ha quedado disminuida y acaso tronchada su profesión natural como la de pintor o violinista eximio”. Agrega que: “El daño físico es un daño material. Que a su vez genera dolores, molestias constitutivas de daño moral, es otra cosa. El individuo que en un accidente pierde un brazo soporta un daño material. ¿Quién lo duda? Y al mismo tiempo un daño moral por los sufrimientos psíquicos y pesadumbres”⁶.

4 Cfr. Fernández Sessarego, C. *Protección a la persona humana*. En: Daño y Protección a la Persona Humana, Buenos Aires, 1993, p. 76; Lacruz Berdejo, J.L. *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, 1985, p. 515; Malavet Vega, P. *Derecho de daños y Law of Torts*. “La experiencia de Puerto Rico en el derecho codificado y common law”. En: *Derecho de daños*. Ponencias coordinadas por Ribó Durán, L. Barcelona, 1992, p. 139, y Vicente, ob. cit., p. 51. En términos más descriptivos explica Sainz-Cantero que: “Cuando se trata de resarcir daños corporales, en la indemnización suele tenerse en cuenta el tiempo que tardaron en curar las lesiones y la asistencia sanitaria que han requerido; así mismo, las secuelas físicas (anatómicas, funcionales o estéticas) y psíquicas (psicosis, neurosis, psicopatías y otras alteraciones) que resulten” (*Tratado práctico sobre el sistema de responsabilidad civil y penal en el accidente de circulación*, Granada, 1994, pp. 122 y 123).

5 Al respecto, ver Elorriaga De Bonis, F. “Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales”. En: Cuadernos Jurídicos, n.º 1, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar.

6 *Derecho y jurisprudencia del tránsito y de los vehículos motorizados*, Santiago, 1994, p. 148.

En semejante sentido escribe Gatica: “Son daños materiales no solo los que afectan los bienes económicos del acreedor, sus derechos reales y personales, sino también los que alteran o menoscaban su salud, su fuerza, su destreza y, en general, todos los que tengan significación económica para el acreedor, como la belleza física de una artista, la solvencia de un hombre de negocios, etc.”⁷. También sostiene Meza Barros, refiriéndose al perjuicio material, que: “El daño puede afectar a la persona física, como una lesión corporal, o a los bienes de dicha persona, como la destrucción de una cosa de que es dueña”⁸.

Por su parte, Abeliuk sostiene que el “daño material es el que sufre una persona en su patrimonio o en su propia persona física, ya sea que el ilícito cause enfermedad, lesiones o muerte”⁹. En sentido parecido afirma Rodríguez que: “El daño material puede recaer, indistintamente, en la persona o en sus cosas o bienes”¹⁰. Más categórico a este respecto es Alessandri, para quien “el daño material puede recaer en las personas o en las cosas: no solo es indemnizable la pérdida, deterioro, sustracción o destrucción de una cosa mueble o inmueble (...), sino también la muerte de una persona, toda lesión que se le infiera (pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna, de una mano, fractura de un hueso, etc.) y aun la transmisión de una enfermedad contagiosa o venérea”¹¹.

En el mejor de los casos las sentencias consideran que el daño físico es una forma de daño moral, ya que produce un sufrimiento o padecimiento que cuadra bien con la amplísima noción de daño material que rige en Chile.

3. Consecuencias económicas del daño corporal

Dentro del rubro de las consecuencias económicas del daño físico se comprenden los perjuicios patrimoniales. En sentido estricto, estos daños no son perjuicios materiales, pues estos son los que afectan a las cosas, y el que afecta el cuerpo de una persona obviamente no está en esta situación.

En esta materia rige el principio de reparación integral del daño. Por lo tanto, caben como partidas indemnizatorias tanto el daño emergente como

el lucro cesante; es decir, los gastos efectivamente realizados y las ganancias dejadas de percibir a causa del daño físico.

3.1. El daño emergente

El daño emergente es toda y cualquier disminución que experimenta el patrimonio de la víctima como resultado del siniestro o del accidente. En términos económicos es una pérdida de valor presente. El activo real del patrimonio del individuo lesionado disminuye, o bien aumenta su pasivo.

El principio que en este extremo se ha acuñado por la doctrina y la jurisprudencia comparadas, es que la cobertura indemnizatoria debe ser total en la medida de lo razonable. Este principio implica tres cosas diferentes:

a) En primer lugar, importa que la indemnización debe abarcar desde la atención primaria hasta la recuperación síquica y física, incluidos los desembolsos por concepto de rehabilitación, comprendiendo gastos asistenciales, honorarios médicos, paramédicos y enfermeros, farmacia y, como se ha dicho, los necesarios para la completa recuperación.

b) En segundo término, este principio de reparación exige que los gastos hayan sido real y efectivamente cubiertos por la víctima o sus familiares¹², y no cuando estos hayan sido proporcionados gratuitamente a la víctima en virtud de cualquier prestación de salud derivada de un contrato de seguro, del seguro automotriz obligatorio, del seguro general de accidentes del trabajo o, incluso, de las simples prestaciones asumidas por el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) o de una Institución de Salud Previsional (Isapre); sin perjuicio del hipotético y eventual derecho de reembolso que pudiera tener la institución que soportó en definitiva los costos de las lesiones y su recuperación.

c) En tercer lugar, en este principio subyace la idea doctrinaria de que los gastos a indemnizar sean los razonables atendida la naturaleza de la lesión corporal. La noción de desembolso razonable —desarrollada principalmente en el derecho inglés— es esencialmente subjetiva, por lo que requiere de algunas precisiones¹³.

Se reconoce el derecho de la víctima para escoger el centro de salud y la atención médica que más garantías le ofrezcan, público o privado, sin que ello pueda ser impugnado u obstaculizado por el culpable del perjuicio.

7 Ob. cit., p. 94.

8 Ob. cit., p. 249.

9 Ob. cit., p. 204.

10 Ob. cit., p. 290.

11 Ob. cit., pp. 221 a 223.

12 Cfr. Malvet, ob. cit., p. 142.

13 Cfr. Viney, G. y Markesinis, B. *La réparation du dommage corporel: Essai de comparaison des droits anglais et français*. París, 1985, p. 63.

cio corporal¹⁴. La víctima tiene, por consiguiente, libre elección en esta materia, y el obligado al pago de la indemnización no puede exigir que la atención médica sea proporcionada por un determinado servicio sanitario, ni cuestionar el que pueda haber elegido el lesionado. El límite de lo razonable apunta en esencia en dos direcciones diferentes:

Por una parte, se debe tener muy en cuenta la pertinencia del medio utilizado para obtener la curación. Si bien hay libertad de elección en el sistema que se utiliza para la curación de la víctima, se descarta la reparación de grandes gastos innecesarios o superfluos; por ejemplo, la atención en el extranjero cuando ella no es imprescindible o cuando no resulta justificada¹⁵.

Por otra parte, el límite de la razonabilidad apunta a los grandes discapacitados, como parapléjicos u otros de gravedad parecida. En estas hipótesis los gastos sanitarios son enormes y su duración es normalmente indefinida. La reparación completa puede resultar ilusoria y el límite de lo razonable se hace difícil de precisar. En una situación de esta naturaleza los desembolsos médicos pueden superar fácilmente la capacidad económica del causante del daño. En la doctrina y la jurisprudencia comparada pareciera primar la idea de que en estos casos son gastos razonables, y, por tanto, indemnizables, el equipamiento de estas víctimas en su propia casa, con todo el material técnico necesario, y, por supuesto, la asistencia sanitaria y farmacéutica¹⁶.

3.2. Lucro cesante

En el campo de las rentas que la víctima ha dejado de percibir o la pérdida de la legítima utilidad que ha experimentado a causa del hecho dañoso, también rige el ya citado principio de la compensación integral. Se pretende que la indemnización en este rubro sea efectivamente compensatoria, es decir, que tenga la virtualidad de reparar en justa medida la pérdida de los ingresos esperados¹⁷.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 64 y ss.

¹⁵ Es interesante en este punto una ya antigua sentencia española de la Audiencia Provincial de Valencia, del 25 de octubre de 1990, que declaró que: "El derecho de aquellos al que consideraban el mejor tratamiento médico no puede ser mediatizado por nadie y menos por quien resulta responsable del daño, ya que el perjudicado puede escoger el centro sanitario que más garantía le ofrezca en orden a recuperar la funcionalidad del órgano lesionado, y a ello solo puede oponerse quien debe indemnizar, demostrando que el tratamiento médico o quirúrgico empleado no fue el adecuado o que el precio del importe a que asciende el mismo fue desorbitado".

¹⁶ Cfr. Vicente, *ob. cit.*, pp. 104 y 105.

¹⁷ Sobre el particular, Elorriaga De Bonis, F. "Daño físico y lucro cesante". En: *Derecho de daños*, Santiago, 2002, pp. 53 y ss., y "Métodos de cálculo del lucro cesante por daño físico". En: "La responsabilidad por accidentes del trabajo", Cuadernos de extensión jurídica, n.º 10, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2005, pp. 155 y ss.

Para configurar el lucro cesante solo se deben tener en cuenta las ganancias netas que habría experimentado la víctima de no ocurrir el siniestro, y no los ingresos brutos, pues ello sería tanto como operar en favor de la víctima un enriquecimiento sin causa, toda vez que se trataría de ingresos que no se iban a recibir efectivamente por la víctima, sino que, por ejemplo, irían a parar al fisco por concepto de impuesto a la renta.

4. Los problemas del lucro cesante

Uno de los principales inconvenientes que ha experimentado el lucro cesante a los efectos de su indemnización, es el de haber sido aparejado a la idea de perjuicio incierto. A partir del principio según el cual el daño para ser indemnizado debe ser cierto, se entiende que todo perjuicio que no sea cierto no puede ser indemnizado, y ocurriendo que el lucro cesante en muchos casos no puede ser precisado enteramente, parece que se debiera concluir que tal perjuicio es incierto y, por lo mismo, no indemnizable.

En esta materia, ha existido un problema de enfoques en Chile. En efecto, el lucro cesante ha sido definido —normalmente— en oposición al daño emergente, en una suerte de antagonismo que no es real. No se trata de conceptos opuestos, sino de daños distintos, entre los que no existe necesariamente una oposición conceptual como parece desprenderse de la doctrina tradicional.

Así, por ejemplo, señala Alessandri que el daño emergente es la "pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, o del incumplimiento imperfecto y tardío de ella; es el empobrecimiento efectivo, la disminución real del patrimonio que el acreedor sufre a consecuencia del incumplimiento de la obligación". A su turno expresa que el lucro cesante es "la utilidad que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento efectivo, oportuno e íntegro de la obligación... viene a ser, en buenas cuentas, la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera cumplido". El mismo autor explica que de los daños patrimoniales posibles, "sin duda alguna, el más importante es el daño emergente, y lo es porque supone una pérdida real, efectiva y manifiesta en el patrimonio del acreedor (...). No sucede lo mismo con el lucro cesante, que es algo hipotético, que es algo que anda en el terreno de las suposiciones; y de ahí, la gran dificultad que hay en la práctica para establecerlo"¹⁸.

¹⁸ Alessandri Rodríguez, A. *Teoría de las obligaciones*, Santiago, 1939, p. 97.

En el mismo sentido, Gatica manifiesta que: “El lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres”.

Así mismo, estima Fueyo que el daño emergente es “la pérdida efectiva que sufre el acreedor a consecuencia del incumplimiento en alguna de sus formas. Envuelve cercenamiento, disminución real, descuento efectivo de un valor determinado”; en tanto el lucro cesante “comprende lo que el acreedor deja de ganar con motivo de la infracción del contrato”¹⁹.

De la misma manera sostiene Meza Barros que: “El incumplimiento de la obligación puede causar un efectivo empobrecimiento al acreedor y, a la vez, privarle de las ganancias que intentaba procurarse (...). El daño emergente es, pues, la disminución o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio; el lucro cesante, la privación de la legítima ganancia que le habría reportado el cumplimiento de la obligación”²⁰.

Si se examinan estas concepciones, se podrá observar sin dificultades que al daño emergente se le tiene por un daño cierto, real y efectivo, lo que hace suponer que el lucro cesante pareciera no gozar de estas características, pasando a ser, aunque no se diga explícitamente, un daño incierto, irreal o no efectivo.

5. La jurisprudencia chilena

Esta concepción, en general, ha sido seguida de cerca por la jurisprudencia tradicional, la que ha señalado de manera reiterada que el daño emergente es empobrecimiento, pérdida o disminución real y efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de un contrato o de un hecho ilícito. En tanto, el lucro cesante ha sido concebido como lo que dejó de percibir el acreedor como resultado del incumplimiento de la obligación o del delito o cuasidelito. Ello ha llevado a que por muchos años los tribunales hayan tenido una posición reticente a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización a título de lucro cesante.

Así, por ejemplo, existen varias sentencias libradas por la Corte de Apelaciones de Santiago, que siguen esta línea:

19 Fueyo Laneri, F. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago, 1992, pp. 451 y 452.

20 Ob. cit., p. 303.

En sentencia del 26 de septiembre de 1990, se resolvió que: “Los daños propiamente patrimoniales deben ser acreditados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto, situación dentro de la cual se encontraría en autos la indemnización que el actor caracteriza como lucro cesante y que evalúan en un eventual menor ingreso que soportará la familia ante la pérdida del jefe de hogar; pero es el caso que ello es insuficiente, a juicio de esta Corte, para determinar con precisión dicho daño, ya que no basta la simple estimación de la posible vida laboral de la víctima para inferir de ello lo que su familia habría dejado de percibir con motivo de su muerte, toda vez que existen eventualidades, como enfermedades, el despido, el término de labores para que fue contratado, que por el solo hecho de concurrir echarían por tierra todos los cálculos efectuados con anterioridad sin mayor acopio de antecedentes”.

Entre tanto, en sentencia del 28 de octubre de 1999, se resolvió que: “En cuanto a los daños y perjuicios solicitados por la actora, que corresponde a la remuneración última del occiso por cada uno de los meses de vida activa que le habría correspondido trabajar hasta su jubilación, no se

Para establecer la existencia y monto del lucro cesante es necesario un juicio de probabilidad sobre su existencia y cuantía, sin que este deba ser seguro, matemático, exacto o infalible

ha acreditado en autos el daño patrimonial efectivamente causado (...) para estimar el lucro cesante, esta Corte estima que no es posible hacer el cálculo que hace la actora, pues es improcedente acoger beneficios hipotéticos que habrían correspondido a la actora, en caso de que hubiera permanecido unida a su conviviente por el promedio de vida de este”.

La misma Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, con fecha 11 de julio del 2000, que si bien la víctima tenía treinta y dos años a la época del accidente y, por lo tanto, no es descartable que hubiese podido continuar desempeñándose en las faenas en las que se lesionó, no lo es menos que esta judicatura carece de evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora durante toda su vida laboral, “por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del siniestro hubiere necesariamente de perdurar de por vida y, siendo así, no se da la indispensable responsabilidad que siempre va aneja a la obligación de indemnizar” (FM, n.º 503, p. 3659).

Nuevamente la Corte insiste en este predicamento en fallo del 11 de marzo del 2002, cuando resuelve que: “La posibilidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo”, no es cierta, “puesto que los contra-

tos de trabajo y sus condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias”²¹.

La referida Corte ratifica esta línea en sentencia del 9 de julio del 2002, que rechaza el capítulo del lucro cesante, entendiendo que, según lo prevenido en el artículo 1558 del Código Civil, “no hay elementos que permitan determinar el tiempo durante el cual —de no mediar el accidente— se habría extendido la relación laboral que vinculó a las partes, todo lo cual impide establecer la relación de causalidad que exige la norma recién citada e impide dar lugar al cobro que por este concepto se formula en la demanda”²².

Este criterio de solución se manifiesta en varias sentencias de otras cortes de apelaciones chilenas. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 25 de junio de 1997. La sentencia de primera instancia estimando procedente la indemnización de lucro cesante de la víctima la determinó tomando en consideración “el porcentaje de incapacidad del actor, la remuneración percibida por este a la fecha del accidente y sus expectativas de duración en el mismo cargo con más sus reajustes”, cantidad que se fijó en \$12.000.000.

La Corte señaló, en cambio, que en el proceso se había acreditado que desde el accidente la empleadora del actor siguió pagándole la remuneración y que, además, le cambió el contrato que tenía a plazo fijo por uno indefinido; por lo tanto, “como consecuencia de lo anterior, cabe concluir que el actor no ha sufrido lucro cesante con motivo de su accidente y si bien debe soportar una incapacidad parcial de un 27,5%, obtuvo el subsidio o indemnización que para este efecto contemplan las leyes laborales (...) la circunstancia de que en el futuro el demandante pueda sufrir alguna merma en las remuneraciones que espera obtener en sus actividades laborales, no es posible determinar y constituyen simples expectativas que no se pueden considerar lucro cesante”.

También la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió, por sentencia del 1.º de agosto del 2001, que: “Para que el lucro cesante sea indemnizable, debe tratarse de la privación de una ganancia cierta y no de la posibilidad de su obtención en el largo plazo como se plantea en autos, toda vez que los contratos de trabajo y sus condiciones futuras se encuentran sujeto a diferentes contingencias que no pueden deducirse solo con los antecedentes agregados al proceso”²³.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo del 10 de julio del 2002, sentenció que no existe certeza alguna de que el demandante viviría “26 años más y que durante ese lapso de tiempo conservaría su anterior empleo”²⁴.

Finalmente, y en el mismo sentido antes expuesto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia del 13 de diciembre del 2002, resuelve que el lucro cesante no se puede establecer multiplicando los ingresos del fallecido por el tiempo que faltaba para que cumpliera 65 años, ya que ello “es un mero cálculo de probabilidad que no resiste mayor análisis certero que produzca la convicción para admitirlo o ratificarlo una decisión jurisdiccional”²⁵.

6. La situación en el derecho comparado

La concepción del lucro cesante que se comenta está francamente abandonada por la moderna doctrina y jurisprudencia comparadas. En el derecho comparado esta partida tiene, en muchos casos, bastante más importancia que el daño moral, el que permanece más bien como un capítulo indemnizatorio complementario²⁶.

No se discute que el lucro cesante para ser indemnizado debe ser cierto; pero esta certeza, por la naturaleza de este capítulo indemnizatorio, es de carácter necesariamente relativa. No es posible exigir certeza absoluta allí donde, por la configuración de este perjuicio, no pueda haberla.

No es posible aspirar a una certeza completa ahí donde, por definición, ella no se puede dar. Precisamente, la idea que impera es que la certidumbre que es procedente en esta materia no es la absoluta, sino relativa y fundada en antecedentes objetivos.

Sobre esta base, toda la doctrina, jurisprudencia e incluso legislación modernas están conformes en que para llegar a establecer la existencia y monto del lucro cesante, es necesario un juicio de probabilidad en cuanto a su existencia y cuantía, sin que este necesariamente deba ser seguro, matemático, exacto o infalible.

A este respecto, se deben establecer consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas, y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie. De

24 FM, n.º 506, p. 5267.

25 Causa Pizarro y otras v. Codelco Chile, División Radomiro Tomic, Rol n.º 257/03.

26 Sobre el particular se puede consultar Le Roy, P. *Diferencias en el derecho de indemnización por daños personales en Europa*, de junio del 2003. Disponible en: www.genre.com.

21 Causa Sepúlveda Allendes con Pesquera Sopesa Alimar S.A., Rol 1895/03.

22 FM, n.º 510, p. 959.

23 Causa Contreras Sánchez v. Zuzulich Vásquez, Rol n.º 420/00.

lo contrario, ocurre que en beneficio de la certeza absoluta se deja de lado la reparación de un daño que es real.

En ese orden de razonamientos para determinar el lucro cesante que ha experimentado una persona por daño físico, resulta razonable, normal y dentro del curso natural de los acontecimientos considerar los ingresos de la víctima, anteriores al suceso ilícito, y tomarlos como base para calcular las utilidades que ha dejado de percibir a consecuencia de él.

En el curso natural de los acontecimientos es razonable pensar que una persona que ha quedado incapacitada para laborar por un período más o menos largo de tiempo, queda privada de un ingreso más o menos equivalente al que tenía antes del suceso por el período que ha permanecido en ese estado. El juicio de probabilidad indica que es razonable entender que existe una utilidad frustrada, que se debe reparar con el auxilio de un cálculo estimado de las pérdidas por este concepto.

242

El Tribunal Supremo de España, en sentencia del 31 de mayo de 1983 y manteniendo un criterio que ha permanecido en el tiempo, resolvió que a los efectos de la indemnización del lucro cesante, ello “no puede menos que hacerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos”.

En Argentina, se falló que: “La indemnización del lucro cesante tiene su fundamento y límite en la probabilidad objetiva cierta (vale decir, suficiente) que emana del curso natural de las cosas y de las circunstancias generales o especiales del caso concreto (razonabilidad y verosimilitud)”. También ha fallado que: “Cuando lo que se trata de evaluar es el lucro cesante, no es menester una certeza matemática, sino solo un juicio de verosimilitud, como quiera que el objeto de la prueba es la probabilidad de obtención de una ganancia frustrada”²⁷.

El parágrafo 252 del Código Civil alemán (BGB) señala que: “Considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales cir-

En caso de muerte de la víctima no existe un sistema de puntuación por las lesiones sufridas sino que se tiene en cuenta una tabla de indemnizaciones básicas, según sus circunstancias

cunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas”.

Aplicar este juicio de probabilidad conduce a excluir los meros sueños de ganancia por parte de la víctima; o las utilidades posibles, pero no probables; ni las ganancias que impliquen sucesos en verdad extraordinarios, ya que ello se aleja del curso ordinario de las cosas, por lo que en caso alguno pueden ser considerados como criterio base para determinar el lucro cesante. No sería coherente con un juicio de probabilidad y el curso normal de las cosas, que la víctima en el futuro hubiere podido obtener un trabajo con una renta ostensiblemente mayor a la que percibía por la labor desempeñada a la fecha de los sucesos, puesto que si bien ello teóricamente es posible, no resulta probable, y las sumas así establecidas se acercan a los sueños de ingresos prodigiosos, pero se alejan de las probabilidades reales en la vida de la víctima. Para amparar la pretensión de lucro cesante, no se podrían esgrimir grandes y lucrativos negocios que en el futuro la víctima pretendía otorgar, en circunstancias que ello, supondría situaciones que no encuentran respaldo en la naturaleza de los negocios que efectivamente celebraba a la fecha del ilícito.

243

Por otro lado, y en sentido inverso, también se deben descartar los sucesos extraordinarios que se suelen suponer para evitar la concesión del lucro cesante. Es frecuente que ante la posibilidad de calcular matemáticamente lo que la víctima habría percibido entre el accidente y la fecha del cese de la vida útil o esperada, se oponga que ello es imposible, ya que en ese período temporal la víctima podría haber enfermado gravemente, o podría haber sufrido un accidente, o podría haber perdido el trabajo, todo lo que le habría impedido percibir las sumas de dinero que se contabilizan en el cómputo del lucro cesante. Lo natural es que un sujeto comience su vida laboral, más o menos, a partir de los 20 ó 25 años, y luego la continúe en ascenso hasta su jubilación, sin que los infortunios frustren, en la inmensa mayoría de los casos, estos sucesos.

7. El lucro cesante estimable no se puede confundir con el irreal

Todo lo antes dicho acerca de la configuración del lucro cesante no puede permitir que a su amparo se pretenda construir acomodaticamente un perjuicio inexistente o irreal. El lucro cesante para ser indemnizado debe ser real, es decir, debe existir efectivamente, además, no se puede construir artificialmente un lucro cesante allí donde en verdad no existe. Hay lucro cesante cuando una persona tenía ingresos reales y los deja de percibir a consecuencia de una lesión física que le impide seguir produciéndolos. También hay lucro cesante cuando una persona —efectiva y realmente— obtiene de otra un determinado ingreso y deja de percibirlo

27 Sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial de Santa Fe, de fecha 30 de abril de 1976 y del Tribunal Supremo de Córdoba, de fecha 14 de abril de 1989, citadas por Zavala de González, M. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: 1996, T. 2.º, pp. 310 y 311.

por la muerte de ella. Así, la cónyuge o los hijos pueden tener lucro cesante por la muerte de su padre. Pero no experimenta lucro cesante quien no tenía ingresos de otra que fallece a consecuencia de un hecho ilícito. Por ejemplo, no es posible que la madre pretenda lucro cesante por la muerte de su hijo si es que este, efectivamente, no le proporcionaba a ella un ingreso real.

En este sentido, se debe precisar que todo cuanto dice la doctrina respecto de la configuración del perjuicio físico y sus consecuencias, es con el fin de contar mejor los daños, pero en caso alguno se pretende crear un perjuicio allí donde no existe. Por lo mismo, la aplicación de estos criterios no puede tener por objeto abultar la indemnización que se solicita mediante la agregación imaginaria de perjuicios que en verdad no existen. Lamentablemente, eso es lo que muchas veces acontece en los hechos, pues abundan las demandas en las que el capítulo del lucro cesante parece tener como único propósito aumentar las cifras, siendo que ese perjuicio no ha existido.

244

8. Jurisprudencia chilena que reconoce el lucro cesante por daño físico

A pesar de lo que antes se mencionó sobre cierta inclinación judicial a rechazar el capítulo indemnizatorio por lucro cesante, existe un nutrido número de sentencias que, apartándose de este criterio, adoptan uno más flexible a la hora de conceder y ponderar esta partida indemnizatoria.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que en caso de muerte es posible determinar el lucro cesante por la suma que resulte del importe de un ingreso mínimo mensual por un plazo de diez años²⁸. También se ha fallado que el lucro cesante se puede establecer sobre la base de sueldos vitales mensuales de un empleado particular del Departamento de Santiago escala "A", debido a los dos años de cicatrización de heridas y que han dejado a la víctima con incapacidad funcional casi definitiva²⁹.

En el mismo sentido, se ha dicho que el lucro cesante se puede determinar sobre la base del salario mínimo del occiso, su edad, competencia, buena salud, buena conducta, multiplicando sus ingresos diarios por los años restantes de vida³⁰.

28 Cfr. RDJ, T. 85, 4, p. 26.

29 Cfr. RDJ, T. 72, 4, p. 162. También en FM, n.º 199, p. 72.

30 Cfr. GT, 19220, T. 2, s. 86, p. 432.

Otras veces, casi de manera prudencial, se ha estimado que con la muerte del jefe de hogar resulta un lucro cesante para su familia, ya que ella sufrirá un perjuicio económico al dejar de percibir ingresos a consecuencia del fallecimiento del padre joven, con un empleo estable desde 1960 y que percibía un buen sueldo para la época de la sentencia³¹.

Esta manera de abordar la reparación del lucro cesante se ha mantenido en algunas sentencias más recientes. En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 23 de septiembre de 1991, resolvió que: "En cuanto dice relación con el lucro cesante los actores demandan la suma de \$ 73.098.255 al 1.º de julio de 1987. Al respecto, halla acreditado en autos que el señor (...), debido a su juventud y a sus grandes expectativas de trabajo en empresas dedicadas al rubro de transportes frigorizados, en constante aumento, fuera de contar con una buena educación contaba con un ingreso promedio de \$ 300.000 (trescientos mil pesos), el que extendido a treinta y cinco años más de vida, que estima el sentenciador como promedio de vida laboral del señor (...) nos deja una cantidad de \$ 126.000.000 (ciento veintiséis millones de pesos), pero atendido a lo pedido por los actores, se fijará en la cantidad de \$ 73.098.255 (setenta y tres millones noventa y ocho mil doscientos cincuenta y cinco pesos), como lucro cesante".

245

En el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 9 de julio de 1996, ha resuelto que: "La circunstancia de que el demandado haya continuado trabajando en la empresa (...) fundada esencialmente en que la incapacidad anotada le impediría ganar el auténtico salario que le corresponde hasta cumplir los 65 años, si se encontrare en normales condiciones físicas, sin la grave amputación que recibiera en su pierna izquierda".

Entre tanto, la sentencia de la Corte Suprema, del 28 de mayo del 2002, autos Rol 4.758/01, ha señalado que: "En la especie, que es un accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor. Le produjo una disminución de la ganancia percibida a esa fecha, la que de acuerdo al curso natural de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente".

Lo mismo acontece en el fallo pronunciado el día 25 de enero de 1999 por el Cuarto Juzgado Civil Talca, cuando en su considerando vigésimo séptimo señala que con relación al lucro cesante demandado, esto es, "las expectativas de ganancias de carácter económico que tenía su cónyuge a la fecha de su fallecimiento, quien contaba con 28 años de edad, derivado

31 Cfr. RDJ, T. 55, s. 4, p. 209.

de su actividad laboral, cabe señalar que resulta indiscutible que el abrupto deceso de una persona en plena actividad laboral produce perjuicios económicos a su entorno familiar, toda vez que en lo sucesivo no se contará con parte de los ingresos del fallecido para la mantención familiar.

Independientemente de la dificultad para determinar un monto equitativo del rubro en análisis y de diversos sistemas que la doctrina ha elaborado para su justa cuantificación, es importante observar que para su adecuado establecimiento se deben considerar cuatro aspectos fundamentales:

(i) Determinar los ingresos efectivos que percibía el difunto a la fecha de su muerte; (ii) considerar su edad y de allí establecer su vida útil en el campo laboral; (iii) fijar una media de los años de vida útil laboral que le quedaban, toda vez que por las oscilaciones propias del trabajo, como por las circunstancias de la vida, no cabe siempre considerar que la plena actividad laboral o la duración de la vida de una persona siempre se va a extender a los 65 años y (iv) descontar de sus últimos ingresos la proporción que correspondía a su propio sustento, habida consideración que no resulta ajustado a la equidad realizar operaciones matemáticas de acuerdo al ingreso íntegro percibido a la fecha del fallecimiento de una persona, en atención a que en vida de la misma, parte de dicho ingreso se invertía en su propia subsistencia³².

9. Métodos de cálculo del lucro cesante

Para los efectos de la contabilización del lucro cesante, se han venido desarrollando una serie de mecanismos que procuran proporcionar una fórmula objetiva, lo más aceptable posible, que permita calcular cuánto ha afectado el siniestro la capacidad de la víctima para generar ingresos y cómo es posible pronosticar la pérdida económica futura.

El objetivo de todos estos métodos no es, como se pudiera pensar a primera vista, la construcción de un daño donde no lo hay o el aumento de la cuantía indemnizatoria. La finalidad de todos estos sistemas resulta meramente instrumental. Solamente pretenden evaluar un daño que se sabe cierto de la manera lo más correcta y objetiva posible, a fin de que personas que experimentan una misma lesión tengan como contrapartida una indemnización acorde con ella. No persiguen, en caso alguno, ser criterios de evaluación obligatorios y aplicables en todo caso sin matices, ni privar a los tribunales de las funciones que les corresponden en la valo-

32 Confirmada con declaración por la Corte de Talca el día 20 de junio del 2001 y rechazados los recursos por la Corte Suprema el día 27 de mayo del 2003.

ración de los perjuicios, sino que sirven de orientación objetiva en la ponderación del daño a partir de datos enteramente comprobables científicamente³³.

Una ilustrativa sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Córdoba, con fecha 22 de marzo de 1984, señala que el *quantum* del lucro cesante "no puede depender de una valoración absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una mera enunciación de pautas realizada de una manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso concreto, al resultado a que se arriba. Por el contrario, tiene que ser el fruto de un razonamiento exteriorizado en la sentencia, sobre bases objetivas y cuyo desenvolvimiento puede ser controlado desde la óptica de la sana crítica racional (...), lo que 'hace aconsejable la elección, dentro de lo posible, de un procedimiento uniforme para la fijación del importe indemnizatorio que, a la par de facilitar el contralor de las partes, del Tribunal de Casación y del público en general, sobre el modo y los elementos tenidos en cuenta para arribar a aquel monto, facilite a los litigantes una herramienta idónea para arribar a una razonable previsión sobre los posibles resultados económicos de estos pleitos, circunstancia que facilitaría la composición de muchos de ellos por el libre acuerdo de las partes, con un menor desgaste jurisdiccional y una mayor prontitud en la reparación de los perjuicios"³⁴.

9.1. Método de cálculo por puntos

Este sistema se basa en la existencia de una serie de tablas que, por una parte, cuantifican la extensión del daño corporal bajo la fórmula de atribuirle puntaje y, por otra, lo valoran al asignarle un valor concreto a cada punto de incapacidad. Naturalmente esto supone la aprobación legal de una tabla de incapacidades en la que a cada lesión física se le asigne un número de puntos, de suerte que un mayor número de lesiones o una mayor gravedad de ellas determina un puntaje superior. Así mismo, este sistema implica que, también por vía legal, se establezca un valor económico a cada punto. El valor del punto no siempre es igual, pues él aumentará en la medida en que la edad de la víctima sea menor, ya que la menor edad determina más años de supervivencia con las secuelas. De esta forma, la cuantía de la indemnización es proporcional al porcentaje de incapacidad y a la edad de la víctima. A menor edad, mayor indemnización y a mayor incapacidad o gravedad de la lesión, mayor indemnización.

33 Cfr. Lambert-Faivre, Y. *Droit du dommage corporel*. París, 1996, p. 186.

34 Citada por Iribarne, H. *Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daño a la persona*. En: Derecho de Daños, Buenos Aires: 1996, p. 211.

En el caso de muerte de la víctima inicial, no existe un sistema de puntuación por las lesiones sufridas, sino que se tiene en cuenta una tabla de indemnizaciones básicas que son mayores o menores dependiendo de las circunstancias personales de la víctima.

Aplicando estas tablas a cada caso concreto, es posible determinar la indemnización básica que le corresponde a la víctima directa de las lesiones físicas, o a las víctimas por rebote o reflejas en el caso de muerte.

En cuanto a la aplicación del cálculo del lucro cesante, la indemnización que resulta determinada en la forma antes señalada, se corrige dependiendo de los ingresos anuales de la víctima. De este modo, un sujeto de mayores ingresos tendrá derecho a que la indemnización básica que determine la aplicación de las tablas le sea corregida hacia arriba en un porcentaje establecido por una tabla de adecuaciones.

248 Este sistema ha sido objeto de bastantes reparos doctrinarios a la hora de cuantificar el lucro cesante. Se le considera, en general, un método abstracto, en la medida en que prescinde de los ingresos reales de la víctima, y porque, además, confunde el daño corporal puro con sus consecuencias económicas.

Este método de cálculo estaba recogido en España en la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, según la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la *Ley 30 de 1995, del 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Hoy lo está en el Real Decreto Legislativo 8 del 2004, del 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*.

En todo caso, se debe advertir que el anterior sistema fue parcialmente declarado inconstitucional por una sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 29 de junio del 2000.

Según ella, en este sistema de valoración tasada se introducen ciertas normas en las que el legislador ha llevado hasta tal extremo su voluntad generalizadora con relación a determinados derechos vinculados al resarcimiento del daño personal, que ha impedido que los perjudicados en accidentes de tránsito puedan obtener en el proceso, indemnizaciones individualizadas y reales. Al tratarse de un sistema legal de tasación de carácter cerrado, que no incorpora una

La determinación del lucro cesante se debe hacer sobre parámetros objetivos y matemáticos. Esta debe ser corregida por el juez según las circunstancias subjetivas de la víctima

previsión que permita la compatibilidad entre las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso por la pérdida real sufrida, establece un impedimento insuperable para la individualización del verdadero alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso. Esto frustraría la legítima pretensión resarcitoria del afectado, al no permitirle acreditar una indemnización por valor superior al que resulte de la estricta aplicación del sistema. Esto, a juicio del Tribunal Constitucional, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución española. Por ello, la sentencia ha considerado que cuando existe —judicialmente declarada— culpa relevante que sea la causa determinante del daño a reparar, los perjuicios económicos se hallarán afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener, podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso³⁵.

9.2. Método multiplicador o lineal

Quizás por su sencillez, el método multiplicador o lineal sea el más extendido para calcular la pérdida patrimonial futura derivada de siniestros que afectan la integridad física de las personas. Consiste en multiplicar los ingresos anuales de la víctima adquiridos con anterioridad a la ocurrencia de los hechos (multiplicando), por el número de años que presumiblemente le restan por vivir o sufrir el daño al afectado (multiplicador).

35 En cualquier caso, las críticas a este sistema ya eran patentes en la jurisprudencia. La Segunda Sala del Tribunal Supremo resolvió, el 5 de julio de 1999, que: "Con independencia de los razonamientos empleados para demostrar la inconstitucionalidad de la norma, cuya solución no nos corresponde por falta de competencia, nos inclinamos, desde una perspectiva general de hermenéutica, por entender, cómo de un modo amplio hace la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 1997, que no se puede sustraer a la función jurisdiccional la aplicación del *quantum* indemnizatorio en cada caso concreto, por ser a los jueces y a los tribunales, según una interpretación lógica de los citados artículos 109 y siguientes, a los que corresponde examinar las circunstancias concurrentes en los hechos y de ahí deducir las sumas a pagar por el agente comisor a favor de la víctima, de sus herederos o perjudicados por el suceso, función jurisdiccional que no puede en modo alguno verse constreñida o encorsetada por unas normas tan tajantes y monolíticas como las contenidas en la Ley de 1995 y concretamente en su anexo. Ello no quiere decir, sin embargo, que hayamos de desecharlas de plano, porque indudablemente pueden servir de indicativo o vía analógica para el correspondiente acuerdo indemnizatorio y su cuantía, o, lo que es lo mismo, no es admisible que se impongan a los tribunales como de obligado cumplimiento, pero sí que estos puedan aceptar esa norma y aplicarla con los matices y diferencias que crean conveniente dentro de su arbitrio imperativo, aunque con el deber de motivar adecuadamente la solución a la que lleguen".

Si el afectado sufre de incapacidad absoluta para generar rentas y antes del accidente tenía ingresos permanentes y uniformes, la aplicación de este método no ofrece mayores dificultades, reduciéndose a una mera operación aritmética a cuyo resultado se pueden aplicar los factores de corrección que se estimen pertinentes. Por el contrario, si la incapacidad no es absoluta o la persona no gozaba de rentas uniformes, la aplicación de este procedimiento se complica.

La incapacidad relativa de la víctima lleva a pensar que del resultado de la multiplicación se debe descontar toda aquella cantidad que el sujeto esté en condiciones de producir a pesar de su daño corporal.

El problema está en que el porcentaje de incapacidad funcional no siempre incide proporcionalmente en la capacidad para producir ingresos, pudiendo ser más o menos grave dependiendo de la profesión del individuo, cuestión que necesariamente debe tener en cuenta el juez.

Así, por ejemplo, un abogado que pierde una mano tiene la misma discapacidad funcional que la que puede tener un médico cirujano en iguales condiciones, pero es evidente que la capacidad para generar ingresos del abogado se mantiene en gran medida a pesar de la inhabilitación parcial, cosa que no sucede con el médico cirujano.

En estos casos, no basta con decir que si la discapacidad es de un 30%, la renta futura también se debe reducir en esa cantidad, pues, como se ha dicho, el porcentaje de invalidez no repercute directamente en el montate de las ganancias. En cualquier caso, es difícil pensar en una forma más objetiva para estos efectos, y nada impide que si el resultado conduce a algún tipo de injusticia, pueda ser corregido por el juez de la causa.

En cuanto a las personas con rentas variables, la única alternativa razonable, si se sigue este método, es buscar el promedio de ganancias que la víctima experimentó en los años inmediatamente anteriores al accidente, para que una vez obtenida esta cifra se proceda a la multiplicación.

9.3. Método del capital rentable

El método del capital rentable consiste en la determinación matemática de una suma de dinero que colocada convenientemente en el mercado bancario o financiero a interés, sea capaz de generar una utilidad equivalente a los ingresos del lesionado, anteriores a los hechos que provocaron su incapacidad.

Este sistema presenta el inconveniente práctico consistente en que la víctima al final de su incapacidad dispondrá de un fondo patrimonial que permanecerá intacto después de años de haberse reajustado y generado

intereses, originándose un enriquecimiento para la víctima³⁶. Por ello, en los casos en que se ha considerado procedente, su aplicación ha resultado bastante particular.

Así, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de Inca, España, de fecha 28 de octubre de 1986, condenó a una aseguradora a "constituir un fondo patrimonial de 40.000.000 de pesetas en entidad bancaria susceptible de devengar intereses que se acumularán al capital, siendo dicha suma de propiedad de la entidad obligada al depósito (la compañía de seguros), los cuales quedarán afectos, durante toda la vida del presunto incapaz, al cumplimiento de todos los gastos causados o que se pudieran causar, tales como farmacéuticos, clínicos, hospitalarios y médicos".

En todo caso, se debe tener presente que el fallo no se refiere propiamente al lucro cesante, sino que al daño emergente. Sin embargo, el principio es el mismo: un capital susceptible de generar el dinero que sea necesario para la víctima.

9.4. Método del capital amortizable o matemático financiero

Se puede sostener que el método del capital amortizable o matemático-financiero es una adecuada corrección de la fórmula concebida a través de un capital rentable.

Se trata aquí de salvar el problema que representa un capital que no se vaya consumiendo a lo largo de los años. De acuerdo con este modelo, el lucro cesante debe ser determinado mediante una operación matemático-financiera, denominada por algunos fallos como "fórmula Moore", que consiste en determinar un capital que colocado a un interés del 6% anual, se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieren recibido de no haber mediado el evento.

Como se aprecia, la principal diferencia con el sistema anterior radica en que en este sistema se va consumiendo el capital, de suerte que al fin del tiempo previsto este se agote³⁷.

En Argentina este es un método que se aplica con relativa frecuencia a fin de precisar de la mejor forma posible el capítulo del lucro cesante. Los

36 En este sentido, Lambert-Faivre, ob. cit., p. 185.

37 Véase, en este sentido, Azpeitia, G.; Lozada, E. y Moldes, A. *El daño a las personas. Sistemas de reparación*. Doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires: 1998, pp. 156 y ss.; Iribarne, ob. cit., pp. 208 y ss. y Zavala, ob. cit., T. 2 b, pp. 466 y ss.

tribunales argentinos han resuelto, por ejemplo, que “la indemnización a otorgar por la muerte de una persona debe ser de una cuantía tal que permita a los beneficiarios obtener una renta que supla la carencia de los aportes de la víctima y cubra las necesidades de aquellos, de tal modo que su prudente inversión permita consumir los intereses y el capital en el lapso probable en que estas necesidades exigieran esos aportes”³⁸.

También se ha fallado que: “El monto de la indemnización por fallecimiento no puede estar dado por la acumulación de lo que serían los ingresos que hubiera obtenido la víctima después del accidente y hasta lo que presumiblemente hubiese sido el fin de su vida o durante el tiempo en que sus hijos no hubieren alcanzado la edad que les permitiera atender su propia subsistencia. Lo que corresponde es fijar una suma tal que, con los intereses que vaya devengando y con la paulatina disminución de su monto —hasta quedar consumido al finalizar el término—, tenga la virtud de asegurar a los damnificados la posibilidad de gastar mensualmente una suma que equivalga al ingreso mensual que estos deberían percibir durante todo ese tiempo”³⁹.

De igual manera se ha resuelto que esta reparación “debe estar dada por un capital que puesto a interés del 6% anual se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieran recibido de no haber mediado el evento”⁴⁰.

También se ha sentenciado que “la reparación por lucro cesante a favor de la viuda debe fijarse en un capital que, puesto a interés, permita un retiro periódico similar al que el causante hubiese destinado para subvenir en las necesidades de aquella, tornándose, en principio, como límite de amortización el término de la vida útil del causante, pues razonable es presumir que este se hubiese acogido a los beneficios de la jubilación al cumplir la edad necesaria para obtener el haber previsional máximo”⁴¹.

Por último, también se ha fallado que “la indemnización que corresponde otorgar a los hijos de la víctima en concepto de lucro cesante debe reflejar el efectivo detrimento patrimonial provocado por el deceso, debiendo determinarse el aporte mensual que aquel efectuaba asistiendo a

sus deudos. Para ello corresponde adoptar la ‘fórmula Moore’, que permite fijar un capital que, al ser colocado a interés, permitirá obtener una renta similar al detrimento patrimonial generado a partir del hecho dañoso, a la par que se verifica el consumo de parte del capital, que se extinguirá totalmente al concluir el término de vida útil considerado”⁴². Esta fórmula a la que aluden la doctrina y los fallos recién citados, se expresa así:

$$C = a \times \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+i)^n}}{i} \right] \text{ (o bien } C = a \times (1 - V^n) \times \frac{1}{i}$$

C: Representa la incógnita, el capital buscado y que se debe poner a interés.

a: Pérdida anual de capacidad de ganancia de la víctima, es el porcentaje de incapacidad de trabajo.

n: Es el número de períodos a considerar.

i: Es la tasa de interés.

Ejemplo:

Víctima	
Ganaba	\$ 10.400.000 anuales
Porcentaje de incapacidad	80%
Vida útil	65 años
Edad	33 años
Años que restan	32 años
Interés	6% anual

$$\text{Capital} = 8.320.000 \times \left[\frac{1 - \frac{1}{(1+0,06)^{32}}}{0,06} \right]$$

Indemnización: \$ 117.174.000.

38 Sentencia de la Sala 2.ª de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, de fecha 6 de noviembre de 1987, citada por Zavala, ob. cit., 2 b, p. 476.

39 Sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, de fecha 10 de julio de 1974, citada por Zavala, ibídem, pp. 476 y 477.

40 Fallo de la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha 16 de junio de 1978, citada por Azpeitia, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 157.

41 Sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha 7 de junio de 1984, citada por Azpeitia, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 158.

42 Sentencia de fecha 12 de marzo de 1998 de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de Posadas, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 901.

9.5. Método concreto

El método concreto es el llamado por algunos no-método, ya que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de cualquier criterio matemático o aritmético a los efectos de computar el lucro cesante, quedando entregada su ponderación a la libre apreciación judicial sobre la base de los antecedentes probatorios aportados al proceso y teniendo en cuenta solo las particulares circunstancias del caso.

Hasta antes de la incorporación de las fórmulas matemático-financieras en el cómputo del lucro cesante, este había sido el criterio adoptado en general por los tribunales. De hecho, alguna vez se resolvió en Chile que si no es posible establecer el lucro cesante por medio de una regulación precisa, se debe determinar equitativamente⁴³.

Parte de la doctrina argentina, por ejemplo, después de una revisión de la jurisprudencia sobre el particular, ha concluido que los factores más relevantes a tener en cuenta en esta materia serían los siguientes⁴⁴:

a) Circunstancias particulares de la víctima directa:

- Sexo.
- Edad.
- Tiempo de vida útil.
- Educación.
- Nivel cultural.
- Ocupación u oficio.

- Especificidad o especialidad de sus labores.
 - Cuantía de sus ingresos.
 - Aptitudes y talento para el trabajo.
 - Nivel de vida y posición social.
 - Posición económica y social.
- b) Circunstancias de las víctimas por rebote:
- Grado de parentesco.
 - Edad de los reclamantes.
 - Edad de los hijos menores.
 - Ayudas que recibían de la víctima.
 - Esfuerzo y energías personales.
 - Potencialidad de ayuda económica perdida.
 - Número de miembros de la familia.
 - Estado de la fortuna.

9.6. Métodos combinados

Como su nombre lo indica, estos sistemas resultan de la combinación de algunos de los ya mencionados, entendiéndose que de esta forma se llega a soluciones menos objetivas, pero más justas que las más abstractas a las que podría conducir la rígida aplicación de las fórmulas anteriores.

9.6.1. Combinación del método multiplicador o lineal con el de capital amortizable

Se ha planteado y resuelto en más de una ocasión que, para efectos de una adecuada ponderación del lucro cesante, se debe distinguir entre el lucro cesante pasado y el futuro. El primero es el que experimenta la víctima desde el accidente hasta que se dicta la sentencia que fija la indemnización; el segundo es el que va desde el pronunciamiento de la sentencia hacia el futuro.

Respecto del lucro cesante pasado, algunos consideran que se debe aplicar el método multiplicador, puesto que en este caso resulta objetivo que durante todo ese lapso la víctima ha estado total o parcialmente privada de ingresos. Este devengará intereses desde que cada ingreso perdido debió pagarse o dejó de percibirse.

Respecto del lucro cesante futuro, en cambio, se aplicará el método del capital amortizable, el que por su formulación está diseñado sobre la

43 Cfr. RDJ, T. 23, s. 1, p. 273.

44 Cfr. Azpeitúa, Lozada y Moldes, ob. cit., p. 154. En el mismo sentido, por ejemplo, se ha resuelto que: "Para fijar el *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente debe adoptarse un criterio que, en cada caso, contemple las específicas circunstancias de la víctima, especialmente las referidas a edad, estado familiar, preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción y la incidencia que esta tiene para el cumplimiento de las tareas que desarrollaba, inclusive en su vida de relación, como también el nivel socioeconómico en que se desenvolvía" (sentencia del 15 de abril de 1999 de la Cámara Nacional en lo Civil, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 850). En el mismo sentido se ha fallado que: "Para fijar la indemnización no corresponde utilizar cálculos matemáticos ni actuariales, así como tampoco son aplicables sin más las decisiones de otros tribunales, pues en cada caso deben sopesarse y valorarse las circunstancias específicas y concretas demostradas" (sentencia del 15 de febrero de 1999 de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 864). También se ha fallado que: "Para establecer el *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente, corresponde analizar la aptitud de la víctima para futuros trabajos, su edad, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, número de hijos, si estos son capaces o menores de edad, situación económico-social de la unidad familiar y cantidad de personas a cargo del afectado, entre otras pautas a considerar" (sentencia del 5 de febrero de 1998, de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 499).

base de los ingresos que va a requerir la víctima en el futuro. Cualquier interés solo se computará a partir de que la sentencia quede ejecutoriada⁴⁵.

9.6.2. *Combinación de los métodos matemáticos con el concreto*

Otra combinación que parece satisfacer bastante a la doctrina y a los jueces a la hora de efectuar el cálculo de la utilidad perdida, es la de utilizar un padrón objetivo y uno subjetivo.

Un gran número de autores y jurisprudencia comparada han venido afirmando que la determinación de lucro cesante se debe hacer sobre parámetros objetivos y matemáticos, lo que resulta inevitable, pero que los resultados así establecidos deben ser corregidos por el juez de la causa sobre la base de los elementos o circunstancias que concurren en la víctima principal y la víctima por rebote.

Se ha fallado, por ejemplo, que “para fijar la indemnización por muerte deben prevalecer elementos objetivos, sin incurrir en simple discrecionalidad judicial. Los módulos que proporciona el cálculo matemático deben ser corregidos en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pero expresando concretamente cómo incide cada uno de los factores a los que se atribuye virtualidad modificatoria de las pautas matemáticas”⁴⁶.

También se ha resuelto que “solo a partir y luego de computada la retribución real o presunta del muerto y el resto de su vida útil laborativa, es dable ponderar las particularidades de la causa para obtener la adecuada solución de lo que es comprensible de la prudencia que se rescata para la determinación del monto, pues permite al juez decir por qué y cómo llega al resultado y, además, se conforma al principio de integridad regulatoria”⁴⁷.

En el mismo sentido se ha sentenciado que “si bien los informes periciales relativos a la incapacidad de la víctima constituyen un elemento importante a considerar por los jueces a fines indemnizatorios, no conforman una pauta estricta que deba seguirse inevitablemente, toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las demás consecuencias que afectan a aquella”⁴⁸.

45 Este método ha sido aplicado por alguna jurisprudencia argentina (Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba, 15 de junio de 1989) y también sugerido por votos disidentes en fallos de mayoría (cfr. Azpeitia, Lozada y Moides, ob. cit., pp. 172 y ss.).

46 Sentencia de la 2.ª Sala, Cámara en lo Civil y Comercial de Morón, confirmatoria de la primera instancia, del 14 de diciembre de 1979, citada por Zavala, ob. cit., T. 2 b, p. 467.

47 Sentencia de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín, del 20 de septiembre de 1988, citada por Zavala, ob. cit., T. 2 b, pp. 467 y 468.

48 Sentencia del 15 de diciembre de 1998 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Responsabilidad Civil y Seguros, T. 1999, p. 1.090.

RAMÓN HORACIO DOMÍNGUEZ ÁGUILA

Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Toulouse (Francia). Especialista en Docencia Jurídica de la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y de la Universidad de Stanford (Estados Unidos). Es director del magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad del Desarrollo (Chile), donde se desempeña como profesor de Derecho Civil, al igual que en la Universidad de Concepción (Chile). Socio fundador del estudio jurídico Domínguez y King.

PÉRDIDA DE UNA CHANCE.
SU INDEMNIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

LOSS OF A CHANCE.

ITS COMPENSATION IN CHILEAN JURISPRUDENCE

PERTE D'UNE CHANCE:

VOTRE RÉMUNÉRATION DANS LA JURISPRUDENCE CHILIENNE

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ*

INTRODUCCIÓN

Existen casos de responsabilidad civil en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo. A este daño se le denomina en el derecho comparado pérdida de una oportunidad o de una chance (el vocablo “chance” es un galicismo aceptado por el Diccionario de la Real Academia Española)¹.

Por ejemplo, el abogado que omite presentar un recurso y hace perder al cliente la chance de ganar el juicio; el notario que olvida certificar un documento, haciendo perder al cliente una oportunidad de negocio; el transportista que lesiona al caballo antes de la carrera, haciendo perder a su propietario la posibilidad de acceder al premio; el accidente que impide a un estudiante rendir un examen y titularse; el acto de competencia desleal (como una publicidad comparativa engañosa) que impide a un competidor aumentar su clientela; el médico que omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la *lex artis* no se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez; el retraso del vuelo de un avión, que hace perder al cliente la posibilidad de cerrar un negocio; etcétera.

En todas estas hipótesis existe para la víctima un bien aleatorio que se encontraba en juego (ganar el proceso, cerrar el negocio, recobrar la salud, evitar la muerte, obtener un premio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente destruyó

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Máster en Derecho Privado y Doctor © en Derecho Universidad *Paris-Est Créteil Val de Marne*, Francia. Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Sobre la evolución de la pérdida de una oportunidad en Francia (de donde proviene el desarrollo de esta teoría), los estudios de CHABAS, François (1991) “La perte d’une chance en droit français”. Coloquio sobre los *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra, Centre d’études européennes, pp. 131 y ss.; CHABAS, François (1996). “La perte d’une chance dans le droit français de la responsabilité civile”. *Responsabilità civile e previdenza*, 2, pp. 221 y ss.; y, CHABAS, François (2009). *Cien años de responsabilidad civil en Francia* [Cent ans de responsabilité civile]. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (Trad.), Santiago: Flandés Indiano, 1ª Edición, Edición francesa París: van Dieren Editeur, 2004.

ese potencial de oportunidades con su acción u omisión negligente (olvidó apelar, descuidó certificar un documento, omitió un examen médico, accidentó al caballo, lesionó al postulante, etcétera).

Se estima que es un bien aleatorio –y esto es relevante para discernir su régimen jurídico– porque de todas formas, aun sin haber cometido el agente negligencia alguna, la víctima podría no haber obtenido el beneficio o evitado el perjuicio (se pudo haber rechazado la demanda por otras causas; el negocio se pudo frustrar por desistimiento de la contraparte; el paciente pudo haber de todas formas perecido; el postulante pudo fracasar en el examen; etcétera).

Porque sólo existe certeza –y relación de causalidad– respecto de la pérdida de oportunidades generada, la indemnización se reduce a una estimación del valor de esa chance desaparecida. Usualmente, se expresa ese valor en un porcentaje de oportunidades perdidas, que se multiplicará por el valor total del bien en juego.

1. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En la jurisprudencia nacional la noción parece ser generalmente ignorada, con algunas excepciones recientes. La regla general pareciera que estos daños o bien se califican como conjeturas (daño eventual) o se analizan como lucro cesante imperfecto (con una probabilidad baja de ocurrencia y, por tanto, excluidos de la reparación).

Un ejemplo puede ser ilustrativo del tratamiento clásico: un padre que demandó indemnización por las sumas que su hijo (un joven de 24 años que había egresado con buenos resultados de ingeniería, pero que no percibía rentas aún), le pudo haber aportado de no haber ocurrido el hecho ilícito. En este caso, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 19 de agosto de 1965, afirmó que si el “accidente ocurre en una persona que, desde el punto de vista económico, podría llamarse improductiva, aquella indemnización no tendría razón de ser”².

En otros casos la incertidumbre es más patente (o más bien, la probabilidad de acceso al beneficio es más baja). Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la reparación de ese “lucro cesante”, por considerar que se trataban de “meras conjeturas”, faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras³.

² La frase corresponde a una transcripción de la opinión de un autor español, que esta Corte hizo suya. V. Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de agosto de 1965, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 136, pp. 85 y ss.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLI, p. 41.

Vinculado a lo anterior, como se expondrá, la jurisprudencia chilena ha tendido a rechazar mayoritariamente la indemnización de los ingresos futuros del trabajador muerto a título de lucro cesante.

No obstante, existe un interesante antecedente bastante anterior, una sentencia de 1904, que vale la pena examinar⁴. En este caso, la Corte Suprema confirmó una decisión que concedió indemnización de perjuicios por los recursos que en el futuro habría podido exigir una mujer viuda respecto de su hijo estudiante, quien al momento del accidente, y por sus méritos, había sido admitido a la Escuela Militar (“4º Que la demandante con la muerte de su hijo ha sufrido un daño real y efectivo, pues se ve privada, de los recursos que tenía derecho a exigir como madre viuda a su hijo. 5º. Que en autos consta que Ordenes, distinguido alumno de la Escuela de Clases, había sido llamado, por excepción y atendido sus méritos, a incorporarse a la Escuela Militar”)⁵. La decisión es sumamente escueta y no justifica siquiera a qué título se concede la indemnización (no califica el daño como patrimonial o moral). No obstante, pareciera estimar como un antecedente relevante, como se da cuenta en los considerados transcritos, la probabilidad elevada de que accediera a un empleo remunerado, dados sus méritos y la convocatoria que había recibido para integrar la mencionada Escuela. Tal expectativa se califica de “real y efectiva”, utilizando (premonitoriamente) expresiones cercanas a las que se emplean en el presente para denominar las chances cuya pérdida merecen ser reparadas con indemnización (chances “serias” y “reales”).

No obstante, una cierta evolución es perceptible en la materia, al menos en los últimos diez años. Y por ello, conviene referirse a los principales grupos de casos abordados por la jurisprudencia nacional reciente:

(i) *Accidentes laborales*: En hipótesis de accidentes del trabajo, y con independencia de la pensión de invalidez recibida por concepto de seguro obligatorio, la posición tradicional es rechazar la reparación del lucro cesante equivalente a lo que dejará de percibir la víctima hasta el término de la vida laboral. Ello, por cuanto constituirían “meras conjeturas” respecto a la sobrevivencia de la víctima, así como a la determinación de sus ingresos y a la permanencia en el tiempo de éstos⁶.

El lucro cesante consiste en una ganancia cierta, por cuanto tiene una probabilidad elevada de ocurrencia. Los contratos de trabajo, bien lo sabemos en el despiadado sistema liberal chileno, están sujetos a múltiples (y a veces indignas) contingencias.

Pero, recientemente, varios fallos han cambiado de opinión y han concedido indemnización por un concepto de lucro cesante que en verdad se encuentra

⁴ Corte Suprema, 25 de octubre de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. II, pp. 141 y ss.

⁵ Considerandos 4 y 5, sentencia de primera instancia, 19 de noviembre de 1903, *ibíd.*, p. 143.

⁶ Por ejemplo, por todos, Corte Suprema, 27 de mayo de 2008, LegalPublishing N° 39095.

mucho más cercano (en términos de probabilidad de ocurrencia) a la pérdida de una chance.

Así se desprende de los siguientes casos:

Corte Suprema, 13 de junio de 2006⁷: Se confirma una decisión de instancia que otorgó una indemnización, a título de lucro cesante, sobre la base de la siguiente justificación: *“Que teniendo presente que el lucro cesante es toda cantidad que el actor hubiera estado percibiendo al momento de la ocurrencia del accidente y que se ha dejado de percibir por motivo del mismo y, considerando los siguientes factores, esto es, que el sueldo, señalando por la parte demandante (fs. 23 vta.) era de \$ 120.000, correspondiente a faena de temporada y ocasional, el cual fue cancelado hasta el mes de junio de 2003, que el organismo asegurador le otorgó una pensión de invalidez del 70%, con vuelta al trabajo y, que aún se encuentra en etapa escolar (1º medio al año 2002, con 18 años), según se lee de la demanda de autos, se hará lugar a la misma, en base a una proyección estimativa de dos años más de estudios, esto es entre el año 2005, fecha de término de sus estudios y, a la fecha de cumplir 65 años de edad, en base a diferencia de \$ 36.000 mensuales, esto es, 44 años 2 meses, lo que arroja la suma total de \$ 19.094.000”*⁸.

La simple enunciación de los “factores” que tiene en cuenta esta sentencia son elocuentes acerca de si en verdad estamos hablando de una pérdida de ganancias futuras o, más bien, de una pérdida de posibilidades de obtener ganancias futuras: una proyección de remuneraciones sobre la base de lo obtenido en trabajos ocasionales y temporales; una “proyección estimativa” de los años que le quedaban de estudios; una prolongación de la vida laboral, para los efectos del cálculo, hasta los 65 años, etc. Estos factores son meras hipótesis, con una probabilidad de ocurrencia bastante indeterminada, como se prueba de la circunstancia de que se construyen sobre la base de un trabajo que se reconoce expresamente “temporal” y “esporádico”, respecto de una persona que aún no terminaba siquiera la educación media.

Un comentario aparte merece la consideración de la pensión de invalidez que le otorgó el organismo asegurador (pensión de invalidez del 70%). Sin duda que se encuentra presente la preocupación de no incurrir en una doble indemnización. Más allá, pareciera también que una razón de justicia material, una “razón humanitaria”, lleva a la Corte a intentar “completar” la indemnización de esta forma. Y ello porque en numerosos casos, como en esta especie, la indemnización que concede el seguro obligatorio por accidentes del trabajo es inferior a la remuneración que recibía el trabajador. La intención es loable, pero los medios no son los idóneos, pues de esta forma se desdibuja un concepto de lucro cesante de un modo bastante alejado del imperativo de igualdad ante la ley. En efecto, de forma

⁷ Corte Suprema, 13 de junio de 2006, Rol 4514-2005.

⁸ Considerando 19, sentencia de primera instancia, Cuarto Juzgado de Letras de Santiago, 20 de mayo de 2004, Rol 2356-2003.

paralela, la misma Corte exige, en la inmensa mayoría de los casos, la prueba de una probabilidad cercana a la certeza para indemnizar el lucro cesante⁹.

El gran inconveniente de tratar estos daños como lucro cesante, es que se termina rechazando la indemnización (como ocurre en la mayoría de los casos) o aceptándola (como excepcionalmente ocurrió en este caso), y en ambas situaciones se incurre en una abierta injusticia: o bien queda sin reparación alguna la oportunidad perdida (que, ya se ha dicho, tiene un valor económico), o bien se indemniza de forma “completa”, como si existiese certeza de que el ilícito provocó el resultado final (cuestión que, como hemos visto, es también injusta). Una consideración adecuada del perjuicio de pérdida de una oportunidad podría constituir un camino más justo para superar estos inconvenientes, tal como se volverá a mencionar más adelante.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2007¹⁰: En este caso se trataba de un accidente que ocasiona la muerte de un trabajador minero. La Corte decide indemnizar, a título de lucro cesante, un monto de \$240 millones, pues estima una expectativa laboral hasta los 55 años (y no hasta los 65 años, “por la naturaleza de la labor realizada por la víctima”)¹¹, sobre la base de un sueldo promedio de 1,2 millones.

Nuevamente nos encontramos con supuestos hipotéticos (o, incluso, conjeturas), y buena cuenta de ello es la “expectativa” laboral de la víctima que la Corte decide retener, sobre parámetros que ni siquiera menciona.

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2007¹²: En este nuevo caso, la Corte decide otorgar \$10 millones por concepto de lucro cesante, en atención a lo siguiente: *“considerando la edad, remuneración y labores desarrolladas por el actor al momento del accidente –jornalero de la construcción (fuente de sus ingresos)–, corresponde proyectar las consecuencias de la incapacidad que sufriera, por un período que resulte coherente con lo normal y previsible. Esta Corte lo fija en 20 años. Por lo tanto, las circunstancias de este caso permiten inferir que, a raíz del accidente, el actor vio disminuidos los beneficios, que, en condiciones de normalidad, obtenía de su trabajo. Así, partiendo de la base que su incapacidad alcanzó un 40% –medida de la disminución– que su última remuneración ascendió a la suma de \$180.000 y que, en términos razonables, sus expectativas laborales se han fijado en*

⁹ El zigzag judicial en esta materia (como lamentablemente en otras) es simplemente desconsolador. Por ejemplo, se ha fallado que no procede la reparación por concepto de lucro cesante si éste se funda en la imposibilidad de ejecutar trabajos esporádicos, al ser dicha pretensión una mera expectativa de ganancia eventual e incierta, y no una privación de un real beneficio económico producto de las lesiones sufridas (Corte de Apelaciones de Valdivia, 16 de julio 2003, *Fallos del Mes* N° 532, sentencia 11ª, p. 691, *Gaceta Jurídica* N° 310, p. 159, y LegalPublishing N° 34181).

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2007, Rol 5386-2005.

¹¹ Considerando 5º.

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2007, Rol 1901-2007, LegalPublishing N° 38095.

20 años, se tiene que la pérdida patrimonial experimentada alcanzó la suma total de \$10.368.000”.

Una vez más nos encontramos que la noción de lucro cesante se extiende a los límites de la reparación de la pérdida de una oportunidad, indemnizando de forma completa el perjuicio sobre la base de especulaciones que tampoco se justifican (¿por qué, en este caso, se consideran 20 años de vida laboral futura?).

Pareciera mucho más pertinente apreciar estos casos de la forma en que lo propuso la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 12 de enero de 2000¹³, al afirmar que entre el daño cierto y el daño eventual existe “una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en el derecho como chance”. En tal caso, agrega, debe quedar entregado a la prudencia del juez la determinación del monto de la indemnización. Como se viene exponiendo, tal “prudencia” es la que es posible guiar (a efectos de respetar el principio de igualdad ante la ley) con los criterios de la pérdida de una oportunidad.

En realidad, en varios de estos casos laborales se está indemnizando bajo el rótulo de lucro cesante una pérdida de oportunidad (reparando, entonces, el perjuicio “completo”).

(ii) *Responsabilidad de abogados*: La responsabilidad profesional de los abogados –particularmente, en defensas judiciales– constituye uno de los ámbitos donde es frecuente encontrar, desgraciadamente, hipótesis de pérdida de una oportunidad. Estos casos dicen relación, en esencia, con negligencias profesionales que hacen perder al cliente la oportunidad de ganar el pleito u obtener sentencia absolutoria.

En el derecho nacional, es posible al menos encontrar dos casos en que se fallaron situaciones como éstas, sobre la base de criterios disímiles y con resultados también radicalmente distintos.

Corte Suprema, 11 de abril de 2007¹⁴: En este caso se trataba un abogado que había sido contratado para defender a un deudor en un juicio interpuesto por una compañía de seguros (que le exigía la restitución de \$26 millones, pagados, en su entender, por error), y por cuya defensa se pactaron honorarios por \$2,6 millones. La sentencia de primera instancia condenó al deudor a la restitución de la totalidad de esa suma. El abogado del demandado apeló en tiempo y forma, pero no se hizo parte ante el tribunal de alzada, y el recurso fue declarado desierto. La Corte Suprema concedió una suma de 5 millones por concepto de “daño moral” (luego de discurrir sobre la ya superada controversia acerca de su procedencia en materia contractual)¹⁵.

¹³ Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de enero de 2000, Rol 167-1999.

¹⁴ Corte Suprema, 11 de abril de 2007, Rol 3291-2005, LegalPublishing N° 36311.

¹⁵ Efectivamente, pareciera que esta discusión se encuentra superada. V. al respecto: JANA LITEZKY, Andrés y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2004). “Daño moral en la responsabilidad contractual. A propósito de un

La hipótesis es un caso perfecto de pérdida de una chance: el abogado, con su negligencia, no se sabe si provocó el resultado final negativo para su cliente (ser condenado a la restitución de los \$26 millones), pero sí es cierto que al menos lo privó de oportunidades de, en segunda instancia, obtener una absolución o una reducción de lo condenado restituir. Más aún, la demandada había también interpuesto una demanda reconventional de indemnización de perjuicios, cuya suerte también quedó frustrada por la omisión del profesional.

Resulta peculiar la forma en que la Corte determina la naturaleza de este daño, pues sin justificar de qué manera la negligencia del abogado habría afectado a intereses extrapatrimoniales, dedica extensas páginas a justificar cómo el daño moral (que no analiza en la especie) sería procedente, en abstracto, como consecuencia de un incumplimiento contractual. Cabe destacar que la sentencia de primera instancia había acogido la demanda de la actora contra el abogado, condenándolo a pagar el monto total de la suma que la primera debió restituir a la compañía aseguradora¹⁶. Por su parte, la sentencia de segunda instancia había desestimado la demanda, entendiendo que no existía daño emergente (por cuanto se trataría de la restitución de una suma pagada indebidamente) y que no habría tampoco daño moral (que no sería procedente en materia contractual)¹⁷.

Los fundamentos del daño moral al que se condenó en este caso deben encontrarse en la sentencia de primera instancia, que hace referencia a la angustia que habría sufrido la víctima producto de esta situación. En tal sentido, no debe extrañar esta solución, pues los contornos del daño moral son objeto en el presente de una extensión bastante discutible y desordenada en la jurisprudencia nacional, y en verdad cualquier afección psíquica se puede plantear como tal¹⁸. Únicamente se señalará que la invocación del daño moral sirvió en este caso para condenar a una reparación “parcial”. Probablemente, la Corte visualizó la injusticia de condenar por el monto total de la deuda, o absolver completamente, cuestión que es el sustrato de la pérdida de una oportunidad.

Un último comentario acerca de la forma de medir la entidad de la oportunidad destruida con el ilícito en este caso. Usualmente, en materia de ejercicio de la abogacía, para determinar la entidad de las chances, es necesario evaluar las probabilidades de éxito estadístico de acciones judiciales o defensa de esa naturaleza. Así, por ejemplo, no es lo mismo alegar como defensa la imputación de incumplimientos recíprocos (cuya existencia e importancia deben probarse y se encuentran sujetos a la apreciación judicial), a alegar la excepción objetiva de que

fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001”. En: *Temas de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 171 y ss.

¹⁶ Segundo Juzgado de Letras de La Serena, 22 de septiembre de 2004, Rol 716-2003.

¹⁷ Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de junio de 2005, Rol 1456-2004, LegalPublishing N° 36311.

¹⁸ Como el perjuicio psicológico por la pérdida de un vehículo que sirve de fuente de trabajo. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 7 de abril de 2008, LegalPublishing N° 38694.

la deuda está prescrita por el transcurso del tiempo. De la misma forma, un análisis estadístico de las demandas acogidas (o rechazadas, según sea el caso) de esa misma naturaleza en esa Corte, puede dar una cuenta de la entidad de la oportunidad destruida con la negligencia del profesional.

Corte Suprema, 27 de octubre de 2008¹⁹: El caso se fundaba en una defensa laboral por despido injustificado encargada por un trabajador a un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial, quien había delegado poder en uno de los postulantes. Producto de la inactividad del abogado y del postulante, se declaró el abandono del procedimiento. Como no se apeló, tal resolución quedó ejecutoriada.

La sentencia de segunda instancia, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 26 de diciembre de 2006,²⁰ razona expresamente en términos de pérdida de una oportunidad: *“Que, en el caso de autos, para determinar si existe un daño, y si dicho daño es cierto; esto es, de que se haya producido realmente como presupuesto indemnizatorio se puede utilizar el expediente acuñado por la doctrina francesa de la perte d’une chance (pérdida de una chance). En otras palabras, la expectativa más o menos cierta de ganar o perder. Ello supone, en el caso de marras, la reconstrucción mental hipotética de lo que habría sucedido si el juicio laboral hubiere sido tramitado completamente”*²¹.

Para tal fin, la Corte realiza un examen muy pertinente, preguntándose acerca de cuál era la entidad de la oportunidad que la acción negligente hizo desaparecer: *“Que, así las cosas, cabe preguntarse, qué probabilidades de obtener, con razonable certeza, de acuerdo con las circunstancias del caso, tenía el actor de autos, demandante también en la causa laboral, si se hubiera ejercido la chance de su total y completa tramitación”*²².

Ahora bien, así como es elogiable la propuesta metodológica de este fallo en torno a la determinación de las chances de que se privó a la víctima, resulta criticable la manera en que pone en práctica esa metodología y los factores que considera para descartar esas oportunidades como objeto de la indemnización de perjuicios. En efecto, la sentencia termina por concluir que las chances, en la especie, no permitirían afirmar la *“realidad, efectividad y certidumbre del daño”* y que, en consecuencia, se trataría de un daño *“hipotético y eventual”* excluido de la reparación²³. Y para llegar a esa conclusión, en orden a que las chances no eran ni reales ni serias, la Corte considera los siguientes dos factores: en primer lugar, la existencia de una excepción de caducidad interpuesta contra la acción laboral,

¹⁹ Corte Suprema, 27 de octubre de 2008, Rol 1021-2007.

²⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de diciembre de 2006, Rol 1084-2006.

²¹ Considerando 5º.

²² Considerando 6º.

²³ Considerando 6º.

que se fundaba, no obstante, en un error cometido en la redacción de la demanda laboral (al señalar una fecha equivocada de término del contrato), “*situación en la cual no reparó la propia parte*”; y, en segundo lugar, porque que se trataría, “*en esencia, del evento incierto de la litis*”²⁴.

Tales consideraciones parecen por completo discutibles. Ante todo, es efectivo que se había interpuesto una excepción de caducidad contra la acción laboral, producto del error en la redacción de la demanda, pero ello no puede ser imputable, como afirma la sentencia, al “patrocinado”. Resulta insólito que se atribuya a un no experto (patrocinado) los efectos de una redacción defectuosa de un escrito judicial que es encargado a un experto (abogado patrocinante y apoderado). Ello equivaldría a sostener, por ejemplo, que un error de diagnóstico en materia médica podría ser atribuible al paciente que no revisó exhaustivamente las conclusiones del médico. En verdad, la consideración de este factor permitía concluir que en la especie ya no se trataba de la discusión de la pérdida de una oportunidad, sino de un daño emergente puro y simple, en conexión causal directa con la negligencia cometida. En otros términos, la negligencia profesional (mala redacción de la demanda) y su consecuencia (la excepción de caducidad interpuesta) no debería evaluarse como un factor que transformara en poco seria la chance, sino más bien como una negligencia profesional que provocaría inevitablemente la pérdida del proceso para el patrocinado.

Por otra parte, el que se trate en estos casos de responsabilidad profesional de la determinación del “evento incierto de la litis”, no pasa de ser una constatación evidente, pero que no destruye la seriedad de la oportunidad perdida. En todo caso de pérdida de una chance por negligencias profesionales en el ámbito de una defensa judicial se debe medir el “evento incierto de la litis”. Por ello, lo relevante es analizar cuáles eran las posibilidades de éxito de la acción, esto es, las chances que se destruyeron de obtener una sentencia favorable.

La Corte Suprema, sin examinar en detalle la procedencia del análisis de este daño como “pérdida de una oportunidad”, confirmó la decisión, porque en su opinión no existiría “un daño cierto y efectivo”²⁵.

(iii) *Pérdida de oportunidades de negocios*: La pérdida de oportunidades de negocios también es un ámbito clásico para el análisis en términos de pérdida de una oportunidad.

En el derecho nacional existe al menos un caso relevante reciente, fallado por la Corte Suprema, el 4 de julio de 2011²⁶. Se trataba de una demanda de responsabilidad contractual interpuesta por un cliente contra su banco. Este último había castigado una deuda, informándola al boletín comercial, pese a estar

²⁴ Considerando 6º.

²⁵ Considerando 14º.

²⁶ Corte Suprema, 4 de julio de 2011, Rol 137-2010, LegalPublishing N° 49550.

amparada en un pagaré vencido y pudiendo cargar el monto adeudado a la cuenta corriente (además, el cliente había pagado parte del capital y de los intereses). El demandante alegó, entre otros daños, la pérdida de una oportunidad de efectuar negocios; en concreto, la privación de la oportunidad de ingresar como socio a una sociedad comercial, producto del antecedente comercial negativo informado al boletín comercial. No obstante, en opinión de la Corte, el demandante no habría aportado pruebas suficientes sobre porcentaje social que tenía expectativas de obtener ni acerca de las utilidades a las que podía acceder por esa vía²⁷. En síntesis, la sentencia estimó –en términos de pérdida de una oportunidad– que no se acompañaron pruebas concluyentes acerca de la existencia de la chance y sobre su entidad, esto es, cuál era el negocio de que se privó al demandante y cuál era su rentabilidad potencial.

(iv) *Responsabilidad médica*: Como se dijo, es la medicina la que expone en el presente a un mayor número de daños de esta naturaleza. En ocasiones, es imposible determinar con certeza si la negligencia médica provocó la agravación o la muerte del paciente, pero sí es posible demostrar que tal actuación destruyó sus chances de sanar o sobrevivir. Así ocurre cuando se omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la *lex artis* no se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez.

En la materia, existe una importante decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 11 de diciembre de 2008²⁸, confirmada por la Corte Suprema el 20 de enero de 2011²⁹, decisión que puede erigirse en un precedente importante en los juicios de responsabilidad civil³⁰.

En este juicio se demostró que el médico había cometido un error de diagnóstico (una biopsia realizada con impericia) no detectando un melanoma maligno. Durante un año la paciente no recibió tratamiento adecuado, sufriendo luego fuertes dolores y un aborto espontáneo, que lamentablemente la condujeron a la muerte al año siguiente. La Corte de Apelaciones consideró que no se podía atribuir causalmente la muerte al error de diagnóstico (aparentemente, existía una diseminación previa del tumor y no habían tratamientos efectivos para disminuir la mortalidad de la afección), y por ello no se podía condenar derechamente por la muerte al médico (del paciente y el feto)³¹. Pero, al mismo tiempo,

²⁷ Considerando 15º, sentencia de reemplazo.

²⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, Rol 776-2008.

²⁹ Corte Suprema, 20 de enero de 2011, Rol 2074-2009. V. un muy breve comentario: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2011). “Pérdida de una chance”. *Diario La Tercera, Ideas y debates*, 31 de marzo.

³⁰ El mérito de reparar en la importancia de este precedente debe atribuirse a Ignacio Ríos, ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, incansable investigador en esta materia.

³¹ Considerando 9º, sentencia de segunda instancia: “no se ha acreditado que entre la muerte de doña Karen Ojeda y la realización de una biopsia en forma negligente exista un nexo causal que permita demandar indemnización por su fallecimiento”.

concluyó que el error de diagnóstico le impidió por más de un año acceder a un tratamiento adecuado, mejorar su calidad de vida (disminución del dolor) e incluso prolongarla³², cuestión que le generó una “pérdida de chance” a ella y a sus parientes cercanos³³.

Si bien lamentablemente hay escasa uniformidad en materia de cuantificación del daño en nuestro sistema, en este caso parecen haberse concedido sumas cercanas a una indemnización completa (\$20 millones para cada padre y viudo; \$10 millones para cada uno de sus dos hermanos).

En todo caso, la decisión es destacable. Ante todo, porque en la determinación de la chance perdida toma en cuenta factores que son los esenciales para medir este daño: el carácter irreversible de la enfermedad, la posibilidad de paliar el dolor y la existencia de posibilidades de prolongar la vida. Todas, como se entiende, oportunidades reales y serias. Luego, porque efectivamente en estos casos no existen antecedentes que permitan atribuir el resultado final al error médico, pero sí antecedentes que permiten concluir de manera cierta que tal acción le privó de oportunidades. Quizá lo único que podría cuestionarse (más allá de los montos concedidos) es no haber efectuado un cálculo de las probabilidades de prolongación de vida con un tratamiento oportuno, cuestión que en la ciencia médica es objeto de apreciaciones bastante certeras fundadas en la experiencia en casos similares y los tratamientos disponibles.

Cabe mencionar que la Corte Suprema, al confirmar esta decisión, valida indirectamente el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso –en materia de pérdida de una chance–, aludiendo a la “pérdida de posibilidades de un mejor tratamiento y una mayor sobrevida de la víctima”³⁴.

Por último, debe tenerse presente que existen al menos dos precedentes anteriores, en materia médica, donde la jurisprudencia se había negado a razonar en términos de pérdida de una oportunidad, a diferencia de lo que hizo en este fallo.

En el primero de ellos, fallado por la Corte Suprema, el 18 de julio de 2004, el Servicio de Salud de Concepción había sido condenado en primera instancia (confirmada en apelación)³⁵ por las intervenciones quirúrgicas que le causaron la

³² Considerando 11º, sentencia de segunda instancia: “Que en relación a la circunstancia de haberse privado a la paciente tanto de la posibilidad de haber tenido una mejor calidad de vida si hubiera recibido la medicación adecuada para estos casos, durante el tiempo que no supo de su enfermedad, como también de la posibilidad de haber accedido a un tiempo de vida superior al que tuvo...”.

³³ Considerando 13º, sentencia de segunda instancia: “...habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance”. Considerando 14º, sentencia de segunda instancia: “Que no cabe duda que esta pérdida de chance, que constituye el perjuicio sufrido directamente por la víctima también alcanza a sus padres, marido y hermanos”.

³⁴ Considerando 8º.

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de octubre de 2003, Rol 322-2001.

amputación de una mano y del antebrazo a la víctima. En el recurso de casación, el Consejo de Defensa del Estado alegó que no se había acreditado que la negligencia médica hubiese causado la amputación y que se estaba condenando en verdad por “pérdida de oportunidad de un tratamiento diverso”³⁶ o por “pérdida de la chance o de la opción”³⁷. La Corte Suprema, sin pronunciarse sobre este argumento, estimó que se encontraba suficientemente acreditada la relación causal entre la negligencia y el daño³⁸.

El segundo caso se trataba también de una demanda contra el Servicio de Salud de Concepción, quien fue condenado en segunda instancia al pago de una indemnización por la muerte provocada por un error de diagnóstico (no detección oportuna de una hemorragia cerebral)³⁹. En el recurso de casación en el fondo, nuevamente el Servicio de Salud de Concepción argumentó que se le estaría “condenando por un daño no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es lo que la doctrina ha denominado la pérdida de la chance”⁴⁰. La Corte Suprema, el 23 de junio de 2009⁴¹, revocó el fallo, por considerar que no existiría relación causal entre la negligencia en el diagnóstico y el resultado fatal, “ya que dada la naturaleza de la enfermedad de todas formas existía la posibilidad de que falleciera”⁴². En definitiva, a diferencia del caso anterior, en éste la Corte estimó que no había causalidad respecto al resultado final, pero igualmente sin detenerse a analizar la pérdida de oportunidades de sobrevivir (prolongar la vida) de que se había privado a la víctima⁴³.

Como es evidente, el fallo mencionado de 20 de enero de 2011, representa una clara evolución respecto de estos casos, pues asume directamente la discusión de la pérdida de una oportunidad de sanar o sobrevivir en el caso de la responsabilidad médica.

En síntesis, de lo expuesto puede concluirse que la pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio que implícita o explícitamente está siendo reconocido en nuestro derecho, por la jurisprudencia descrita.

³⁶ Considerando 7º, Corte Suprema.

³⁷ Considerando 12º, Corte Suprema.

³⁸ Considerandos 16º y 18º, Corte Suprema.

³⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de septiembre de 2006, Rol 3530-2004.

⁴⁰ Considerando 3º, Corte Suprema.

⁴¹ Corte Suprema, 23 de junio de 2009, Rol 6274-2007.

⁴² Considerando 5º, Corte Suprema.

⁴³ A estos casos debería agregarse un tercero (también reciente) en el que la víctima argumentó en términos de pérdida de una chance. Se trataba de un jugador de fútbol que sufrió una lesión en un entrenamiento, que no habría sido debidamente diagnosticada y tratada, y que demandó la reparación de la pérdida de una chance por la privación de acceder a una carrera futbolística. No obstante, se estimó que no se había configurado el ilícito por parte del demandado, no entrando en la discusión acerca de la procedencia de este daño. V. Corte Suprema, 28 de octubre de 2010, Rol 7147, LegalPublishing N° 46893.

La pregunta es si debe o no avanzarse hacia un reconocimiento más explícito, que se haga cargo de los elementos que configuran este daño y de las formas de cálculo de su indemnización (la evaluación del daño como el costo de la oportunidad y no en relación al resultado final). Dadas las desigualdades que enfrenta su tratamiento jurisprudencial actual, inorgánico y desarticulado, pareciera que existen razones de justicia que así lo justificarían.

IMPROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL COMO CATEGORÍA COMPENSATORIA
DE LA AFECTACIÓN AL INTERÉS COLECTIVO FRENTE AL
RECONOCIMIENTO DEL DAÑO PUNITIVO

ALDO MOLINARI VALDÉS*

El presente trabajo analiza las razones por las cuales la creación de una categoría de “daño moral” vinculada a la supuesta reparación del “interés colectivo” resulta artificial y contra intuitiva, en cuanto no solo desdibuja la naturaleza más íntima del daño moral, sino además porque es precisamente en esta figura donde se relevan los problemas más graves de determinación, evaluación y prueba de este tipo de daño. Lo anterior, sumado al hecho de que la extensión que se pretende del daño moral al colectivo, de la forma en que se plantea, deja en evidencia el encubrimiento de una intención sancionatoria por la afectación de un interés grupal sensible, que se aviene mejor a la institución del daño punitivo, y que de lo contrario, resulta en una confusión en los fines y funciones de la responsabilidad civil.

Esta ponencia presenta a discusión, lo que –en nuestro concepto– constituye una extensión indebida del denominado “daño moral”. El tema es complejo *per se* y cómo no, si nuestro Código Civil no dedica más que un puñado de artículos a la responsabilidad civil extracontractual y, en ellos, no regula esta categoría. Más aun, tal como observa el profesor Barros, la única norma que indirectamente se refiere a la materia, lo hace sencillamente para excluir su reparación, razón por la cual, la conceptualización del daño moral, su determinación y evaluación ha correspondido exclusivamente a nuestra jurisprudencia¹.

En estas condiciones, tampoco nuestro Código Civil se ha referido al daño que sufre el grupo o “colectivo”, ni menos aún a la mezcla de ambas categorías,

* Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Correspondencia a amolinari@derecho.uchile.cl. Quisiera agradecer especialmente el aporte de María Fernanda Campos en la investigación y desarrollo de la presente ponencia.

¹ BARROS (2014), p. 295.

esto es, a la existencia de un supuesto “daño moral colectivo”. En Derecho Comparado, especialmente en el Derecho Argentino, el tema ha sido objeto de un debate un poco más extenso, aunque discrepamos del enfoque que regularmente se le ha dado. En nuestro país, sin embargo, no encontramos más que un par de referencias, usualmente vinculadas al Derecho del Consumo².

En este contexto, el presente trabajo busca revisar las razones por las cuales se considera que la creación de una categoría de “daño moral” vinculada a la supuesta reparación del “interés colectivo” o grupal, resulta artificial y contraintuitiva. Artificial, por una parte, no solo en cuanto desdibuja la naturaleza más íntima del daño moral, sino porque es precisamente en esta figura donde se revelan los problemas más graves de determinación, evaluación y prueba de este tipo de daño. Contraintuitiva, por la otra, porque la extensión que se pretende del daño moral al colectivo, de la forma en que se plantea, deja en evidencia el encubrimiento de una clara intención de sancionar al agente del daño por la afectación de un interés grupal sensible, antes que la de satisfacer un supuesto “perjuicio espiritual colectivo”. Como es evidente, ello se aviene mejor a la institución del daño punitivo y la mantención de una categoría de daño moral sujeta a tal intención, sencillamente confunde fines y funciones de la responsabilidad civil.

Cabe resaltar, desde ya, que esta ponencia no niega la posible existencia de estos intereses colectivos o grupales, ni que, en consecuencia, esos intereses puedan verse afectados. Lo que sí se niega es que el daño moral –como tal– pueda constituir una categoría aplicable a la reparación de la afectación colectiva.

I. DAÑOS COLECTIVOS: DAÑOS INDIVIDUALES PLURALES Y DAÑOS COLECTIVOS PROPIAMENTE TALES

El análisis requiere, en primer lugar, una revisión del concepto “daño colectivo” o “grupal”, pues el mismo ha sido utilizado en múltiples formas y contextos, induciendo a confusiones en cuanto a su origen y naturaleza. Sobre el punto nos parece que, al hablar de daños colectivos con un criterio amplio, se suele comprender –indistintamente y de manera errada– dos realidades bien diversas: (1) a los daños individuales plurales y, (2) a los daños colectivos propiamente tales.

² Lo anterior a propósito del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al Boletín N° 9.369-03. En particular, en relación con la discusión que ha producido la incorporación al art. 51 de la figura de daño moral en procedimientos para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores,

1. Daños Individuales Plurales

Siguiendo a Zavala de González denominaremos como “daños individuales plurales” a aquellos casos en que un hecho dañoso o varios hechos dañosos relacionados entre sí afectan a múltiples personas, en cuanto el daño se repite o replica en cada uno de los individuos que forman parte del grupo. Consisten, entonces, en los daños sufridos por víctimas plurales “a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar”³. Como puede notarse, en todos estos casos, el interés afectado sigue siendo individual, no obstante que el mismo se repita –con menor o mayor intensidad– en el resto de los integrantes de un grupo.

El derecho norteamericano nos brinda una cantidad importante de ejemplos en que uno o varios hechos relacionados han producido daños individuales que se replican a múltiples personas. A partir de los años ochenta, la incidencia de estos casos fue de tal magnitud que no solo dieron origen a una nueva rama del derecho –conocida como *Mass Tort*⁴– sino que además pusieron en jaque el sistema de justicia norteamericano, lo que ha terminado demostrando que en este tipo de situaciones, más importante que el ilícito en sí mismo, ha sido el desarrollo de técnicas procesales de agregación que permitan su debida administración judicial⁵.

Entre estos casos se cuentan aquellos vinculados a la salud de trabajadores por manipulación de asbesto⁶ o a productos farmacéuticos defectuosos, tales como el *DES*, el *Benedictin* o el *Dalkon Shield* y otros vinculados a la utilización de pesticidas en la guerra de Vietnam como el Agente Naranja y, por cierto

³ ZAVALA DE GONZÁLEZ (1997), p. 145.

⁴ “*Mass Tort Litigation emerges when an event or series of related events injure a large number of people or damage their property. A mass tort is defined by both the nature and the number of the claims; the claims must arise out of an identifiable event or product, affecting a very large number of people and causing a large number of lawsuits asserting personal injury or property damage to be filed*”. HERR (2012), p. 578.

⁵ “*The need for special judicial management of mass tort arises from the sheer volume of the litigation generated. Judges must efficiently and fairly manage hundreds, even thousands, of related cases without unduly disrupting the court’s other work*”. HERR (2012), p. 578.

⁶ Antes de 1980 en las cortes de distrito federal habían ingresado aproximadamente 950 casos de asbestos. En 1985 existían 37.000 casos. Durante los años 90 las demandas continuaron creciendo a una tasa aproximada de 40.000 por año. Como resultado cientos de miles de demandas habían ingresado al sistema judicial norteamericano. En el año 2002 aproximadamente 730.000 individuos habían ingresado demandas de daños por asbestos.

aquellos vinculados a desastres medio ambientales tales como *Love Canal* y *Three Mile Island*. La conclusión de la revisión de estos casos, para efectos de esta ponencia, es que si bien todos ellos presentan una combinación de asuntos jurídicos a resolver, resulta indudable que las circunstancias de causación y daño requieren de un establecimiento individual⁷.

Nuestra jurisprudencia, en menor medida, también ha tenido la oportunidad de conocer casos similares que comprenden uno o varios hechos relacionados que han producido daños individuales que se replican en múltiples personas. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de contaminación por plomo en el Cerro Chuño de la ciudad de Arica⁸ en que más de 350 pobladores demandaron la responsabilidad ambiental y civil de dos compañías que habían importado plomo; y, también del Servicio de Salud de Arica por falta de servicio. Tales demandas determinaron una indemnización por daño moral de 8 millones de pesos para cada uno de los demandantes⁹.

Otro tanto ocurre con las demandas civiles intentadas en contra de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas conocida como La Farfana vinculado a los daños sufridos como consecuencia de malos olores producidos por emanaciones de la planta. El primero agrupó a alrededor de 500 personas y determinó finalmente una condena por daño moral que ascendió a 2 millones de pesos para cada uno de los demandantes. En este caso, la Corte de Apelaciones sostuvo que los afectados constituían un grupo social identificado por su domicilio, y por lo mismo, respecto de los que no rindieron prueba durante el proceso respecto del daño sufrido, determinó la existencia de daño moral a partir de presunciones, y fijó un *quantum* indemnizatorio común para todos los demandantes pertenecientes a dicho grupo, sin atender a las consecuencias físicas o psicológicas sufridas por cada cual.

Así, la referida Corte estableció “Tratándose de aquellos demandantes respecto de los cuales no se evacuaron los referidos informes, a juicio de esta Corte, también se probó el daño extra patrimonial que se señala que sufrieron,

⁷ HERR (2012), pp. 585 y ss.

⁸ *Molina Manso Lombardo y Otros con Procesadora de Metales Ltda. y Otros* (2017).

⁹ Casos similares, desde el punto de vista del número de afectados han estado vinculados a las demandas de responsabilidad civil por daño a la salud vinculados a silicosis que han sido deducidas por ex trabajadores de Codelco (y sus familiares) en los que se ha reunido hasta 100 demandantes. Las sumas oscilan entre los 10 y los 80 millones de pesos dependiendo de quién demanda y de la intensidad del daño sufrido.

porque en los libelos pretenses fijaron domicilio en la Villa Alto Jahuel Dos y la parte demandada no probó que fuera diferente”¹⁰.

En una segunda oportunidad, alrededor de 60 vecinos interpusieron una nueva demanda en la que obtuvieron una indemnización por daño moral que osciló entre los 2 millones cien mil y cuatro millones de pesos. Este último resulta relevante, ya que –por excepción, y a diferencia del caso anterior fundado en los mismos hechos– establece montos indemnizatorios diversos dependiendo del grado de afectación sufrido por cada demandante.

Así, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, aplicando un criterio subjetivo e individual para la determinación de esta clase de daño, estableció “Que debe además considerarse que el daño moral o extra patrimonial es por definición uno subjetivo, que incide en el orden interno de la persona. En especial, como se ha advertido, cuando incide en el cuerpo humano, esto es, en su integridad física o psíquica, se aprecia en términos ‘ser’ y no tener. Por ello, aunque el origen o causa del daño pueda ser el mismo su alcance o proyección es distinto en cada persona. Ello determina que no pueda alcanzar un monto idéntico para todas las víctimas. La tarea evaluadora del tribunal obliga entonces a una apreciación autónoma para cada una de ellas con base a los antecedentes que hayan sido aportados por ella o que resulten del proceso de forma que no resulte arbitraria”¹¹.

Finalmente, encontramos también el caso del vertedero La Cañamera¹² en la comuna de Puente Alto, en el cual un grupo de vecinos dedujeron demanda en contra del Fisco, de la Municipalidad y de la inmobiliaria, por haberles permitido e incitado a adquirir sus viviendas en terrenos colindantes con un exvertedero cerrado, con infracción de la normativa vigente, dejándolos expuestos a emanaciones de gases y malos olores, lo que determina finalmente una indemnización por el daño moral ocasionado de 5 millones de pesos para cada uno de los demandantes. La relevancia de este caso radica en el establecimiento de una suma única para cada demandante basada exclusivamente en presunciones¹³. “(...) Por otra parte, y sólo a mayor abundamiento, se ha tenido presente que a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados –que importan

¹⁰ *Letelier Del Solar, Fabiola Alicia con Brkovic Almonte con Aguas Andinas S.A.* (2016).

¹¹ *Montalva Anibal y Otros con Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A.* (2013).

¹² *Lizana, Elizabeth con Municipalidad de Puente Alto* (2013).

¹³ Bajo la misma técnica que pretende ser adoptada en la modificación a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

inadecuadas condiciones de salubridad e incluso de seguridad en el entorno de los afectados—, lo usual, de acuerdo a la experiencia, es que se afecte el estado síquico de una persona, siendo en consecuencia una excepcionalidad que ello no suceda”.

Ahora bien, como se puede apreciar, todos estos casos, al igual que aquellos referidos en la experiencia norteamericana, hacen referencia a un evento ilícito o una serie de eventos ilícitos relacionados, que afectan a un número más o menos extenso de personas. Por lo mismo, no nos parece que se trate de casos que puedan ser calificados como daño colectivo, pues el interés afectado es siempre un interés individual, aun cuando el mismo se repita o replique en múltiples personas vinculadas por un mismo factor común. Ello, en nuestro concepto, debe significar —por lo menos— que las reglas sobre determinación y valoración de los daños patrimoniales y también extrapatrimoniales no debieran ser diversas de aquellas que deben ser aplicadas cuando estamos en presencia de un solo demandante. Por lo mismo, cada demandante se encuentra obligado, a lo menos, a la prueba de los daños que demanda. Nos parece que por esto y precisamente en este sentido es que el autor argentino Galdós señala que “debe diferenciarse el perjuicio al interés grupal con el irrigado a víctimas plurales de un mismo hecho que son intrínsecamente individuales, aunque acumulables”¹⁴.

No podemos negar, en todo caso, que la replicación o repetición en serie de los daños que sufre cada uno de los individuos que forman parte del grupo podría lograr cierta connotación jurídica. Por ejemplo, podría sostenerse que la multiplicidad de casos permitiría el establecimiento o sería al menos indiciaria de la existencia de culpa bajo el principio de la *res ipsa loquitur*. Otras decisiones o su justificación también podrían ser tomadas con base en el fenómeno de la replicación, tales como, la extensión de la legitimación hasta el punto de establecer acciones populares. Lo anterior, sin embargo, en ningún caso cambia la naturaleza de la afectación, que sigue siendo individual, ni tampoco crea una nueva categoría de daño.

2. Daños Colectivos propiamente tales

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los llamados “daños individuales plurales”, existen ciertos casos en que la doctrina ha observado que el interés afectado puede corresponder a un conjunto de personas, pero en forma diversa e independiente de los intereses particulares de los individuos

¹⁴ GALDÓS (1999), p. 106.

que forman tal grupo y que para estos efectos denominaremos como “daños colectivos propiamente tales”¹⁵.

En este caso, el interés afectado no es individual, ni tampoco es la suma de los daños individuales¹⁶ sino que es de carácter colectivo y, en nuestra opinión, solo en este caso debiera hablarse de “daños colectivos”. En este sentido, el daño colectivo no se determina por el número de personas involucradas por el evento dañoso, sino por la naturaleza del interés afectado, el que corresponde a un interés grupal o colectivo.

Sobre este punto, compartimos la opinión de quienes sostienen que el daño colectivo es entonces un daño supraindividual y que no constituye una realidad numérica, sino cualitativa¹⁷. Normalmente pretende citarse dentro de esta categoría a las lesiones a intereses que corresponden a toda la sociedad, como ocurre con el daño ambiental o con el daño al patrimonio cultural de un grupo, pueblo o nación, pero ello no quita la posible concurrencia de otros grupos con intereses más determinados, vinculados, por ejemplo, a la supuesta afectación de la honra de un grupo, si ella puede ser probada.

Se ha sostenido que en estos casos la afectación al interés colectivo podría producir consecuencias patrimoniales¹⁸, que podrían estar representadas por los costos de reparación del medio ambiente o del patrimonio que ha sido dañado. Respecto de estas consecuencias patrimoniales, en la medida que se acredite una relación causal adecuada y directa con el hecho generador, serían lógicamente resarcibles.

Sin perjuicio de lo anterior, cierta parte de la doctrina ha señalado que tales consecuencias podrían también ser extrapatrimoniales o morales, si las mismas son capaces de generar un “quebrantamiento de la tranquilidad o espiritualidad del grupo”¹⁹ que debiera ser reparado, lo que determinaría la procedencia de la indemnización por “daño moral colectivo”. Ello en nuestra opinión resulta profundamente cuestionable.

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ (1997), p. 147.

¹⁶ CAFFERATTA (2010), p. 6.

¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ (1989), p. 437.

¹⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ (1997), p. 147.

¹⁹ ÁLVAREZ (2010), p. 7.

II. LA CATEGORÍA DE DAÑO MORAL COLECTIVO RESULTA INCOMPATIBLE CON LA NATURALEZA SUBJETIVA Y PERSONAL DEL DAÑO MORAL

En derecho comparado, y particularmente en el Derecho argentino, se ha desarrollado cada vez con mayor relevancia esta nueva categoría de daños. Así, cuando se habla de daño colectivo, se hace referencia a supuestos de lesión de intereses no patrimoniales, colectivos o difusos, que provocan una minoración de la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad o de una parte más o menos significativa de la misma²⁰.

Un caso emblemático, se dice, lo encontraríamos a fines de los años 90, en que un bus de propiedad de la empresa "La Estrella" se desplazó sin conductor por una pendiente en la ciudad de Tandil, chocando bruscamente con una fuente conocida como "Las Nereidas", obra realizada en mármol blanco de Carrara por la autora argentina Lola Mora. La Municipalidad de Tandil dedujo demanda en contra de la empresa de transporte y la sentencia condenó al pago de daños consistentes en materiales de restauración, mano de obra y disminución del valor de venta.

Adicionalmente, basándose en la postura Morello y Stiglitz, la sentencia condenó a la empresa por daño moral colectivo por entender que el accidente privó a la comunidad e incluso a sus ocasionales visitantes "del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal"²¹. Haciendo propia la definición entregada por estos autores, en el sentido que "La categoría del daño moral colectivo ocasionada globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada"²².

Otro caso interesante en Derecho argentino de indemnización por supuesto daño moral colectivo es el de "Casa Millán", con resultados muy similares²³. En

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ (1989), p. 437.

²¹ *Municipalidad de Tandil con Transporte Automotores la Estrella S.A. y otro* (1996).

²² MOSSET (1999), p. 145.

²³ El caso consiste en que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires dedujo en contra del Gobierno de dicha ciudad y los dueños de "Casa Millán" para obtener la preservación del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, y solicitó la dictación de una medida cautelar que suspendiera el permiso de demolición previamente otorgado al propietario, medida que fue concedida. Posteriormente, Ciada Construcciones S.A., en su calidad de propietario del inmueble solicitó que se dejara sin efecto la medida cautelar requerida por la Defensoría, ya que el inmueble ya había sido demolido, previa presentación del pertinente plano de obra y obtención del correspondiente permiso de demolición y de obra nueva por

este fallo, el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, haciendo referencia a lo resuelto en primera instancia señala que "(...) la supresión de los aspectos histórico culturales de la Ciudad, el desgarramiento en el mundo afectivo que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial y extrapatrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la propiedad misma que ha afectado, sino la incidencia colectiva del daño (...) la noción de daño moral colectivo está íntimamente relacionada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos identidad de los ciudadanos, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equivalentes a las simples molestias, dificultades o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual, de lo contrario cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible".

Ahora bien, a nuestro juicio existen –al menos– tres razones para la inconveniencia de afirmar la reparación de un daño moral colectivo, las que dicen relación con (1) la naturaleza del daño moral; (2) la valoración del daño moral; y finalmente (3) la función compensatoria del daño moral.

1. Naturaleza subjetiva del daño moral

Lo primero dice relación con la incompatibilidad que existe entre la naturaleza del daño moral y la indemnización de un daño moral colectivo propiamente tal, en cuanto la determinación del daño moral requiere la consideración subjetiva e individual de la persona afectada. El reconocimiento de un daño moral colectivo presenta el reparo o la contradicción lógica de atribuir derechos o intereses que son propios de la personalidad, al grupo o colectivo en sí, es decir, extrapersona.

Coincidimos en este punto con la opinión de Pizarro y Saux²⁴, los que sostienen que el daño moral es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado, sin que obste a tal conclusión el hecho de que pueda existir una elevada multiplicidad de damnificados morales por un mismo hecho, incluso comprensiva de la totalidad de las personas que integran

parte del Gobierno. Ante esa circunstancia, la Defensoría solicitó que se condenara a resarcir el daño moral colectivo, cuyo monto dejó librado a criterio del juez.

²⁴ PIZARRO (2004), p. 280.

la comunidad. En el mismo sentido, Corral, en cuanto afirma que el daño moral deberá ser avaluado según las circunstancias subjetivas de cada víctima²⁵.

2. Valoración del daño moral

Una segunda cuestión, derivada de la anterior, se relaciona con la valoración del daño moral. Sabido es que las dificultades más graves que plantea el daño moral están vinculadas con el monto de la indemnización. En principio y bajo el principio de reparación integral requiere ser razonablemente compensado de acuerdo con la intensidad del daño sufrido. Esa solución –sin embargo– que plantea severas dificultades cuando la afectación es a derechos o intereses vinculados a la personalidad en las que se pierde objetivación, y que explica por qué es tan difícil encontrar sentencias que establezcan condenas por daño moral al margen del *pretium doloris*, se hace todavía más compleja y, por lo mismo, más arbitraria en caso de estos daños morales colectivos.

De este modo, concebir una indemnizar por daño moral colectivo distinto de aquel que puedan sufrir las personas de esa colectividad individualmente consideradas, por la afectación de intereses difusos o colectivos, implica enfrentarse a insalvables dificultades para determinar en qué consiste este daño moral colectivo y para valorar cualitativa y cuantitativamente el perjuicio²⁶.

Por lo demás, y en esto nos remitimos a la opinión del profesor Enrique Barros cuando señala que la extrema fragmentación del daño moral en incontables categorías y subcategorías tiene un alto grado de artificialidad, cuestión que debido a su fácil superposición implica el riesgo de una o triple reparación de un mismo daño²⁷.

3. Función compensatoria del daño moral

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la función que cumple la reparación del daño moral. Consideramos que la función que la indemnización del daño moral debe cumplir frente al principio de reparación integral como razonablemente compensatoria, en el caso del daño moral colectivo, encubre

²⁵ CORRAL (2011), p. 155.

²⁶ PIZARRO (2004), p. 280.

²⁷ BARROS (2014), p. 290.

una función directamente sancionatoria. Así pareciera que la utilización del daño moral en estos casos esconde una sanción basada, ya no en la entidad del daño, sino en la culpabilidad del agente a quien debe penarse por haber afectado bienes o intereses relevantes para el grupo o para la sociedad en su conjunto. Así en el propio caso de Las Nereidas se expresa que la condena por daño moral se impone por haber privado a la comunidad de un bien relevante para ella²⁸.

Con base en lo anterior, nos parece que la pretendida creación de una categoría de daño moral colectivo que afecte a una comunidad abstractamente considerada o una parte de ella, con independencia de los perjuicios que cada uno de los miembros que la componen pueda sufrir, no refleja un sustento jurídico sólido en los principios de la responsabilidad civil tradicionalmente entendidos en nuestro ordenamiento jurídico.

III. RECONOCIMIENTO DE DAÑOS PUNITIVOS

Buena parte de los autores que han tratado los daños punitivos expresan que estos constituyen una buena forma de identificar conductas consideradas como socialmente reprochables e indignas. En particular, el autor Peter Cane²⁹ define a los daños punitivos precisamente como montos indemnizatorios adicionales a aquellos que buscan compensar a la víctima y cuya finalidad es la de sancionar al agente.

Son estas razones las que nos llevan a plantear que en este caso, de *lege ferenda*, cualquier indemnización, por sobre el daño patrimonial ante la afectación de intereses colectivos, se encuadra mejor en una figura de daños punitivos que en una de daño moral. La solución es más sincera con la finalidad perseguida, permite corregir las dificultades que en estos casos trae consigo el esfuerzo aplicativo del daño moral y evita además la doble punición en los hechos que la aceptación de ambas categorías podría producir.

En efecto, una cuestión no menor para fundamentar la improcedencia de esta nueva clase de daño es que la reparación del daño colectivo propiamente tal se encuentra destinada a la reparación del interés grupal lesionado y, por lo mismo, es inconsistente con el establecimiento de una suma de dinero que a título de daño moral sea repartida entre los múltiples individuos involucra-

²⁸ *Municipalidad de Tandil con Transporte Automotores La Estrella S.A. y otro* (1996).

²⁹ AZAR (2009), p. 28.

dos a título de daño moral colectivo³⁰. Ello reafirma de modo patente que la indemnización por daño moral en que se reparte a cada uno de los afectados una suma de dinero, que normalmente se fija sin mayores criterios, siendo, en la mayoría de los casos una suma idéntica para cada uno de ellos, no constituye la reparación de un interés colectivo sino individual.

Lo anterior, así también ha sido sostenido por cierta doctrina argentina, que se encuentra recogida en el fallo de la Fuente Las Nereidas, al hacer referencia a los aspectos punitivos de una sanción por daño moral colectivo³¹.

En efecto, siguiendo los ejemplos argentinos mencionados³², y al contrario de lo sostenido por nuestra jurisprudencia, cuando estos presentan casos de daños colectivos propiamente tales, la indemnización no puede ser repartida entre los individuos sino que debe ser destinada a algún fin grupal que permita la satisfacción del grupo³³.

³⁰ En ello consiste precisamente el error a la modificación del art. 51 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

³¹ "Comencemos por señalar las calificadas opiniones que niegan su viabilidad. En ese sentido, inscribimos la opinión de Edgardo I. Saux y de Ramón D. Pizarro. El primero esgrime dos argumentos: la necesaria pluralidad, inorganicidad y hasta desconocimiento en la totalidad de los afectados torna riesgosa la tarea de la cuantificación y prueba del daño moral colectivo porque en tal caso o se calcula la asignación individual derivada de cada agravio moral y se acciona por el todo, dividiendo luego lo obtenido, o se globaliza el reclamo abarcando un litis consorcio pasivo "informe". Lo primero —agregas impracticable y lo segundo desnaturaliza el rol resarcitorio del daño moral, retrotrayéndolo a la sanción ejemplar, arbitrio este que puede ser obtenido a través de los daños punitivos (aut. cit., "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, p. 133)". En *Municipalidad de Tandil con Transporte Automotores La Estrella S.A. y otro* (1996).

³² "Ello no sólo porque la demandante es la dueña de la escultura dañada, obligada a su cuidado y conservación, sino porque ha quedado consentido por la actora que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De este modo, y haciéndome cargo de la dificultad de la cuestión, el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado". En *Municipalidad de Tandil con Transporte Automotores La Estrella S.A. y otro* (1996).

³³ "Tampoco es dable dudar sobre el deber de reparar las lesiones que se ocasionen al entorno histórico. Bien se afirma en el fallo que no se ha puesto en debate la existencia de la categoría "daño moral colectivo" que como enseña Aída Kemelmajer de Carlucci "El daño moral a los valores culturales colectivos se incorporó hace una década en la jurisprudencia nacional a través de una sentencia a la que la doctrina adjudica, con razón, el carácter de un verdadero *leading case* en la materia. Me refiero a la decisión que lleva voto preopinante del Dr. Jorge Galdós, conocida como el caso de 'Las Nereidas'; un accidente de tránsito causó la destrucción de un grupo escultórico ubicado en la Municipalidad de Tandil; se entendió, con razón, que existía un daño moral colectivo. Obviamente, dado el carácter colectivo, la reparación en dinero debe destinarse a patrimonios públicos de afectación específica, tal como hoy lo

Más allá de la reforma legal necesaria para la posible aplicación de daños punitivos, el desarrollo de las penas privadas y su funcionalidad requiere en primer lugar un cambio de paradigma. En efecto, nos parece que, en primer lugar debe comprenderse que la extensión desmedida de la responsabilidad civil desdibuja claramente sus fines y eso es precisamente cuando bajo el entendimiento erróneo del principio de la reparación integral se pretende que bajo la figura del daño moral se pague una suma de dinero que en estos casos pueda representar una compensación. En otras palabras, si bien —cuando existen las razones jurídicas del caso— el daño debe ser íntegramente compensado, ello no significa que no puedan ser considerados otros daños y, por lo mismo, otro tipo de indemnizaciones que sean aplicadas bajo un fin distinto. Esto es algo que en su caso el Common Law ha establecido hace bastante tiempo cuando distingue fuera o aparte de los daños compensatorios a los daños nominales o derechamente daños punitivos.

Coincidimos nuevamente con Pizarro, cuando señala que una reparación colectiva de un perjuicio espiritual, abstracto y grupal, importa tergiversar la esencia misma del daño moral, y presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, a lo que en realidad constituye una penalidad impuesta por el Derecho Privado³⁴.

Una última observación en este sentido es que los daños punitivos no se vinculan con los fines de la responsabilidad civil tal como no lo hacen los mecanismos de tutela preventiva. En este sentido, la premisa de que la prevención no constituye una finalidad propia de la responsabilidad civil llevó durante buen tiempo a sostener que los mecanismos de prevención debían ser propios del derecho administrativo y, solo en el último tiempo, se ha comprendido y desarrollado una teoría de tutela preventiva civil. Lo anterior aconseja, bajo las amplias finalidades del derecho de daños, una revisión del mecanismo de penas privadas, especialmente para los casos que hemos señalado.

IV. CONCLUSIONES

Sobre la base de todo lo expuesto, concluimos que la creación de una categoría de "daño moral" vinculada a la reparación de un "interés colectivo" resulta,

prevé la Ley N° 25.675". En *CIADA Construcciones S.A. y Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (2011).

³⁴ PIZARRO (2004), p. 284.

en primer lugar, artificial. En efecto, tal supuesto de daño moral normalmente confunde las categorías de daños plurales individuales con daños colectivos propiamente tales. En los primeros, no existen razones que permitan la creación de una categoría diversa del daño individual y la replicación no afecta la naturaleza del daño ni la forma de acreditarlo y valorizarlo.

En los restringidos casos en los que la afectación corresponde efectivamente a un interés grupal diverso de un interés individual, la pretensión de reparación de un supuesto daño moral, definido como un interés espiritual del grupo, resulta contraintuitiva frente a la naturaleza eminentemente subjetiva del daño moral.

De la misma manera, su aplicación práctica deja en evidencia la intención de establecer una suma de dinero adicional al daño patrimonial, normalmente en ausencia de prueba y con ribetes claramente sancionatorios, afectando así fines y funciones de la responsabilidad civil.

Lo anterior, más aún, cuando tales sumas son fijadas de manera indebida en un monto único e indistinto, dirigido al patrimonio individual de quienes componen el grupo.

De esta manera, se propone *de lege ferenda* la eliminación de la categoría de “daño moral colectivo” como forma de reparación del interés colectivo.

En su lugar, y atendido que en la práctica diversos tribunales han optado por determinar el monto de la indemnización fundado en criterios eminentemente punitivos, sugerimos derechamente el desarrollo de una sanción en esta línea, asimilándose así a la institución de los daños punitivos en el *common law*.

Lo anterior permite centrar la determinación y valoración del monto de la sanción, ya no en aspectos subjetivos de las víctimas, prudencialmente apreciados por el tribunal caso a caso, sino que en criterios objetivos –principalmente enfocados en el agente– que permitan, disuadir a otros posibles agresores de incurrir en conductas similares. Adicionalmente, permite morigerar las arbitrariedades que usualmente revela la aplicación de estas penas. Por último y finalmente, esta solución, por un lado, dará facilidad a los demandantes al momento de aportar la prueba en el proceso y, por otro, otorgará una mayor seguridad al demandado en cuanto a la eventual extensión de la pena.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ, Agustín (2010). “El daño moral colectivo, comentario al fallo “Casa Millán”. *Revista Iurisletter* Poder Judicial de Chubut. N° 160. Santa Fe.
- AZAR DENECKEN, José Ignacio (2009). *Los Daños Punitivos y sus posibilidades en el Derecho Chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en*

Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

BARROS BOURIE, Enrique (2014). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2000). “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XXI. Valparaíso.

CAFFERATTA, Néstor (2005). “Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo”. Conferencia Internacional de Derecho Ambiental, año VIII, realizado por el Centro de Estudios Judiciales, de 7 a 9 de abril de 2005. Disponible en: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/658/838> [Fecha de consulta 11 de enero de 2018].

CORRAL TALCIANI, Hernán (2011). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Thomson Reuters.

FLÓREZ FERNÁNDEZ, José Gregorio (2001). *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GALDÓS, Jorge Mario (1999). “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”. En *Revista de Derecho de daños*. N° 6. Santa Fe.

GARCÍA, Laura y HERRERA, María Carolina (2003). *El concepto de los daños punitivos o punitive damages*. Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos.

HERR, David (2012). *Annotated Manual for Complex Litigation*. Minneapolis: West Thomson Reuters.

LORENZETTI, Ricardo (1996). “Responsabilidad Colectiva, grupos y bienes colectivos”. Disponible en <http://parellada.com.ar/uploads/files/lorenzetti--r.l.-responsabilidad-colectiva.docx> [Fecha de consulta 9 de enero de 2018].

LORENZETTI, Ricardo (1997). “Daño moral colectivo: reconocimiento jurisprudencial”, en PEÑA CHACÓN, Mario. *Daño Social, Daño Moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental*. Disponible en https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/PDFs/12_archivo.pdf [Fecha de consulta 11 de enero de 2018].

MOSSET, Jorge (1999). “Daño ambiental en el Derecho Privado”. Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. *Revista Notarial*. N° 877. San Juan.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES DE COLEGIOS
POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS ALUMNOS

LUCÍA RIZIK MULET*

RESUMEN

En el presente trabajo analizo algunos problemas en torno a la responsabilidad de los jefes de colegio por los hechos de sus discípulos en la doctrina y jurisprudencia chilenas. En particular, me refiero a su estatuto jurídico, el tipo de responsabilidad, el concepto de jefe de colegio y los deberes asociados al cuidado de los alumnos.

I. INTRODUCCIÓN

Ante el 3^{er} Juzgado de Letras de Arica, los padres y hermanos de F.C.M. demandaron de indemnización de perjuicios a la sociedad Junior College S.A. por la responsabilidad extracontractual que le cupo en la muerte de F.C.M., estudiante del colegio, de 15 años, luego de participar en una actividad extraprogramática organizada por el colegio. Durante un encuentro deportivo realizado en la cancha del colegio al que F.C.M. y su hermano R.C. habían asistido como espectadores, los estudiantes fueron objeto de burlas y agresiones por parte de alumnos del cuarto año medio de ese establecimiento, quienes los insultaron y arrojaron envases de yogurt y jugo, ante lo cual la víctima y su hermano recurrieron a uno de los cinco profesores que supervisaban la actividad en que participaban 240 alumnos, quien los derivó al inspector, que no se encontraba en la cancha. Como el docente no atendió el requerimiento

* Profesora Derecho Civil, U. Finis Terrae y Personal Investigador Adjunto, U. Diego Portales. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becaria Conicyt para Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: lrizik@uft.cl.

y se limitó a pedirles la individualización de los alumnos que les arrojaban los objetos, los hermanos se devolvieron a la cancha. Las burlas y agresiones continuaron, principalmente en contra de R.C. Por ello, F.C.M. se dirigió al lugar donde estaban los alumnos de cuarto medio, subiendo las gradas con el objeto de detener las agresiones. Sin la presencia de personal del colegio supervisando la disciplina del alumnado, F.C.M. y el alumno I.R. se pelearon, cayendo ambos desde la galería. Al caer, F.C.M. sufrió un golpe en su cabeza, siendo atendido por los profesores de educación física del colegio y luego trasladado al hospital, donde falleció días más tarde. Los tribunales de primera y segunda instancia acogieron la acción de indemnización de perjuicios, declarando responsable a la sociedad educacional por el daño personal ocasionado a los padres y hermanos de la víctima, debido a la falta de medidas del personal docente destinadas a controlar los actos de indisciplina de los alumnos.

La Corte Suprema invalidó parcialmente la sentencia. Señaló que, en el caso, correspondía resolver dos aspectos. Por un lado, determinar si la falta de medidas oportunas adoptadas por los docentes del colegio Junior College S.A. para controlar la disciplina del alumnado y atender oportunamente los reclamos de los hermanos C.M. determinó el curso causal que devino en la agresión de F.C. a uno de los alumnos que molestaban a su hermano, con los resultados ya señalados; y por otro, si la víctima contribuyó significativamente al daño. De este modo, la Corte Suprema concluyó que la víctima contribuyó al daño ocasionado y aunque confirmó la sentencia, ordenó la disminución en el monto de las indemnizaciones¹.

La problemática de la responsabilidad civil del jefe de colegio por los daños ocasionados por los alumnos no ha sido desarrollada especialmente por los autores nacionales, a pesar de las referencias que a ello realiza el supuesto establecido en el artículo 2320 del Código Civil chileno. No encontramos artículos de doctrina ni monografías sobre el tema, si bien hay algunos autores que lo han abordado brevemente a propósito de la responsabilidad por el hecho ajeno²,

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 23 de julio de 2015, rol N° 22632-2014.

² Sin duda, varias monografías y tratados de consulta obligatoria tienen referencias a este tipo de responsabilidad, pero no es revisada especialmente. Véase: ABELIUK, René, *De las obligaciones. Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011; DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil (extracontractual)*, Memoria de Licenciatura, Santiago, Universidad de Chile, 1936; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de las fuentes de las obligaciones. Tomo*

y un puñado de sentencias que la enfrentan con distintos enfoques, como se verá en este trabajo³.

Esta situación contrasta con lo que ocurre en la realidad. Desde mediados de los años noventa se ha producido una transformación del sistema educativo chileno, incorporándose la obligatoriedad de la educación básica y media, y aumentando la jornada escolar. En consecuencia, los niños y adolescentes pasan gran parte de su vida al cuidado de colegios y escuelas, realizando actividades curriculares y extracurriculares, conviviendo con otros estudiantes y cumpliendo reglamentos impuestos por las instituciones de educación escolar. Al mismo tiempo, el legislador ha regulado distintos aspectos de la convivencia escolar y la función educativa que cumplen estas instituciones, tanto aquella proveída por el Estado (pública y particular subvencionada) como la educación privada.

Siendo un tema poco explorado en el derecho nacional, resulta pertinente interrogarse sobre las hipótesis que conllevarían responsabilidad del jefe de colegio por los daños ocasionados por sus alumnos, con el objeto de delimitar los deberes y obligaciones a su cargo, cuya infracción importará otorgar una indemnización, el estatuto jurídico en base al cual responden, y a quién se refiere el Código Civil con el término jefe de colegio.

II. ESTATUTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS COLEGIOS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR SUS ALUMNOS

La responsabilidad civil de los jefes de colegio por los daños ocasionados por sus alumnos, requiere de una explicación sistemática que la incluya dentro del sistema general de la responsabilidad civil en Chile. En términos generales,

II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009; RAMOS PAZOS, René, *Responsabilidad extracontractual*, Concepción, Editorial Universidad de Concepción, 2008; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

³ Al respecto, no deja de parecer curioso que el tema ha sido revisado incluso en sede de protección constitucional, como nos muestra la sentencia de la Corte Suprema de 25 de noviembre de 1992. El tribunal desestima una acción de protección interpuesta por la víctima contra el Colegio San Francisco de Asís por los daños ocasionados en su antejardín por un puñado de estudiantes de dicho establecimiento, debido a que declaró improcedente la aplicación del artículo 2.320 del Código Civil, pues los hechos ocurrieron con posterioridad al término de la jornada escolar y porque no debió ser imprevisible para el dueño del inmueble el normal jolgorio de los niños al término de la jornada escolar al momento de decidir habitar dicha propiedad raíz. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 25 de noviembre de 1992, LegalPublishing CL/JUR/143/1992.

los jefes de colegio, así como los padres, están obligados a responder por los daños causados por los alumnos que se encuentren bajo su cuidado. Por ello, se ha señalado que, mientras los alumnos se encuentren bajo el control del jefe de colegio, los padres no se presumen responsables por los daños que éstos ocasionen⁴. El jefe de colegio queda exonerado de la obligación de responder, conforme a las mismas reglas que los padres, el artesano, los guardadores y el empresario, si prueba que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubiesen podido impedir el hecho.

Para introducirnos en el análisis de este supuesto de responsabilidad, debemos referirnos, ante todo, a la forma en que se encuentra estructurado el sistema educativo chileno. La Ley General de Educación, o decreto con fuerza de ley N° 2 (en adelante, "D.F.L. N° 2"), establece en el artículo 3° que *el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. El artículo 4° agrega que *la educación es un derecho de todas las personas correspondiendo preferentemente a los padres el derecho y el deber de educar a sus hijos; al Estado, el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho y, en general, a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación*.

El sistema educativo chileno es de carácter mixto, es decir, incluye colegios de propiedad y bajo la administración del Estado a través de las municipalidades o las corporaciones municipales, colegios de administración delegada, entregados a corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, conforme al decreto con fuerza de ley N° 3.166 de 1980⁵, y los colegios privados, ya sean pagados por los padres, o subvencionados por el Estado.

En este esquema, todos los colegios, ya sean de propiedad estatal o privada, deben someterse a las reglas que regulan la responsabilidad por daños. Por ello, resulta necesario dilucidar si lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil es aplicable indistintamente a los colegios municipales y privados, o si la responsabilidad civil del Estado administrador la reemplaza, en el caso de los establecimientos educacionales dependientes de los municipios.

⁴ BARROS, E., *Tratado...*, cit. (n. 2), p. 174.

⁵ Los colegios (liceos) de administración delegada fueron creados por el decreto con fuerza de ley N° 3.166 de 1980, que autorizó la entrega de la administración de determinados establecimientos de educación técnico-profesional a distintas instituciones o personas jurídicas sin fines de lucro.

Si bien la doctrina no lo ha advertido⁶, la Corte Suprema se ha inclinado por la procedencia de la responsabilidad del Estado en los casos de colegios municipales, pues estaríamos frente a un caso en el que el daño deriva del funcionamiento del servicio educacional que presta el establecimiento. Ciertamente, hay disposiciones que así lo autorizan. En este sentido, el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades señala que *las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*.

Un caso ilustrativo es la sentencia de la Corte Suprema de 15 de marzo de 2008, en el caso "Trincado con Ilustre Municipalidad de Vallenar", en el que se condenó al pago de una indemnización de perjuicios a un niño de cinco años, quien fue víctima de una violación al interior del establecimiento educacional municipal en el que estudiaba, dentro de un baño, durante la hora de colación. El hecho fue perpetrado por otro alumno de 5° año básico. Al respecto, la Corte Suprema descartó la aplicación del estatuto jurídico de la responsabilidad extracontractual derivada de la reglas del Código Civil y estimó que el estatuto correspondiente era la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, correspondiendo el hecho ilícito a una situación de falta de servicio, reglas diferentes a la responsabilidad regulada por el Código Civil, al no cuidarse al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración, conforme al artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades⁷.

Con anterioridad, en un caso semejante, la Corte de Apelaciones de Temuco no fue igual de clara en descartar la procedencia de la normativa civil, y la integró al conjunto de disposiciones que regulan la responsabilidad de las municipalidades por falta de servicio. De este modo, en el caso "Oses Reyes y otro con Ilustre Municipalidad de Victoria y otro", aseguró que los daños provocados a un niño en su ojo producto del lanzamiento de una mochila por parte de otro compañero de curso al interior de un establecimiento educacional municipal, era un problema que se rige por el estatuto de responsabilidad por falta de servicio, pues siendo la I. Municipalidad de Victoria una corporación de derecho público, autónoma, según lo previene su Ley Orgánica Constitu-

⁶ Al respecto, en la doctrina nacional no ha sido posible encontrar referencias al doble estatuto de la responsabilidad civil de los colegios.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 15 de marzo de 2008, rol N° 6346-2006.

cional N° 18.695 y atento, además, a lo prevenido en la ley N° 18.575 en sus artículos 1° y 4°, es responsable de los daños, pero agregó que para el director del colegio son aplicables las reglas del artículo 2320 del Código Civil⁸.

Las consecuencias de que existan dos estatutos distintos de responsabilidad, son claras. Mientras que en el caso de los daños ocasionados por alumnos al interior de colegios municipales la falta de servicio deberá ser probada por la víctima y establecida por el juez, en el caso de los colegios particulares y de aquellos que reciben subvención del Estado, le bastará a la víctima probar el daño y el nexo causal, quedando en manos del colegio probar que, con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no pudo impedir el hecho.

III. EL JEFE DE COLEGIO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL

Sentadas las reglas sobre el estatuto de responsabilidad aplicable a los colegios en un sistema educativo de carácter mixto, centraremos el análisis en la normativa establecida en el Código Civil, aplicable a los colegios particulares pagados y particulares que reciben subvención del Estado. En conjunto, estos colegios representaron al año 2015 el 62,2% de la matrícula escolar en Chile⁹.

El artículo 2320 del Código Civil, en lo que se refiere a la responsabilidad civil del jefe de colegio, dispone que: *Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado (...) Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado (...) Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.*

La aplicación de dicho precepto permite concluir que el jefe de un colegio responderá por los delitos y cuasidelitos civiles cometidos por los estudiantes del establecimiento educacional, mientras estén bajo su cuidado. En dicho contexto pueden producirse diversas situaciones. Por ejemplo, un estudiante ocasiona un daño y en él contribuyen los profesores, el director del colegio

⁸ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 17 de octubre de 2005, rol N° 422-2004.

⁹ CENTRO DE ESTUDIOS MINEDUC, *Variación de matrícula y tasas de permanencia por sector*, disponible en: http://centroestudios.mineduc.cl/tp_enlaces/portales/tp5996f8b7cm96/uploadImg/File/Evidencias/Evidencias%20final_julio_2015.pdf.

o los funcionarios del establecimiento educativo. Puede ocurrir que el ilícito ocasionado por el estudiante se haya propiciado por un incumplimiento en las funciones de promoción y prevención del acoso escolar por parte del jefe de colegio o la organización escolar. Puede simplemente ocurrir que un estudiante causa un daño de forma imprevisible, no imputable al jefe de colegio. En cualquier caso, lo que nos interesa, desde una perspectiva privatista, es conocer cuál es el fundamento y cuáles son las consecuencias de esta regulación.

Al respecto, las interpretaciones sobre la responsabilidad de los jefes de colegio regulada en el Código Civil, ha dado lugar a opiniones coincidentes respecto a su fundamento. Se ha sostenido que es una responsabilidad de carácter subjetivo, que se configura por la infracción de un deber de cuidado respecto del alumno¹⁰. Se trataría de una falta propia en el cuidado ejercido sobre el autor del daño. Es decir, frente a un daño producido por el hecho culpable del alumno que se encuentra al cuidado del jefe de colegio, la ley presume la culpa de éste. En consecuencia, el elemento culpabilístico parece indispensable para declarar la responsabilidad del jefe de colegio. Éstos podrán excusarse conforme al artículo 2320 inciso final, según el cual esta responsabilidad cesará si, con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

Dentro del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, surge la interrogante en torno a la responsabilidad del jefe de colegio por los hechos de sus alumnos, ¿qué debemos entender por jefe de colegio? La normativa civil ¿se está refiriendo acaso al Director del establecimiento educacional? ¿O al sostenedor del colegio o escuela?

Al respecto, la opinión mayoritaria es que con el término jefe de colegio se hace referencia a todas aquellas personas que tengan la dirección de un establecimiento educativo, por ejemplo, rectores o directores¹¹. Quedan excluidos, por lo tanto, los profesores u otros profesionales o asistentes de la educación¹². Se trataría de una responsabilidad de los directivos, cuestión que, en todo caso, no impediría que los profesores queden sujetos a la presunción general de responsabilidad del artículo 2320 inciso 1°¹³.

¹⁰ Por todos, véase, CORRAL, H., *Lecciones...*, cit. (n. 2), p. 228.

¹¹ Al respecto, consúltese: ABELIUK, R., *De las obligaciones*, cit. (n. 2), p. 266; ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...*, cit. (n. 2), p. 254; MEZA, R., *Manual...*, cit. (n. 2), p. 285.

¹² CORRAL, H., *Lecciones...*, cit. (n. 2), p. 236.

¹³ BARROS, E., *Tratado...*, cit. (n. 2), p. 175.

Sin embargo, dicha posición no tiene en cuenta los cambios sociales, administrativos y jurídicos incorporados al modelo educativo desde los años noventa, y muy especialmente en el año 2006, los cuales sin duda exigen un nuevo sistema de responsabilidad. Lo anterior, debido a que, en el proceso de socialización y educación de los alumnos, no sólo interviene el rector del colegio, como coordinador y director de las actividades de los profesores y de los asistentes de la educación, sino que también intervienen la comunidad educativa y, muy especialmente, el sostenedor del establecimiento educacional.

Por ello, para determinar quién ejerce las labores de jefatura al interior del establecimiento educacional, debemos analizar la forma de concebir la organización, administración y dirección de los colegios y escuelas en nuestro país. Al respecto, es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el D.F.L. N° 2, el cual distingue entre equipos directivos y sostenedores de establecimientos educacionales.

Según dispone el artículo 9° del D.F.L. N° 2, las instituciones de educación están constituidas por una comunidad educativa, integrada por distintos miembros, que tienen como propósito contribuir a la formación y el logro de aprendizajes de todos los alumnos que son miembros de ésta. Para alcanzar este propósito, los miembros de la comunidad educativa cumplen distintas funciones. Los equipos docentes directivos de los establecimientos educacionales son los encargados de conducir el proyecto educativo. Los sostenedores de establecimientos educacionales, en cambio, son quienes establecen y ejercen el proyecto educativo, con la participación de la comunidad educativa y de acuerdo a la autonomía que le garantice la ley.

De este modo, un colegio, ya sea público o privado, se origina por la iniciativa de un sostenedor, quien instaura un proyecto educativo y despliega su capacidad de gestión y administración con el fin de que un equipo directivo pueda llevar a cabo dicho proyecto, configurándose una relación de dependencia entre el equipo directivo y el sostenedor.

En este sentido, el sistema de enseñanza actual se organiza de un modo complejo, en el que no resulta aconsejable atribuir la responsabilidad a una persona determinada, pues la enseñanza se articula en base a una organización en la que intervienen distintos organismos. Una rápida mirada a la forma en que se organiza la comunidad educativa nos muestra que es el sostenedor del establecimiento educacional, y no su personal directivo, quien establece y ejerce el proyecto educativo, con la participación de los otros miembros de la comunidad.

Así, parece apropiado que sea el sostenedor quien responda por los daños ocasionados por los alumnos de la escuela o colegio, puesto que el equipo directivo actúa bajo las órdenes e instrucciones, directas y permanentes, del sostenedor. Asimismo, resulta socialmente justo, si tenemos en cuenta que, en el caso de los colegios de propiedad municipal, como vimos, es el municipio quien responde por los daños ocasionados, y no el equipo directivo del establecimiento, sin perjuicio de la responsabilidad funcionaria que les quepa.

En la práctica, el asunto se presenta confuso. Aunque parece claro que los profesores y asistentes de la educación están excluidos de este tipo de responsabilidad, sin perjuicio, qué duda cabe, de su responsabilidad personal, es posible distinguir tres situaciones que se presentan en la práctica:

i. Algunas acciones de indemnización de perjuicios son dirigidas en contra del director y/o subdirector del establecimiento: al respecto, destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, del año 2003, en la que condenó de manera simplemente conjunta tanto a los padres de un alumno agresor como al director y subdirector del establecimiento, invocando el artículo 2320 para determinar la responsabilidad de estos últimos, por las lesiones sufridas por un alumno luego de que otro golpeará su rostro al interior del colegio, perdiendo la visión de un ojo¹⁴.

ii. Otras acciones de indemnización de perjuicios se dirigen en contra únicamente del sostenedor del establecimiento, en este sentido destaca el caso "Escudero Cortés con Sociedad Sotomayor y Espíndola Limitada"¹⁵, "Henríquez y otro con Corporación de Estudio, Capacitación y Empleo"¹⁶, "Spinola con Sociedad Educacional Darío Salas"¹⁷, "Leroy con Corporación Educacional Masónica de Concepción"¹⁸, "Campo Araya y otros con Junior College S.A."¹⁹, "Vásquez Pérez con Colegio Ñusta Kori"²⁰, entre otras.

iii. Finalmente, encontramos sentencias en las que la acción de indemnización de perjuicios se dirige y acoge conjuntamente tanto respecto del equipo directivo como del propio sostenedor del establecimiento educacional: un caso

¹⁴ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 14 de abril de 2003, LegalPublishing, CL/JUR/3447/2003.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 22 de abril de 2015, rol N° 11.418-2015.

¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 24 de octubre de 2007, rol N° 1914-2006.

¹⁷ CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN, 10 de julio de 2010, rol N° 120-2009.

¹⁸ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 11 de diciembre de 2014, rol N° 1084-2014.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 23 de julio de 2015, rol N° 22632-2014.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 3 de octubre de 2016, rol N° 41819-2016.

ilustrativo es el ya citado caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco en contra de la Municipalidad de Victoria, en el que fue también condenado el director del establecimiento educacional.

Es posible observar que, en la mayoría de los casos, las víctimas o sus familiares optaron por interponer la acción contra el sostenedor del colegio, y la Corte Suprema se ha inclinado por declararlo procedente.

IV. ¿RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?

Una pregunta recurrente en materia de responsabilidad es si un mismo ilícito puede dar lugar al mismo tiempo a la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Al respecto, CORRAL TALCIANI ha descrito tres teorías que explican cuál de los estatutos de responsabilidad civil debe aplicarse, destacando la teoría de la no acumulación (francesa), conforme a la cual las reglas de la responsabilidad contractual excluyen la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual; la teoría del cúmulo opcional (italiana), de acuerdo con la cual la víctima dispondría de dos acciones y podría optar entre ejercer una u otra; y la teoría del concurso de normas, según la cual pueden ser aplicables al supuesto de hecho las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual²¹.

El autor considera que la doctrina chilena se pronuncia en su mayor parte a favor de la teoría de la primacía de la responsabilidad contractual, fundado en la obligatoriedad y la primacía de la voluntad del contrato²². Ahora bien, en lo que concierne a la concurrencia de responsabilidades cuando la víctima sufre un daño provocado por otro alumno mientras estos se encuentran bajo el cuidado del jefe de colegio, ha sido bastante desatendida por la doctrina nacional. Lo mismo ocurre en la práctica jurisprudencial, donde la cuestión ha sido escasamente debatida.

Al respecto, una sentencia de la Corte Suprema de 13 de diciembre de 2012 resolvió una demanda interpuesta por los padres de la víctima, por responsabilidad contractual y extracontractual, en contra del Colegio Particular Lirima Iquique, por las agresiones de las que su hijo fue objeto al interior del establecimiento. El tribunal concluyó que el colegio había dado cumplimiento

²¹ CORRAL, H., *Lecciones...*, cit. (n. 2), p. 33.

²² *Ibid.*, p. 34.

a las obligaciones establecidas en el contrato de prestación de servicios educacionales. Respecto de la responsabilidad extracontractual, el tribunal señaló que las probanzas rendidas eran insuficientes para establecer que el accidente hubiese sido consecuencia de un hecho culpable de un alumno, al no existir ilicitud de su parte²³.

Examinando las sentencias, encontramos otro caso en el que los demandantes interpusieron la acción de indemnización de perjuicios basados tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual. Este caso, sin embargo, fue desestimado por falta de elementos probatorios, sin prestar mayor atención a la cuestión del doble estatuto de responsabilidad²⁴.

Finalmente, encontramos sentencias que han resuelto esta contienda en favor de la teoría de la opción, conforme a la cual, es la víctima quien tiene la facultad de elegir la acción que desea ejercer cuando los hechos configuran a la vez un incumplimiento contractual y un hecho dañoso. De este modo, en un caso de acoso escolar en el que los padres de la víctima, en representación de la misma, demandaron al colegio por su responsabilidad extracontractual debido al incumplimiento de su obligación de proteger a la víctima adoptando todas las medidas de prevención y vigilancia concretas con el objeto de evitar la violencia escolar, conforme a lo dispuesto en la ley N° 20.536, la Corte Suprema estableció que *la acción resarcitoria deducida en estos antecedentes se condujo bajo el estatuto de responsabilidad extracontractual, pudiendo la actora elegir el régimen bajo el cual endereza su acción, en la medida que las conductas y omisiones alegadas constituyen tanto un hecho dañoso como un incumplimiento contractual*²⁵.

V. DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL JEFE DE COLEGIO

Para comprender en su totalidad la responsabilidad del jefe de colegio por los daños de sus alumnos debemos determinar cuál es el criterio de atribución de la responsabilidad. Al respecto, se ha entendido que el criterio de atribución de responsabilidad establecido en el artículo 2320 del Código Civil es la culpa, lo que necesariamente implica aceptar que, si el comportamiento

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 13 de diciembre de 2012, rol N° 1919-2011.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 13 de diciembre de 2012, rol N° 1919-2011.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 3 de octubre de 2016, rol N° 41819-2016.

del jefe de colegio fue diligente, no procede declararlo responsable. Por ello, es necesario entonces conocer cuál es la clase de culpa por la que el jefe de colegio responde.

Los autores nacionales que se han referido a esta materia han señalado que la responsabilidad del jefe de colegio por los daños de sus alumnos deriva de una culpa propia *in vigilando*²⁶. BARROS BOURIE ha agregado que la autoridad de la que están dotados los jefes de colegio debiese ser medida en atención a las circunstancias de cada caso, debido a las restricciones constitucionales y legales de la facultad correccional de los colegios.

Es claro que la autoridad y el cuidado con que los jefes de colegio y escuelas deben actuar respecto a sus estudiantes ha cambiado. Al momento de la promulgación del Código Civil, y hasta fines del siglo XX, por ejemplo, el castigo corporal en la escuela tenía respaldo social en ciertos casos en los que se consideraba necesario para corregir faltas disciplinarias de los estudiantes²⁷. Hoy, en cambio, dichos comportamientos son objeto de sanción social e, incluso, penal si se configura el delito de lesiones.

En el ejercicio de su función educativa, el artículo 2º del D.F.L. N° 2 dispone que los colegios deben contribuir en el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Ello está enmarcado en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país. Al mismo tiempo, los establecimientos educacionales deben respetar la garantía constitucional que otorga el Estado a los padres, en relación a la educación preferente de éstos sobre sus hijos.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º letra n) del D.F.L. N° 2, el sistema educativo debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el

²⁶ ABELIUK, R., *Las Obligaciones*, cit. (n. 2), p. 260.

²⁷ UNICEF, *Acoso escolar; violencia escolar en América Latina y el Caribe: superficie y fondo*, Panamá, Unicef, 2011, pp. 25 y ss.

respeto, protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En el ejercicio de las funciones y atribuciones que la ley describe, los colegios interactúan con padres, apoderados y con los miembros de la comunidad educativa, con el fin de desarrollar las políticas y directrices adecuadas para resguardar la convivencia escolar. Es así como el equipo directivo debe conducir el proyecto educativo del establecimiento educacional, y los sostenedores ejercer y establecer dicho proyecto educativo, con la participación de la propia comunidad escolar, que incluye a los padres, apoderados y estudiantes. En este orden de ideas, es importante recalcar que el D.F.L. N° 2 ordena a los establecimientos educativos promover la buena convivencia escolar, y prevenir toda forma de violencia física o psicológica al interior del establecimiento, implementando medidas y planes según corresponda.

Al mismo tiempo, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico, así como las sucesivas reformas legales que en materia educacional se han llevado a cabo desde el año 2006 a la fecha, paulatinamente le ha reconocido a los niños, niñas y adolescentes, cierta capacidad y autonomía teniendo en cuenta su edad y madurez, lo que sin duda ha implicado una disminución de la autoridad y control que los profesores y directivos pueden ejercer sobre los estudiantes, dando paso a una nueva configuración de la relación pedagógica.

En virtud de lo anteriormente señalado, resulta impropio calificar la culpa del jefe de colegio como culpa *in vigilando*, pues el jefe de colegio, además de procurar el libre desarrollo de la personalidad de los alumnos, no vigila directamente a los alumnos ni participa directamente en las actividades que éstos realizan en el establecimiento educacional. Tampoco parece apropiado considerar como procedente la culpa *in eligendo*, al menos no en los colegios particulares que reciben subvención del Estado, teniendo en cuenta lo establecido en la nueva ley de inclusión escolar.

Al respecto, el profesor ZELAYA en un artículo a propósito de la reforma legal que modificó el régimen de responsabilidad civil extracontractual del personal docente privado en España, destaca que se ha producido "un profundo cambio en la forma de concebir, gestionar y entregar la educación primaria en los colegios, que lleva a incrementar los riesgos para los alumnos y para los terceros (...) La actividad escolar y extraescolar desarrollada en y por un centro docente tiene hoy ciertos riesgos típicos e inherentes a su desarrollo en el mediano y

largo plazo, respecto de los cuales parece socialmente útil y necesario proteger a las eventuales víctimas²⁸. Con ello, concluye que la responsabilidad del jefe de colegio es por riesgo y no por culpa.

A pesar de que es posible afirmar que hay riesgos en el desarrollo de un proyecto educativo, por ejemplo, en actividades deportivas, extraprogramáticas, en el laboratorio de ciencias o los juegos durante el recreo, sin duda no podemos considerar el proceso de enseñanza como una actividad peligrosa. Conforme la institucionalidad vigente, no se trata tampoco de una actividad que genera beneficios para quien la lleva a cabo, al menos no para los colegios que reciben subvenciones del Estado, que son el 93% del total de establecimientos educacionales particulares del país, pues *todos los sostenedores que reciban subvenciones o aportes regulares del Estado no podrán perseguir fines de lucro, y deberán destinar de manera íntegra y exclusiva esos aportes y cualesquiera otros ingresos a fines educativos*, según dispone el artículo 46 letra a) del D.F.L. N° 2.

Por ello, me parece apropiado considerar que la responsabilidad del jefe de colegio por los daños de sus alumnos se funda más bien en una falta de organización, de gestión o de coordinación en la actividad educativa, teniendo como estándar mínimo el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por el Estado para el ejercicio de la misma. Al respecto, el D.F.L. N° 2 establece en el artículo 46 letra f), como requisito mínimo para obtener el reconocimiento del Estado, *contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar. Dicho reglamento, en materia de convivencia escolar, deberá incorporar políticas de prevención, medidas pedagógicas, protocolos de actuación y diversas conductas que constituyan falta a la buena convivencia escolar, graduándolas de acuerdo a su menor o mayor gravedad. De igual forma, establecerá las medidas disciplinarias correspondientes a tales conductas, que podrán incluir desde una medida pedagógica hasta la cancelación de la matrícula. En todo caso, en la aplicación de dichas medidas deberá garantizarse en todo momento el justo procedimiento, el cual deberá estar establecido en el reglamento.*

Asimismo, la Ley General de Educación incorpora una serie de deberes y atribuciones con el objeto de resguardar la convivencia escolar y, en definitiva, el entendimiento entre los alumnos. De este modo, se tipifica el acoso escolar, estableciéndose un procedimiento para su denuncia y sanciones administrativas

²⁸ ZELAYA ETNEGARAY, Pedro. "La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español", *Revista Jurídica de Navarra*, N° 16, 1993, p. 91.

para las autoridades del establecimiento en caso de no adoptar medidas correctivas, pedagógicas o disciplinarias. Asimismo, ordena que el personal directivo, docente, asistente de la educación, funcionarios administrativos y auxiliares, reciban capacitación para la promoción de la buena convivencia escolar.

Ahora bien, para determinar cuál es la diligencia exigible al jefe de colegio, debemos conocer también cuál es su esfera de control sobre los actos y omisiones de los alumnos. Según dispone el artículo 2320 del Código Civil, la esfera de control del jefe de colegio se mantiene mientras los alumnos estén bajo su cuidado. Siguiendo la propuesta de ZELAYA, existen tres aspectos que deben analizarse para determinar la configuración de esta esfera de control: la limitación temporal, funcional y espacial del mismo²⁹.

i. Limitación temporal: parte de la doctrina ha destacado que la limitación temporal parece clara³⁰, pues el control sólo puede ejercerse durante el tiempo que los alumnos se hallen bajo el cuidado del colegio. Por lo tanto, el jefe de colegio debiese responder en aquellos casos en que los daños son producidos por los alumnos luego de hacer abandono del recinto escolar antes de finalizar la jornada y sin autorización del equipo directivo.

ii. Limitación funcional: el daño ocasionado por el alumno debe producirse durante el desarrollo de las actividades escolares y extraescolares patrocinadas por el establecimiento educacional, y no incluir actividades que nada tienen que ver con el proyecto educativo. Esto porque durante estas actividades son programadas por el establecimiento escolar y, para su desarrollo, los alumnos deben permanecer a cargo de los docentes o asistentes de la educación.

iii. Limitación espacial: el ámbito de control del jefe de colegio incluye todas las dependencias del establecimiento educacional³¹. Una sentencia de la Corte Suprema, sentencia de 22 de abril de 2015, en un caso de riña entre alumnas de 2° año medio al interior del baño, señaló que el jefe de colegio no podía excusarse de tomar medidas de control al interior de un baño únicamente por ser éste de mujeres.

Ahora bien, algunas de las sentencias revisadas nos dan cuenta de un examen en torno a la diligencia exigible al jefe de colegio. En el caso "Escudero Cortés

²⁹ ZELAYA, P., *La nueva...*, cit. (n. 28), pp. 102 y ss.

³⁰ BARROS, E., *Tratado...*, cit. (n. 2), p. 175.

³¹ RODRIGUEZ GREZ destaca que resultaría claramente injusto imponer a una persona por el solo hecho de ser padre, tutor o curador, jefe de colegio o empresario, responsabilidad por actos que ejecuta la persona entregada a su cuidado al margen de la dependencia física que permite ejercer la autoridad que se le confiere, RODRIGUEZ, P., *Responsabilidad...*, cit. (n. 2), p. 216.

con Sociedad Sotomayor y Espíndola Limitada”, la Corte Suprema declaró que, frente a una riña entre adolescentes al interior de los baños del colegio, no es suficiente para exonerarse de responsabilidad sustraer las instalaciones sanitarias de la esfera de vigilancia y cuidado esgrimiendo la necesidad de privacidad, que impide contar con un adulto responsable de manera permanente en dicho espacio. En este caso, el tribunal consideró que la responsabilidad de los jefes de colegio por los hechos de sus alumnos se fundamentaba “en su deber de vigilancia y protección inherentes a la función educativa, que lleva implícita la obligación de brindar condiciones de seguridad para resguardar la integridad física y psíquica de los alumnos. Obligados los jefes de colegios y escuelas a vigilar a sus discípulos y a mantener la debida disciplina en el respectivo establecimiento, es natural presumir que, si los discípulos causan un daño, es porque aquéllos no lo vigilaron debidamente. El fundamento de esa responsabilidad es, pues, la culpa de esos jefes, la falta de vigilancia en que seguramente incurrieron, lo que hizo posible el hecho ilícito del discípulo”³².

Otra circunstancia que ha sido revisada por los tribunales y que determina cuáles son los alcances del deber de cuidado del jefe de colegio son los antecedentes de mala conducta y agresividad del alumno que ocasiona el daño y con los que el colegio cuenta debido a información proporcionada por los propios padres o por situaciones anteriores vividas al interior del establecimiento educacional. Frente a ellas, se ha considerado que el jefe de colegio estará obligado a una mayor vigilancia y cuidado³³.

VI. CONCLUSIONES

A continuación, expongo algunas conclusiones a las que ha sido posible arribar:

1. No contamos con un estatuto unitario que regule la responsabilidad civil del jefe de colegio por los hechos de sus alumnos, debido a que el sistema educativo chileno es de carácter mixto, interviniendo en él tanto el Estado, a través de los municipios, como los particulares y, en consecuencia, cuando los daños se ocasionen al interior de un establecimiento educacional municipal, la responsabilidad civil se regirá por las disposiciones de la Ley Orgánica de

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 22 de abril de 2015, rol N° 11418-2015.

³³ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, sentencia de 17 de octubre de 2005, rol N° 422-2004.

Municipalidades, mientras que si los hechos ocurren en un establecimiento particular, la normativa aplicable es el Código Civil.

2. Si bien la doctrina mayoritaria considera que el concepto de jefe de colegio se refiere a directores o rectores de los establecimientos educacionales, la complejidad del sistema educativo, y de su organización, hacen aconsejable que sea el sostenedor del colegio y no el personal directivo quien responda por los daños que se ocasionen, pues es él quien establece y ejerce el proyecto educativo. Lo anterior, parece pertinente si tenemos en cuenta que, en el caso de los establecimientos de propiedad municipal, será el municipio quien responda por los daños, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario.

3. La doctrina chilena no se ha preguntado sobre la procedencia de la responsabilidad contractual y extracontractual frente al mismo hecho ilícito en el caso de la responsabilidad civil del jefe de colegio. La jurisprudencia, en cambio, ha presentado distintas soluciones, aunque en su más reciente fallo, decide a favor de la teoría de la opción, conforme a la cual es la víctima (o los demandantes) quienes deciden cuál acción interponer ante los tribunales.

4. Finalmente, respecto a los deberes y atribuciones del jefe de colegio, parece claro que estamos frente a una responsabilidad civil por culpa. Para configurar el ejercicio de la autoridad y el cuidado que la ley confiere y prescribe a los colegios para impedir los hechos ilícitos de sus alumnos, el jefe de colegio se encuentra fuertemente limitado en su labor por disposiciones legales y constitucionales, y controlado por el Estado a través de sus órganos de administración y superintendencias, que buscan resguardar el ejercicio del derecho a la educación de niños y jóvenes, así como su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, resulta positivo en la medida que otorga un marco normativo claro en torno a los deberes y obligaciones del jefe de colegio, pero al mismo tiempo complejiza el desarrollo del proyecto educativo, requiriendo de una organización acabada, en la que, con la iniciativa del sostenedor, intervengan equipos docentes, paradocentes, directivos, padres, apoderados y alumnos. Al mismo tiempo, no es posible afirmar que el proceso educativo sea una actividad que conlleve riesgos, ni puede apreciarse fines de lucro en el desarrollo del proyecto educativo, pues la ley lo impide en la gran mayoría de los casos.

Así las cosas, parece más apropiado afirmar que la responsabilidad del jefe de colegio se fundamenta en una falta de organización, gestión o cumplimiento de la actividad educativa, más que en una falta de vigilancia o en el riesgo asociado a la actividad.