

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Ignacio Contardo González
Profesor de Derecho Civil
Universidad Andrés Bello

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD MÉDICA. CULPA CONTRA LA LEGALIDAD. BUENA FE CONTRACTUAL. PLAZO ESENCIAL. CORTE SUPREMA, PRIMERA SALA (CIVIL), 6 DE AGOSTO DE 2013, ROL N° 7493-2012. CITA LEGAL PUBLISHING: CL/JUR/1745/2013

Los hechos del fallo en comentario –O.O. V.C. con Medi-Matic S.A.– son, en resumen, los siguientes: el actor se practicó un examen de VIH ante una entidad privada, la demandada, la que le informó que el resultado de la muestra sería analizada por el Instituto de Salud Pública, y que se le notificaría el resultado treinta días después de la toma de la muestra, lo que nunca sucedió. Con ocasión de una consulta en otro centro médico un tiempo después, se le notificó que había dado positivo en el test, y que ya constaba hace más de un año en el Instituto de Salud Pública que también había dado positivo al examen.

Ante esta situación, se demandó una cuantiosa suma por daños patrimoniales y extrapatrimoniales aduciendo incumplimiento (“con culpa grave”) contractual por el retraso en el aviso de dicho examen, y la infracción a la ley N° 19.779, que establece nor-

mas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. Y la resolución exenta N° 371 del Ministerio de Salud del año 2001 que regula el procedimiento de examen para la detección del VIH. En primera instancia se acoge la acción indemnizatoria, pero no por el total de los perjuicios y, en segunda, se confirma la sentencia por mayoría (sin argumentación relevante), pero hay un voto de minoría, que entendía que no había obligación de informar.

Frente a esta situación, el demandado recurre de casación en el fondo a la Corte, alegando infracción a las leyes reguladoras de la prueba, que permitieron establecer el incumplimiento contractual y el daño indemnizable.

La Corte desecha el recurso, entendiendo que el reclamante no impugnó adecuadamente la supuesta infracción de Ley en que incurrieron los tribunales inferiores (la Corte de Apelaciones, con su escueta argumentación hace suyos los de primera instancia). Sin embargo, se pronunció, en parte, sobre el fondo (cons. 10°):

“Tal negligencia [la de omitir el aviso del resultado positivo del examen] resulta suficiente

como para acceder a la pretensión indemnizatoria aun cuando no se hubiese explicitado la obligación del contacto directo, en los términos que enseña el Decreto N° 1.580, por cuanto el contrato de prestación de servicios médicos debía ser ejecutado de buena fe por la parte demandada, lo que le imponía, evidentemente, noticiar al paciente de su condición de portador de una enfermedad cuyos graves efectos y consecuencias son ampliamente conocidos”.

De esta manera, entendió la Corte que, aunque hubiese existido infracción de ley, ella no hubiera influido en lo dispositivo del fallo.

Aunque la Corte se pronunció escuetamente sobre el fondo, una pregunta que puede formularse es si existía incumplimiento contractual. Si volvemos a los hechos resultó que el paciente se practicó el examen, pero no retiró el resultado. Sólo se percató (en forma oficial) que padecía la enfermedad al practicarse un nuevo examen a más de un año del originario. Entonces, ¿debía informar de esta circunstancia el centro médico?

La respuesta de los tribunales de la instancia fue la siguiente: el demandado al no haber dado aviso del resultado positivo del informe de VIH infringió la ley N° 19.779, y la resolución exenta N° 371 a la que ya se ha hecho alusión. En el entender de estos tribunales, esta infracción constituyó un caso de “culpa contra la legalidad”, de tal manera que la infracción contractual se establecería en razón

del incumplimiento de la normativa legal y reglamentaria vigente, aunque el contrato de prestación de servicios médicos nada haya establecido sobre el particular.

La normativa que impone la obligación de informar es un tanto confusa. La mentada resolución exenta establece lo siguiente en sus N°s 5 y 6 pertinentes:

“5°. Al paciente deberá entregarse el resultado tanto por escrito, mediante la copia en papel de éste, como de palabra, a través de consejería realizada por personal debidamente entrenado para ello.

6°. A continuación deberá efectuarse la notificación obligatoria prevista en el artículo 4° del decreto N° 466 de 1987, del Ministerio de Salud, salvo en la situación señalada en el punto siguiente”.

Este art. 4° al que se hace alusión, establece, a su vez, lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 11, de Salud, de 3 de enero de 1985, Reglamento sobre Notificación de Enfermedades de Declaración Obligatoria, establécese la notificación obligatoria de serologías positivas para anticuerpos de virus de SIDA (HIV).

Además de la notificación que se establece en el citado Reglamento, la notificación obligatoria del SIDA y de las serologías positivas para anti-

cuerpos de virus de SIDA, deberá efectuarse, con la periodicidad que determine la norma técnica, al Departamento de Programación del Ministerio de Salud”.

Por último, el decreto supremo N° 11 establece la necesidad de notificación diaria de los exámenes positivos de VIH, según su art. 1 b) y art. 3 que pasará a reproducirse:

“Las enfermedades de declaración obligatoria, contempladas en la letra b) del artículo 1°, deberán ser notificadas, una vez confirmado el diagnóstico, por el respectivo establecimiento asistencial, enviándose el formulario correspondiente diariamente al Servicio de Salud competente, si son de diaria ocurrencia, desde donde se remitirá al Ministerio de Salud una vez por semana”.

Teniendo en vista este panorama normativo, es necesario volver a los hechos. Constaba en el proceso que *no* se practicó la notificación prevista en el N° 5 de la resolución exenta N° 371. Pero, asimismo, debe tenerse presente que el informe realizado ante el Instituto de Salud Pública es confirmatorio de dos practicados con anterioridad, y debidamente notificados al paciente. Es decir, el demandante ya sabía que existían altas probabilidades de que el examen fuera acertado. Luego entonces, ¿incumplió el contrato el prestador de servicios médicos?

Como ya sabemos, la respuesta de los tribunales de la instancia fue afirmativa. Pero lo más interesante es su fundamentación. Estos tribunales (el de primera instancia en realidad), estimaron que la omisión en la práctica de la notificación prevista por la resolución exenta N° 371 significaba “culpa infraccional”. Es decir, al no cumplir con la ley (la “culpa infraccional”), se estaría vulnerando el contrato por infracción a la buena fe (cons. 25°, 12° Juzgado de Letras de Santiago, 24 de enero de 2012, rol 6743-2010).

A nuestro entender, aunque el argumento es ingenioso, no es técnicamente correcto. La “culpa infraccional” (también llamada “contra la legalidad”) es un mecanismo propio de la responsabilidad extracontractual, que tiene por objetivo establecer la falta al deber de cuidado, y por tanto, la culpa extracontractual¹. Esto sucede, por ejemplo, en el ámbito de los accidentes del tránsito. El hecho de contravenir la legislación del tránsito, como sucedería al manejar a exceso de velocidad, importa en sí misma la falta al deber de cuidado y, por tanto, da por establecida la culpa del causante del daño (o de alguna manera presumirla, puesto que habría que analizar cuál es la causa del daño atendidos otros criterios de imputación distintos de la mera infracción de normas de corte reglamentario).

Sin embargo, en el ámbito de lo contractual la cuestión se presenta con diferencias. En esta órbita de responsabilidad la fuente de los deberes de cuidado no se encuentra en una norma reglamentaria que permita dar por

¹ BARROS (2006), p. 127.

establecida la culpa del causante del daño, sino en el contrato mismo. Otra cuestión, muy distinta, es que la falta a los deberes de cuidado (o su opuesto, el estándar de diligencia exigible al deudor) se integre de conformidad con normas legales supletorias a la convención.

Éste parece ser el criterio seguido por la CS en su breve argumentación. Si recordamos las palabras de la Corte:

“...por cuanto el contrato de prestación de servicios médicos *debía ser ejecutado de buena fe por la parte demandada*, lo que le imponía, evidentemente, noticiar al paciente de su condición de portador de una enfermedad cuyos graves efectos y consecuencias son ampliamente conocidos” (el destacado es nuestro).

Si interpretamos bien, la Corte, en el fondo, lo que señala es que el deber de aviso del centro asistencial quedaba cubierto por las exigencias de la buena fe contractual (art. 1546 del CC).

El sentido que aplica la buena fe la Corte es el literal del art. 1546, no de aquél seguido por la doctrina. Cuando normalmente se habla de la buena fe contractual, se alude al deber de los contratantes de actuar de forma leal². Pero, en realidad, el art. 1546 no señala esto en su sentido textual. En realidad, el art. 1546 establece las formas de integración del contrato. Cuando dice el *Código* que los contratos deben ejecutarse de buena fe, luego explica qué

significa esta aseveración. Y la norma es clara: el contrato tiene fuerza obligatoria (art. 1545), “obliga”, no sólo en lo que reza el mismo (en lo que en él se expresa) sino a todas aquellas

“cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Es decir, la obligación contractual (o como la llama Alvaro Vidal, la *regla contractual*³), se determina por lo que establece el contrato *más* lo que emana de su naturaleza, o lo que la ley o la costumbre establecen que le corresponde. Éste es el sentido más fiel al art. 1546, que se corresponde con la tradición romana de las relaciones contractuales de buena fe⁴.

Y en este caso, la Corte estimó que el deber de aviso del examen quedaba integrado en la buena fe contractual, es decir, por una normativa supletoria aun de naturaleza administrativa. Por ello, en realidad no hay en propiedad “culpa infraccional” en materia contractual, toda vez que los deberes impuestos por ley en realidad se integran a los deberes de cuidado del deudor.

La conclusión, por tanto, es que sí hubo incumplimiento contractual, si se entiende por incumplimiento toda desviación de la prestación al programa prestacional u objeto ideal del contrato⁵. En esto, la sentencia de la Corte nos parece correcta.

Establecido que hubo incumplimiento, fuera de la problemática so-

³ VIDAL (2000), pp. 218-219.

⁴ GUZMÁN (2013), tomo II, p. 116 y ss.

⁵ VIDAL (2007), p. 45.

² LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 343.

bre la fundamentación del recurso (sobre la cual la Corte lo rechaza) cabe, entonces, preguntarse si ese incumplimiento estaba de alguna manera excusado por el hecho de que había indicios claros de que el demandante ya tenía por lo menos alguna sospecha de haber adquirido la enfermedad. Cabe recordar que se acreditó que el actor ya sabía de los exámenes preliminares positivos, y el test llevado por el Instituto de Salud Pública es una suerte de acreditación de tal situación. Por cierto, cabe descartar de plano que el hecho del incumplimiento (la falta al deber de aviso) haya producido la enfermedad.

El problema debe centrarse en las consecuencias dañosas que pudiere haber afectado la falta al deber de aviso tanto en el plano patrimonial como en el plano extrapatrimonial (“daño moral”). Desde luego, y como es bien sabido, las consecuencias físicas, psicológicas y patrimoniales de esta enfermedad son muy sensibles, por lo que de alguna forma debería pesar sobre el deudor, perito o especialista, un *especial* cuidado sobre la materia que no fue guardado en los hechos.

Pero, por otra parte, se hace necesario analizar la conducta de la víctima del supuesto daño (que no insistió en obtener los resultados oficiales) y ponderar los intereses en juego en esta relación contractual. Entonces, ¿debería influir la conducta de la víctima *posterior al incumplimiento* en el análisis de los daños?

Nos aventuramos en señalar que hay, por lo menos, varias ópticas de cómo analizar la cuestión. Una posibilidad podría estar relacionada con la denominada “culpa del víctima”, “ex-

posición imprudente al daño” o “culpabilidad” (aunque se discute su aplicación en materia contractual). Pero esto debe ser descartado: en el caso la víctima no colaboró en el incumplimiento. Otra, podría ser el incumplimiento de la víctima en establecer medidas de mitigación del daño. Sin embargo, estas medidas parecen estar enfocadas en la disminución del daño ya producido, pero después de reclamado.

Pero hay una tercera forma de analizar la cuestión, que es en relación con el tiempo de cumplimiento de la obligación (de entrega de los resultados). Al observar los hechos que se tuvieron por probados, el último médico que atendió al demandado le señaló que dentro de treinta días se tendría la respuesta del órgano público. Sin perjuicio de las palabras de que se valió el fallo para describir el hecho, parece ser que la información sobre el examen debió haber sido remitida al enfermo en cuanto se tuvieran los resultados del examen. No se trataba de una fecha cierta, sino, en apariencia, lo que se denomina un plazo “tácito”: “el indispensable para cumplirlo” (art. 1494 del CC). Y este plazo rondaba en un término de treinta días (“dentro de” no parece indicar en este contexto la significación de un plazo fatal). Es decir, la obligación de envío de los resultados del examen se activaría en cuanto el centro médico los tuviera a su disposición. Lo que en definitiva, no fue cumplido. Entonces, lo que habría que determinar si este retraso en el cumplimiento de la obligación causó el daño alegado por la demandante y de qué manera la inactividad del acreedor podría influir en la determinación del daño.

La Corte no se abocó de manera directa al problema (por las razones esgrimidas con anterioridad), pero sí lo hizo el fallo de primera instancia (12° Juzgado Civil de Santiago, 24 de enero de 2012, rol N° 6743-2010):

“Que, sin perjuicio de lo sostenido con antelación, la norma contenida en el artículo 8° de la ley 19.779, faculta al Tribunal para apreciar prudencialmente el daño moral. Que, en este punto, cabe señalar que la circunstancia de que la sociedad Medi-Matic S.A. *hubiere faltado a la imposición legal de cumplir cabalmente el procedimiento para la detección del Virus de Inmuno Deficiencia Humana, evidentemente* constituye una infracción que acarrea perjuicios al paciente, *dado que la inestabilidad e incertidumbre de ser portador, y con ello potencial transmisor del citado virus, provoca aflicción en el afectado e impide que se ejecuten los tratamientos necesarios e indispensables para aminorar sus efectos y evitar su propagación, o se ejecuten tratamientos que exceden el ámbito de necesarios y pertinentes, con el consecuencial gasto patrimonial, de modo que, al amparo de dicha disposición legal, como asimismo teniendo en consideración que los antecedentes del proceso se estiman suficientes para sustentar una presunción grave, precisa y concordante con lo sostenido con antelación, en los términos que exige el artícu-*

lo 1712 del Código de Procedimiento Civil, se fijará prudencialmente como monto de la indemnización por concepto de daño moral que el demandado deberá pagar a favor del actor, la suma de \$20.000.000 (veinte millones de pesos)” [el destacado es nuestro].

Como se puede observar, el tribunal de primera instancia no otorga ningún efecto a la inactividad del paciente, de tal manera que considera el plazo de entrega de los resultados como un “plazo esencial”⁶. Es decir, la sola llegada del plazo tácito permitiría la activación de los remedios contractuales a favor del acreedor. Los plazos esenciales son aquéllos que no admiten cumplimiento retrasado y confieren al acreedor, con la sola llegada del plazo, la facultad de ejercer los remedios⁷. Si se considera de esta manera el plazo, la inactividad de acreedor no tendría repercusiones, ya que todo el peso de la obligación contractual pesaba sobre el deudor.

Sin embargo, creemos que la construcción de la regla contractual a partir de las exigencias de la buena fe podría ordenar otra cosa. Es claro que el deber de aviso del deudor se configura como una de las obligaciones principales del contrato. Pero, no es menos cierto, que pesa sobre el acreedor también la carga de minimizar el impacto

⁶ El problema de la esencialidad de los plazos no ha sido tratada por la doctrina nacional con exhaustividad, a excepción de BARAONA (2009), p. 374 y ss; y recientemente LÓPEZ (2013), pp. 55-73.

⁷ LÓPEZ (2013), pp. 64-66.

de los riesgos del incumplimiento. Esta carga, aunque no expresa en la legislación, se desprende la de buena fe contractual y se integra al contenido obligacional⁸. En el caso, teniendo el paciente al menos un buen indicio que el resultado del examen fue positivo, al haberse cumplido el plazo podría haber exigido la entrega del mismo. Sin embargo, se mantuvo en un estado de pasividad por un lapso superior al de un año, en circunstancias que habiendo conocido los resultados parciales del examen hacían presumir que la confirmación sería adversa a los intereses del paciente. Visto desde esta perspectiva, fue el propio acreedor quien no veló por sus propios intereses, y manteniéndose en el mismo estado por más de un año habiendo conocido los riesgos de la incertidumbre de la confirmación de los exámenes por el organismo estatal.

Por lo tanto, entendiendo de esta manera la obligación, el plazo en principio “tácito” (“*indispensable* para cumplirlo”, que indica esencialidad del mismo) no es tal como bajo una primera lectura podría observarse. Si los riesgos recaen directamente sobre la persona del acreedor a partir de esta lamentable enfermedad, entonces debería entenderse que es éste el que debe velar por su propia salud. Sería muy distinta la situación que solicitados los exámenes, no se hubiesen entregado, o bien, hubiese contenido errores (por ejemplo, un resultado negativo del examen). Luego, descartada la esencialidad del plazo, creemos que su vencimiento no debería haber provocado los perjuicios que se recla-

maron con ocasión del pleito, puesto que el acreedor dejó de cumplir una carga que se le impone por la misma buena fe contractual.

Aunque reconocemos que la solución propuesta es del todo discutible –la integración de deberes y cargas no expresas en el contrato no es una cuestión fácil de determinar a priori e, incluso, luego que los hechos se han desencadenado–, este caso nos obliga a preguntarnos sobre estas materias a pesar de la resolución de la Corte.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CULPA POR OMISIÓN. CULPA DIFUSA. CORTE SUPREMA, PRIMERA SALA (CIVIL), 13 DE JULIO DE 2013, ROL N° 1729-2013. CITA LEGAL PUBLISHING: CL/JUR/1246/2013, CITA MICROJURIS: MJJ35512.

El presente caso (Harcha con Corporación Juan Subercaseaux) trató en los hechos de un accidente sufrido por un menor en un establecimiento parvulario subvencionado por el Estado. El menor, hijo de la demandante, perdió el equilibrio en dependencias del demandado golpeándose contra un mueble y produciéndosele un corte profundo en una de sus mejillas. El mueble en cuestión, según se acreditó en autos, poseía “relieves puntiagudos”, en circunstancias que por seguridad debiera tener puntas redondeadas.

En primera instancia se demandó la responsabilidad contractual del establecimiento sostenedor, y en un juicio distinto, la responsabilidad extracontractual de la misma por los mis-

⁸ CARRASCO (2010), p. 533.

mos hechos. Se procedió a acumular las causas, y en la sentencia definitiva (23 de abril de 2012, rol 445-2010, Tercer Juzgado de Policía Local de Ovalle,) se rechazó la demanda en sede contractual acogiéndose la indemnización en sede extracontractual.

El fundamento para el rechazo de la demanda en sede contractual es que el menor accidentado (y demandante) no era parte del contrato, sino su madre⁹. Luego, entonces, procedió a acogerse la demanda extracontractual, fundamentándose esta responsabilidad en la falta al deber de seguridad de la demandada al tener bienes no aptos para prevenir daños como el que se le produjo al menor.

La Corte de Apelaciones de La Serena confirmó la sentencia de primer grado (30 de enero de 2013, rol N°489-2012), agregando que al menor de edad no le era posible “advertir el peligro y desplegar conductas de autocuidado”.

Se recurrió a la Corte Suprema de casación en la forma y en el fondo. Sólo abordaremos el vicio reclamado de nulidad sustancial.

La demandada alegó que el tribunal de segunda instancia habría incurrido en vicio de casación por haber infringido los arts. 2320, 2314 y 1698 del CC, en el sentido de que no se determinó quién fue el causante del daño en la responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, la Corte terminó por rechazar la casación por dos argumentos. En primer lugar, porque se determinó la responsabilidad *por el*

hecho propio de la demandada. Y, en segundo lugar, aunque existiese responsabilidad *por el hecho ajeno*, habría “culpa anónima” (también llamada “difusa”), lo que hubiera permitido igualmente la condena. A nuestro entender, el primer argumento es correcto, mas el segundo nos merece algunas dudas. Comentaremos a continuación las dos consideraciones.

El hecho básico sobre el cual descansan las argumentaciones de los tribunales inferiores fue que la demandada no aplicó un cuidado debido a la protección del menor. Es decir, se trataría de un caso de *responsabilidad por omisión*. En materia extracontractual la responsabilidad por omisiones es excepcional, y se produce “cuando quien ejecuta la acción omite tomar las precauciones necesarias, exigidas por las circunstancias *para evitar el daño*”¹⁰, requiriéndose una regla que así lo exija¹¹.

De esta manera, una de las fuentes de la responsabilidad civil por omisión es aquella impuesta por la misma ley (o un reglamento) que genera una suerte de culpa infraccional por omisión¹².

Esto fue lo que la Corte confirmó respecto de los tribunales inferiores (considerandos 8° de la sentencia de la CS, 8° a 10° del fallo de segunda instancia y 17° de la de primer grado). En efecto, hay un conjunto de normas de corte legal y reglamentario, en especial de la JUNJI –dependiente del Ministerio de Educación–, que exigen un cuidado especial a quien tiene bajo su

⁹ Esto hubiese sido más discutible si hubiese demandado su madre. Sin embargo, demandó el padre en representación del hijo.

¹⁰ BARROS (2006), p. 125.

¹¹ *Op. cit.*, p. 126.

¹² *Op. cit.*, pp. 126-127.

supervisión un organismo de estas características. De esta suerte, el *Manual de seguridad y prevención de riesgos* frente a la “existencia de elementos o bordes salientes o cortantes” en jardines infantiles impone la necesidad de eliminarlos¹³, cuestión que no se dio en los hechos.

Por esta razón, nos parece correcta la aplicación que la Corte de los arts. 2314 y 2329 al establecer una responsabilidad por el hecho propio de la demandada (por omisión), sin acudir a las normas de responsabilidad por el hecho ajeno del art. 2320.

Por su parte, la responsabilidad civil indirecta o por el hecho de otro en materia extracontractual, para su configuración exige que un sujeto realice una conducta dañosa, pero que sin embargo, pueda, además, imputarse a otra persona esa responsabilidad por haber infringido un deber de cuidado respecto del subordinado. Como enseña Enrique Barros, la responsabilidad indirecta es, a la vez, una responsabilidad por el hecho propio (y no sólo por el hecho ajeno, que se acercaría a un régimen de responsabilidad estricta, también llamada vicaria) puesto que hay un juicio de reproche en la persona del principal o guardián en el debido cuidado que ha debido emplear respecto del subordinado¹⁴.

Por tanto, para la aplicación del art. 2320 (que establece el deber general de cuidado respecto de las

personas que se encuentran bajo el cuidado de otras) se necesita, en primer lugar, la identificación del subordinado y la determinación de la responsabilidad de éste. Además, se necesita una relación de autoridad y cuidado entre el que se considera como tercero civilmente responsable y el causante del daño. Por lo tanto, en la responsabilidad por el hecho de terceros, fundamentada en el art. 2320 inciso 1º, el juicio de reproche efectuado al guardián (el empresario) está dado porque éste no ha aplicado los estándares de cuidado que su propia calidad le confiere (art. 2320 inciso 5º).

En el ámbito de la responsabilidad del empresario (arts. 2320 inciso 4º y 2322 del *CC*), cuando es difícil determinar quién de los subordinados ha realizado el hecho, se ha acuñado el concepto de *culpa organizacional*, para no dispensar la responsabilidad del principal. Se trata de casos en que el hecho dañoso ha sido causado por uno o más de éstos, pero supone la “culpa” de la organización (del principal) en la medida de su deficiente funcionamiento interno¹⁵. Ésta se configura más bien como una responsabilidad por el hecho propio.

Este criterio se distingue de la “culpa anónima”, la que es citada en la sentencia. La culpa “anónima” o “difusa” no se refiere al empresario, y consiste en determinar que el daño ha sido causado *inequívocamente* por uno de los dependientes, pero con imposibilidad de su identificación¹⁶. Por lo tanto, nuevamente, para no dis-

¹³ Disponible en www.junji.gob.cl/portal/-index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=9:prevencion-de-riesgos&Itemid=187, visitado por última vez el 7 de octubre de 2013.

¹⁴ BARROS (2006), p. 173.

¹⁵ BARROS (2006), p. 189.

¹⁶ *Ibid.*

pensar la responsabilidad del guardián (bajo la convicción que de uno de los dependientes causó el daño) se establece su responsabilidad. Aquí nos encontramos con más propiedad en el ámbito de la responsabilidad civil indirecta toda vez que se sabe que un subordinado ha incurrido en el hecho causante del daño, pero no sabe quién.

Es este último criterio al que acude la Corte para fundamentar, *obiter dicta*, la responsabilidad del demandado. Sin embargo, creemos que este argumento estaba de más, como, incluso, lo reconoce la Corte. La verdad es que de los hechos no se desprende que uno de los subordinados del establecimiento parvulario hubiese incurrido en la actividad dañosa, es decir, la caída del menor. Muy por el contrario. La Corte determinó previamente, a nuestro entender, de forma correcta, que hay responsabilidad en la misma por los daños que se causaron por no aplicar las medidas de seguridad que le correspondía atendida la naturaleza del establecimiento parvulario.

En todo caso, fuera de la pertinencia sobre el argumento de la “culpa anónima” en el caso, lo cierto es que la Corte parece ir acuñando ahora ya en materia civil (puesto que ya lo había hecho en materia de responsabilidad del estado) el concepto de “culpa difusa” para dispensar la identificación del subordinado *ex art.* 2320. Este criterio que ya tenía cierta aceptación en responsabilidad médica¹⁷, parece irse haciendo espacio en otras materias y a partir de fallos como en el comentario es muy probable que los tribunales superiores sigan insistiendo en estas ideas.

¹⁷ Véase TAPIA (2003) y TOCORNAL (2010).

BIBLIOGRAFÍA

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997). “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1. Santiago.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2009). “Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su consideración y eficacia”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2010). “Análisis preliminar de la jurisprudencia de la corte suprema sobre daños morales en causas por incumplimientos contractuales civiles de los años 2002 a 2007”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1. Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi.
- COING, Helmut (1996). *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- GATICA PACHECO, Sergio (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013). *Derecho privado romano*. Santiago: Thomson Reuters.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2010). “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bila-

- terales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno”. *Revista Chilena de Derecho privado*, N° 15. Santiago.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2013). “El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del *Código Civil Chileno*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20. Santiago.
- López Santa María, Jorge (2010). *Los contratos*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009). “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos PIZARRO WILSON, (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing.
- TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO (2003). “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. *Revista de derecho*. vol. 15, N° 2, disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext#r51>
- TOCORNAL COOPER, Josefina (2010). “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 37, N° 3, disponible en: / www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000300004&script=sci_arttext>.
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO (2000). “La construcción de la regla contractual en el derecho de los contratos”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI.
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO (2007). “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1.