



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Concurso de Responsabilidad Civil: un falso problema de interpretación.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Autora
Natalia Jara Fuentealba

Profesora Guía
Magdalena Bustos Díaz

Santiago de Chile
2018

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto plantear una nueva forma de interpretar el discutido problema de concurrencia de responsabilidad civil, descartando teóricamente la posibilidad de que las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, efectivamente puedan concurrir.

Para lograr este objetivo, se analiza el problema del concurso de responsabilidad civil, y lo desarrollado en la doctrina civil sobre esta materia (terminología, concepción, casos de aplicación y teoría de solución), a la luz de los estudios aportados por la ciencia jurídica, en materia de concurso de normas y antinomias jurídicas.

Del estudio realizado, se podrá concluir que, el problema del concurso de responsabilidad civil es un falso problema de interpretación, dado que, si bien un mismo hecho o acción puede representarse tanto como una infracción del contrato, como una infracción al deber general de cuidado, las normas de responsabilidad civil no pueden ser aplicadas conjuntamente para la indemnización de un mismo daño. De esta forma, los estatutos de responsabilidad civil se excluyen mutuamente, porque la doble regulación normativa del elemento perjuicio, obliga al intérprete a calificar un daño, únicamente como contractual o extracontractual.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| CAPÍTULO PRIMERO..... | 5 |
| PRESUPUESTOS JURÍDICOS PARA LA EXISTENCIA DEL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: DOBLE REGULACIÓN DEL DAÑO.5 | |
| i. Derecho Civil Chileno, un sistema dualista de responsabilidad civil..... | 6 |
| ii. Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual. ... | 10 |
| i. Daño | 12 |
| ii. Culpa | 17 |
| iii. Dolo | 20 |
| iv. Capacidad..... | 21 |
| v. Responsabilidad por el hecho ajeno..... | 23 |
| vi. Mora..... | 24 |
| vii. Aplicación del principio de autonomía de la voluntad | 25 |
| viii. Pluralidad de sujetos responsables | 26 |
| ix. Acción popular de prevención | 27 |
| x. Responsabilidad por situaciones de riesgo | 27 |
| xi. Prescripción extintiva | 28 |
| xii. Tribunal competente | 29 |
| xiv. Regulación en el Código Civil | 31 |
| CAPÍTULO SEGUNDO. | 33 |
| CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL: APROXIMACIONES DOCTRINARIAS AL CONCEPTO Y FENÓMENO..... | 33 |
| i. Terminología adecuada. ¿por qué hablar de “conurrencia de responsabilidades”?..... | 34 |
| i. “Cúmulo de las responsabilidades”. | 35 |
| ii. “Opción”. | 36 |
| iii. “Conurrencia o concurso”..... | 40 |
| ii. Evolución de la concepción o definición del problema de la conurrencia de responsabilidad civil..... | 41 |
| i. Concepción clásica del “concurso de responsabilidad civil”..... | 43 |

| | |
|---|------------|
| ii. Concurrencia de responsabilidad conceptualizado como un caso de dudosa calificación jurídica. | 47 |
| iii. Casos fronterizos o zonas borrosas..... | 51 |
| i. Cuando las partes estipulan la procedencia de la concurrencia de responsabilidades | 54 |
| ii. Cuando el incumplimiento de una obligación contractual constituye al mismo tiempo un delito o cuasidelito penal..... | 54 |
| iii. Cuando un tercero beneficiario de una obligación contractual demanda los daños derivados de la infracción de un contrato, del cual no es parte | 55 |
| iv. Tutela aquiliana del crédito..... | 56 |
| v. Contratos celebrados en perjuicio de terceros | 57 |
| vi. Responsabilidad médica, la llamada responsabilidad extracontractual derivada del contrato | 58 |
| iv. Teorías doctrinarias desarrolladas para solucionar los casos en que procede la concurrencia de responsabilidad civil..... | 62 |
| a. Teoría de la opción. | 64 |
| b. Teoría de la absorción o incompatibilidad. | 66 |
| CAPÍTULO TERCERO..... | 75 |
| “CONFLICTO DE NORMAS”: APROXIMACIONES DESDE LA CIENCIA JURÍDICA. .. | 75 |
| i. Concurrencia de Normas: Un problema de interpretación jurídica. | 75 |
| a. Concurrencia normativa entre normas que contemplan consecuencias jurídicas iguales..... | 77 |
| b. Concurrencia de normativa entre normas que generan consecuencias jurídicas diferentes. | 78 |
| c. Concurrencia normativa no excluyente. Concursos acumulativos y alternativos. | 78 |
| ii. Concurrencia normativa excluyente. | 79 |
| ii. Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”..... | 84 |
| iii. Aplicación del aporte de la ciencia jurídica al análisis del problema de la concurrencia de responsabilidad civil..... | 90 |
| CONCLUSIONES..... | 103 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 108 |

INTRODUCCIÓN

En el derecho civil chileno, la comprensión del concepto “responsabilidad”, generalmente se ha estructurado en torno a la idea de que existen dos regímenes normativos diferentes, que conviven, pero se aplican para situaciones de hecho diversas. Estos son, el régimen de responsabilidad civil contractual y el régimen de responsabilidad civil extracontractual.

No obstante, cuando ambos estatutos de responsabilidad civil aparentemente coinciden y pueden ser aplicados simultáneamente, se produce el problema jurídico conocido comúnmente como “concurso” o “conurrencia” de responsabilidad. El cual, se ha concebido tradicionalmente como una *“posible superposición de las normas contractuales y extracontractuales en un hecho dañoso determinado”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2006, “Prólogo”, en ALONSO TRAVIESA: XIII).

Con todo, a pesar de lo sencillo que parezca comprender el fenómeno, cierto es que su tratamiento doctrinario y jurisprudencial ha sido bastante desafortunado¹. Puesto que, es fácil tropezarse, en el estudio de esta problemática, con diversas imprecisiones terminológicas y vacíos que, no sólo obstaculizan su acabada comprensión, sino dificultan encontrar su adecuada solución. De hecho, la laguna u omisión más importante en el análisis del concurso de responsabilidad civil, precisamente consiste en la demostración teórica de la existencia de este problema. Cuestión que, llama bastante la atención, considerando que debiera ser el punto de partida, el inicio, de todo estudio que aborde el fenómeno.

Debido a lo anterior, el objetivo del presente trabajo de investigación es resolver si efectivamente es posible que se produzca el problema de la concurrencia de responsabilidad civil. Es decir, evaluar en términos teóricos, si la existencia de la problemática estudiada es viable. Pues, sólo en caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa, será necesario evaluar cómo debe resolverse y qué estatuto resarcitorio deberá aplicarse, cuando ambos regímenes de responsabilidad civil regulen un mismo hecho dañoso.

¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, (2006). “Prólogo”, en ALONSO TRAVIESA: XIII.

Para lograr este objetivo, se considerarán en el análisis, tanto lo desarrollado en el derecho civil sobre el concurso de responsabilidad, como los conocimientos de la ciencia jurídica respecto al concurso normativo y conflictos de normas. Dado que, si el propósito final de este trabajo será resolver si la problemática estudiada es teóricamente posible, será necesario combinar ambas áreas del conocimiento jurídico, para examinar si efectivamente se produce una coincidencia y aplicación simultánea de ambos estatutos de responsabilidad civil en un mismo supuesto de hecho.

Por esta razón, la presente investigación se desarrollará en tres capítulos, con el objeto de abordar la problemática de la concurrencia de responsabilidad desde las distintas áreas del derecho antes mencionadas. En el primer capítulo, se demostrará la existencia del presupuesto jurídico necesario para que pueda existir un concurso de responsabilidad civil. Esto es, la existencia de un sistema de responsabilidad civil dual. Por esto, se hablará sobre los fundamentos de la distinción entre los dos regímenes de responsabilidad y, se realizará una comparación de varios aspectos normativos, para demostrar la existencia de una doble regulación de los elementos de responsabilidad civil.

En el segundo capítulo, se tratarán las diversas aproximaciones doctrinarias al problema de la concurrencia de responsabilidad. Las cuales comienzan desde la decisión del término correcto para referirse a la problemática, hasta el desarrollo de las tres teorías de solución propuestas en esta materia.

En el tercer capítulo, se desarrollarán los aportes que la ciencia jurídica ha desarrollado en materia de concurrencia normativa y conflicto de normas. Pues, gracias a la incorporación de estos conocimientos, es posible cuestionar la esencia del problema de la concurrencia de responsabilidad, en aspectos que, no han sido pensados desde la perspectiva civil.

Como consecuencia de este ejercicio, podrá resolverse si la existencia problemática objeto de estudio, es teóricamente posible.

CAPÍTULO PRIMERO.

Presupuestos jurídicos para la existencia del problema de la concurrencia de responsabilidad civil: doble regulación del daño.

El problema del concurso o concurrencia² de responsabilidad, necesita como presupuesto inicial, de un sistema dualista de responsabilidad civil. El fundamento de ello es que sólo en un sistema de responsabilidad civil “bicéfalo”, es decir, en el que coexista un estatuto contractual y extracontractual, es teóricamente posible que existan situaciones en que ambos estatutos, regulen simultáneamente, el mismo supuesto de hecho y, por ende, se superpongan³.

En este sentido, el presente capítulo tiene por objeto exponer y demostrar que dicho presupuesto se cumple en el ordenamiento jurídico chileno, dado que, ello establecerá el contexto jurídico para que sea posible la ocurrencia del fenómeno concurso de responsabilidad civil. En el segundo capítulo, se expondrá acabadamente lo desarrollado por la doctrina civilista en materia de concurso de responsabilidad, con el objeto de presentar la situación actual del problema estudiado. Para luego, finalizar con una última sección dedicada a los conocimientos que la ciencia jurídica ha desarrollado en materia de concursos normativos, ya que, se aplicarán dichos aportes al problema del concurso de responsabilidad, con el propósito de reinterpretar el fenómeno investigado.

Ahora bien, el capítulo que a continuación se expone, no sólo tiene por objeto determinar el marco teórico de la investigación, sino también, introducir dos ideas indispensables para reinterpretar el problema del concurso de responsabilidad civil. Estas son: la doble regulación del daño y la importancia que ha adquirido el elemento perjuicio, en comparación a la culpa, en acciones de indemnización civil. Puesto que, si bien ambas proposiciones serán desarrolladas más adelante⁴, su aporte consistirá en permitir un análisis individual de cada uno de los elementos que componen las normas de responsabilidad civil y, en definitiva, determinar desde un nuevo enfoque, si es posible la completa coincidencia entre las normas concurrentes.

² En adelante, “concurso” y “concurrencia” serán usados como sinónimos para referir al fenómeno jurídico que se analiza en el presente trabajo de investigación.

³ ALONSO TRAVIESA (2006): 4.

⁴ Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

i. Derecho Civil Chileno, un sistema dualista de responsabilidad civil.

En el occidente europeo, la generalidad de las codificaciones del derecho civil normalmente distingue entre dos tipos de responsabilidades o deberes de indemnización⁵. La explicación de ello se encuentra en la raíz común, que es la tradición del Derecho Romano⁶. En dicho derecho se regularon, por una parte, las normas relativas al incumplimiento de obligaciones contractuales, y, por otra parte, las normas de la “*Lex Aquilia*”, que se refiere a los daños generados fuera del contexto de una relación contractual.

Posteriormente, dicha distinción se mantuvo presente en el proceso de codificación del siglo XIX, gracias al desarrollo sistemático del derecho de contratos⁷. En efecto, el Código Civil francés⁸, que sirvió de base para la redacción de varios códigos de tradición continental –el Código Civil chileno, entre otros– se redactó teniendo como guía el trabajo de Domat en su libro “*Leyes Civiles en su Orden Natural*” y la idea de Pothier, que entiende la obligación a la luz de la idea de los contratos⁹.

Por una parte, lo interesante del trabajo de Domat, fue que propugnaba la simplificación de las fuentes de las obligaciones; distinguiendo únicamente entre las obligaciones de fuente “convencional” y las que provienen de fuentes “no convencionales” o “sin convenio”¹⁰. Por otro lado, lo esencial del trabajo de Pothier, fue que alentó un amplio desarrollo de la obligación contractual, ya que, según éste, correspondía a la fuente de obligaciones más importante. En consecuencia, se estructuró una codificación que distinguía entre las obligaciones contractuales y las que emanaban de otro tipo de causas, tales como las cuasicontractuales, delictuales o cuasi delictuales. Para luego, ensalzar la importancia de la primera, por sobre las otras¹¹.

Esta diferenciación normativa, entre los estatutos de responsabilidad, persiste nítida en el derecho francés –y como veremos más adelante, también en el derecho civil chileno– debido a que la regulación normativa es “*sensiblemente diferente en cuanto a las*

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 29.

⁶ BARROS BOURIE (2012): 975; Díez-PICAZO (2011): 209.

⁷ BARROS BOURIE (2012): 976.

⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 4.

⁹ BARROS BOURIE (2012): 976.

¹⁰ Díez-PICAZO (2011): 210.

¹¹ BARROS BOURIE (2012): 976.

condiciones y los efectos de esos tipos de responsabilidad” (MAZEAUD, 2008: 13.). Por lo mismo, en Francia se habla la existencia un derecho de responsabilidad civil “bicéfalo”¹², y en otros países occidentales que continuaron con la estructura del proceso de codificación francesa¹³, se acuñó por la dogmática el término “binario”¹⁴ para caracterizar el sistema de responsabilidad civil.

Ahora bien, en el panorama del derecho civil chileno, se aprecia indudablemente la tradición de distinguir normativamente los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual¹⁵. Es más, es posible afirmar que de manera conteste por la dogmática¹⁶ y jurisprudencia¹⁷ nacional, se diferencia el tratamiento de la responsabilidad que emana por el incumplimiento de obligaciones pactadas en relaciones contractuales, y aquella responsabilidad que emana de un daño ocasionado por el hecho de un victimario que no tiene relación jurídica alguna con la víctima.

En efecto, según la profesora Domínguez Hidalgo, quien realiza un breve cotejo sobre la comprensión clásica y actual del sistema de responsabilidad dual en Chile, *“la recepción de las ideas de Saintellette”¹⁸ será evidente desde las primeras obras dedicadas de la responsabilidad civil, admitiéndose muy tempranamente la idea de que existen dos regímenes resarcitorios con variadas diferencias. Y ellas serán recepcionadas también en la jurisprudencia; es más, algunas serán acogidas por ella, aunque no encuentren claro fundamento legal”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2008: 74). Por lo mismo, según ella, no cabe duda de la existencia de una visión bicéfala de la responsabilidad, que perduraría hasta el día de hoy, en nuestro derecho civil¹⁹.

Sin perjuicio de ello, tampoco debe desconocerse que en nuestra doctrina existen autores que sostienen una postura diferente, que expone un concepto de responsabilidad civil unitario e igualmente aplicable para los ámbitos de responsabilidad contractual y

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 29-30.

¹³ ALONSO TRAVIESA (2006): 4.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 29-30.

¹⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008): 73.

¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005); DÍEZ-PICAZO (1999); DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008); PIZARRO WILSON (2008); RODRÍGUEZ GREZ (2010).

¹⁷ *Claudio Silvano Jara Ferrada con Isapre CONSALUD S.A. (2014); Inversiones Los Coigües Limitada con Impregnadora Laguna Limitada (2014); Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros. (2015); Ricardo Hernán Ubilla Cáceres con Isapre BANMÉDICA S.A. (2016); Concretos Celulares Hormicel Limitada y otro con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y otro (2016).*

¹⁸ Autor francés inspirado en la visión de Domat.

¹⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008): 77.

extracontractual. Empero, aún en la lógica de este discurso, también se reconoce que existen diversas diferencias prácticas relevantes, entre los ámbitos de responsabilidad convencional y aquiliana. Por ejemplo, Pablo Rodríguez en su libro *Responsabilidad Extracontractual*, afirma lo siguiente: “sin desconocer que la responsabilidad civil es una sola, y que consiste en el efecto que conlleva el incumplimiento de una obligación cuando de ello se sigue daño patrimonial, advertimos importantes diferencias entre cada una de las especies” (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 20).

No obstante, ¿a qué se refiere este autor cuando reconoce la existencia de “importantes diferencias” entre ambos estatutos, si sostiene que el concepto de responsabilidad civil sería unitario?, ¿es esto relevante? Para efectos del presente trabajo de investigación, reparar en este detalle es indispensable, porque como ya se señaló previamente, “el problema de la concurrencia sólo tiene sentido en la medida que exista un régimen dual de responsabilidad” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 5) y, por lo mismo, es necesario hacerse cargo de la postura doctrinaria que plantea un concepto único de responsabilidad.

Por contradictorio que parezca, incluso para la postura que plantea un concepto unitario de responsabilidad, es evidente que existen diferencias en la regulación normativa de los ámbitos de la responsabilidad civil²⁰. En consecuencia, no porque se plantee una definición unitaria de la responsabilidad, aplicable tanto para aquellas consecuencias que emanan del incumplimiento contractual, como para aquellas que derivan por ocasión de un delito o cuasidelito civil, es posible desconocer que, en la práctica, exista una doble regulación normativa en aspecto como el daño, culpa, carga de prueba, prescripción, entre otros²¹.

Por esta razón, ya sea que se sostenga la unidad o la dualidad conceptual de la responsabilidad civil, lo importante a rescatar es, que no existe discusión respecto de la existencia de una doble regulación normativa de los diversos elementos de la responsabilidad civil en nuestro derecho. Puesto que, gracias a dicho contexto, aún sería posible plantearse el problema del concurso de responsabilidad porque, sí existirían dos estatutos normativos capaces de superponerse y regular el mismo supuesto de hecho simultáneamente.

²⁰ Responsabilidad entendida como la infracción a un deber, ya sea contractual, o al deber general de cuidado que existiría en materia extracontractual.

²¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 5.

Por consiguiente, para efectos de la presente investigación, será necesario referirse a la doble regulación normativa de los distintos aspectos o elementos de la responsabilidad civil. Pues, en este sistema normativo dual, descansa la posibilidad de pensar en un supuesto concurso o concurrencia de responsabilidad civil.

Con todo, antes de continuar, es necesario precisar que de todos los aspectos y elementos de la responsabilidad civil convencional y aquiliana que serán comparados ulteriormente, el más importante de analizar será el elemento “daño” por las siguientes razones. En primer lugar, porque actualmente el enfoque de la doctrina en materia de responsabilidad se ha trasladado del elemento culpa al elemento perjuicio²², lo cual genera una necesidad de estudiar el problema investigado desde una perspectiva más actualizada y acorde a lo que se cree importante en materia de responsabilidad civil. Y, en segundo lugar, porque precisamente en el elemento daño, supuestamente se produce la concurrencia de los ámbitos contractual y extracontractual, ya que, en otros aspectos de la responsabilidad civil, por ejemplo, prevención o restitución²³, no cabría una superposición de normas de los distintos estatutos.

En otras palabras, teniendo presente la importancia del daño como requisito de toda acción de responsabilidad civil reparatoria²⁴, se concluye que sólo en este tipo de acciones se podrá producir un concurso de responsabilidad civil. Considerando que, es el único supuesto en que los ámbitos contractual y extracontractual, podrían teóricamente coincidir.

Ahora bien, es necesario destacar que los otros elementos de la responsabilidad civil, que se compararán en los párrafos siguientes, demuestran de igual manera el presupuesto básico del problema de la concurrencia. Puesto que, reafirman constantemente la existencia de un sistema normativo de responsabilidad civil dualista. Es decir, la utilidad de continuar con la enumeración de las diferencias normativas, consiste en descartar

²² PIZARRO WILSON (2008): 155.

²³ Actualmente, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se ha comenzado a estructurar una teoría general de reparación o derecho de daños, que propone entre otras cosas, ampliar los objetivos de este ámbito de responsabilidad a aspectos como la tutela preventiva. Pues, el enfoque tradicional que entiende la responsabilidad civil como un instrumento que sólo opera una vez consumado el daño, es insuficiente para las necesidades modernas. Por lo mismo, el concurso de responsabilidad nunca tuvo aplicación en acciones distintas a las indemnizatorias. Véase MOLINARI, VALDÉS (2004): 187.

²⁴ PIZARRO WILSON (2008): 155.

completamente la posibilidad de negar el presupuesto básico para que exista el problema del concurso. Esto es, la posibilidad teórica de que normas pertenecientes a dos estatutos de responsabilidad distintos, concurren para regular simultáneamente un mismo supuesto de hecho. Puesto que, aunque se sostenga la unidad conceptual de la responsabilidad civil, existe un conjunto de diferencias legislativas que conllevan ineludiblemente a establecer que existe un sistema de responsabilidad civil dual, al menos, en un nivel puramente normativo.

Con todo, la idea referida a la importancia de la doble regulación normativa será retomada en la parte final de este trabajo de investigación, porque como ya se mencionó anteriormente, será necesaria para reinterpretar el problema de la concurrencia de responsabilidad. Por el momento, sólo será relevante porque permite demostrar, en conjunto con otros aspectos, el presupuesto teórico de la problemática estudiada.

ii. Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

En la dogmática chilena, es posible encontrar con facilidad bibliografía que compare y enumere las diferencias en la regulación de los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual²⁵. Por lo mismo, Henri Mazeaud afirma que *“la mayor parte de los autores no dudan en abrir un foso profundo entre las ramas de la responsabilidad, hasta tal punto que, lejos de reunir su estudio, tratan de la una o de la otra”* (MAZEAUD, 2010: 393).

En cierta medida, lo previamente señalado es cierto, porque varios autores se preocupan de distinguir diversos aspectos de la responsabilidad, cuando comparan el estatuto de contractual y extracontractual. Sin embargo, no es pacífico el fundamento o justificación que explica esta *“summa divisio”* entre los ámbitos de responsabilidad convencional y aquiliano. Al efecto, surgen interpretaciones distintas que serán explicadas a continuación.

Una primera interpretación respecto al fundamento de la distinción entre ambos estatutos de responsabilidad, sugiere que tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual estaríamos frente a una obligación incumplida, aunque de distinta

²⁵ Extensión de la reparación, prueba de la culpa, gradación de la culpa, rol del dolo, capacidad, prescripción, entre otros.

naturaleza²⁶. Bajo esta interpretación, se generaría una obligación tanto porque se incumple un contrato o, porque se infringe el deber general de comportarse con prudencia²⁷, sin causar daño a otros²⁸. Sin embargo, *“la obligación que nace del contrato difiere sustancialmente de la obligación genérica de comportarse prudentemente sin causar daño a nadie”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 21). Por tanto, el origen de la responsabilidad civil siempre será la infracción de una obligación, pero variará conforme si dicha infracción se produce dentro del ámbito convencional o aquiliano.

Una segunda interpretación, sostiene que el fundamento de la distinción entre ambos regímenes resarcitorios es, que precisamente en uno de los ámbitos, no se verifica el incumplimiento de una obligación preexistente²⁹. En este sentido, sólo en la responsabilidad contractual se verifica la infracción de un deber; mientras que, en la responsabilidad extracontractual no hay una prestación previamente pactada. Al efecto se señala: *“la ley no ha precisado esta obligación en parte alguna y, en todo caso, no podría dársele el sentido específico que en derecho tiene la voz obligación, pues antes de que exista el hecho ilícito no es posible hablar de acreedor y deudor, ni de relación jurídica entre personas determinadas”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 36).

Finalmente, existe una última postura, que justifica la distinción entre los estatutos de responsabilidad, según la existencia de una voluntad para obligarse³⁰. De esta manera, la principal divergencia que existe entre los deberes generales de cuidado presentes en el ámbito extracontractual, y la responsabilidad por incumplimiento contractual es, que ésta última *“siempre tiene por antecedente la voluntad de obligarse, por sutil y elemental que esta circunstancialmente pueda ser”* (BARROS BOURIE, 2012: 978). En consecuencia, la desigualdad de la regulación convencional y aquiliana, se explica esencialmente su estructura lógica³¹. Así pues, surge la diferenciación entre las obligaciones de primer grado³² y segundo grado³³, ya que, serán disímiles aquellos deberes que nacen de un vínculo previo de los que nacen sin esta causa.

²⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 20.

²⁷ Para Rodríguez Grez, la obligación de actuar prudentemente no dañando a otros, sería una obligación general, instituida en la ley.

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 35; PAPAYANNIS (2014): 14.

²⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 35.

³⁰ BARROS BOURIE (2012): 978.

³¹ BARROS BOURIE (2012): 978.

³² La obligación de primer grado es la obligación del contrato, es decir, la prestación debida que será de dar, hacer o no hacer, según el caso. Otorga una acción de cumplimiento en naturaleza, que se rige por las normas de la ejecución forzada.

Ahora bien, cabe señalar que, independiente del concepto de responsabilidad civil que se sostenga, o del fundamento que se elija para justificar la distinción teórica entre los dos ámbitos de responsabilidad civil, no hay discusión respecto la doble regulación normativa que existe en distintos aspectos de la responsabilidad.

Por tanto, a continuación, se procederá a comparar ambos regímenes de responsabilidad civil, con el objetivo de demostrar el presupuesto teórico del problema de la concurrencia de responsabilidad. Esto es, la existencia de un régimen de responsabilidad dual, que regula normas diferentes, capaces de superponerse en un mismo supuesto de hecho. En este paralelo, será posible apreciar diversas diferencias normativas entre el ámbito contractual y extracontractual, entre las cuales, como ya se mencionó, la más importante será el aspecto daño como objeto de toda norma de responsabilidad civil³⁴.

i. Daño.

En cuanto a este elemento, existen dos aspectos que manifiestan una doble regulación normativa. A saber, la aplicación del principio de reparación integral del daño³⁵ y, la posibilidad de enriquecerse en un juicio de responsabilidad³⁶. No obstante, también se comentará una nueva distinción entre los regímenes de responsabilidad civil, desarrollada por la doctrina, en relación con la posibilidad de indemnizar el daño moral³⁷.

- a. Extensión de la reparación. En la dogmática tradicional, una de las diferencias más radicales e importantes entre los estatutos de la responsabilidad convencional y aquiliana, está dado por el *“alcance de la reparación, porque en materia contractual sólo se responde de los perjuicios previsibles, salvo que se pueda imputar dolo o culpa grave al deudor (artículo 1558), mientras que en materia extracontractual se respondería de todos los perjuicios, previsibles e imprevisibles”* (BARROS BOURIE, 2012: 988).

³³ La obligación de segundo grado corresponde a la acción de responsabilidad, que tiene por objeto la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, una vez que no se ha cumplido en naturaleza la obligación contractual.

³⁴ BARROS BOURIE (2012): 978; COLEMAN (2010): 340.

³⁵ PIZARRO WILSON (2008):156.

³⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 27.

³⁷ BARROS BOURIE (2012): 990.

Por lo mismo, se afirma que en caso de que se incumpla una obligación estipulada en un contrato, el deudor que incumple deberá responder siempre los daños directos³⁸. Sin embargo, si el *“incumplimiento es culpable (...), responderá sólo de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si el incumplimiento es doloso, responderá de los perjuicios previstos e imprevistos”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 22). De esta forma, Barros entiende que la limitación de la responsabilidad civil contractual estará principalmente dada por el ámbito de riesgo que se define en la relación jurídica que nace de la convención celebrada³⁹; siendo ésta la *“regla que marca la frontera para la indemnización es la previsión a la época de la celebración del contrato”* (PIZARRO WILSON, 2008: 157).

En cambio, en materia extracontractual la extensión de la indemnización es completa⁴⁰, ya que comprende todo daño⁴¹. Pues, la *“la responsabilidad extracontractual no tiene un ámbito de riesgo predefinido, de modo que quien infringe un deber de cuidado asume más ampliamente los riesgos de un hecho”* (BARROS BOURIE, 2012: 988). Asimismo, Rodríguez Grez complementa que, *“la previsibilidad de los daños no tiene cabida en la responsabilidad delictual o cuasi delictual, puesto que al ejercitarse el hecho dañoso no existe un vínculo jurídico previo que ligue al dañador con la víctima”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 23).

Ahora bien, conforme al autor Pizarro Wilson, esta diferencia entre el ámbito contractual y extracontractual, permite al menos cuestionarse la validez del principio de la reparación integral⁴². Pues, esta distinción evidencia que la legislación no trata como iguales los daños generados en la esfera del incumplimiento convencional y los generados en el ámbito aquiliano; perjudicando en gran medida a los primeros⁴³. De hecho, afirma que la *“diferencia es nítida, siendo que en lo extracontractual la reparación integral del daño es un principio, y en materia contractual, la reparación sólo sería integral en la hipótesis del incumplimiento doloso”* (PIZARRO WILSON, 2008: 157).

³⁸ Código Civil, artículo 1558.

³⁹ BARROS BOURIE (2012): 988.

⁴⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 38.

⁴¹ Código Civil, artículo 2329.

⁴² PIZARRO WILSON (2008): 157.

⁴³ PIZARRO WILSON (2008): 157.

Por consiguiente, se vuelve prácticamente irrefutable la afirmación de que en nuestra legislación civil exista una doble regulación del daño, ya que, la extensión de la reparación es absolutamente distinta según el ámbito de responsabilidad en que se produzca el perjuicio.

- b. Posibilidad de enriquecimiento en el supuesto de responsabilidad⁴⁴. En el estatuto de responsabilidad civil contractual, es posible encontrar casos en que se debe “indemnizar perjuicios” sin verificación de un daño propiamente tal⁴⁵. Excepcionalmente, esto ocurre cuando las partes estipulen una cláusula penal⁴⁶, que juegue el rol de pena y no de indemnización anticipada⁴⁷.

En este sentido, se afirma que *“el incumplimiento puede llegar a ser una fuente de enriquecimiento para el acreedor”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 27), dado que, sería perfectamente posible que la pena estipulada, en adición a la indemnización de perjuicios ordinaria, resulte mayor al monto de los daños efectivamente soportados por el acreedor⁴⁸. Es decir, no sólo se indemnizarán los menoscabos sufridos, sino también es posible que el acreedor se enriquezca, gracias a un juicio de responsabilidad.

De hecho, nuestro Código regula expresamente esta situación y especifica que el deudor no podrá excusarse del pago de la cláusula penal, argumentando que la inejecución no ha generado perjuicio al otro contratante⁴⁹.

En cambio, en la responsabilidad delictual o cuasi delictual, quien sufre el daño nunca puede enriquecerse, *“pues no existe situación alguna en que el responsable sea obligado a una indemnización por sobre el perjuicio provocado. La indemnización será siempre regulada en razón de la magnitud del daño que experimenta la víctima”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 27). Pues, en sede extracontractual, no es posible encontrar a nivel normativo disposiciones que

⁴⁴ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 27.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 27

⁴⁶ Código Civil, artículo 1536.

⁴⁷ Código Civil, artículo 1536 y 1543.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 27.

⁴⁹ Código Civil, artículo 1542.

permitan a la víctima aumentar su riqueza gracias al ejercicio de la acción de responsabilidad civil.

Ahora bien, cabe precisar que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, este punto paulatinamente ha evolucionado, reduciendo esta distinción en la práctica⁵⁰. Puesto que, actualmente se podría incorporar en la acción de responsabilidad civil extracontractual, el pago de los llamados “daños punitivos”, que eventualmente permitirían un enriquecimiento de la víctima que sufre el daño. Considerando que, se trata de montos indemnizatorios adicionales a los perjuicios que buscan únicamente compensar⁵¹, porque su objetivo es castigar al victimario o disuadir su conducta dañosa.

En el derecho chileno, los daños punitivos como mecanismo de castigo, han sido desarrollados en sede de daño moral⁵², dado que *“los jueces han encontrado aquí la forma de castigar pecuniariamente, y sin forma de multa, actitudes condenables de los demandados”* (AZAR DENECKEN, 2009: 63). Sin embargo, esto no tiene fundamento normativo⁵³, porque el límite de la reparación extracontractual es precisamente el monto del daño conforme al artículo 2329 del Código Civil⁵⁴.

- c. Reparación del Daño Moral. A principios del siglo XX, la distinción entre los dos estatutos de responsabilidad era aún más evidente, ya que, originalmente se descartaba la procedencia de la reparación del daño moral en sede contractual, pero se encontraba asentada en sede extracontractual⁵⁵. Al efecto, Barros afirma *“la jurisprudencia fue reacia tradicionalmente a reconocer una acción reparatoria por los daños morales que se siguen del incumplimiento de un contrato. En ello contaban con el soporte implícito de la doctrina, que diferenciaba la responsabilidad contractual de la extracontractual precisamente en atención a los perjuicios indemnizables”* (BARROS BOURIE, 2012: 990).

⁵⁰ BARROS BOURIE (2012): 167 Y 309.

⁵¹ CANE, PETER (1996): 300.

⁵² BARROS BOURIE (2012): 167 Y 309.

⁵³ PEREIRA FREDES 2015): 67.

⁵⁴ Código Civil, artículo 2329.

⁵⁵ BARROS BOURIE (2012): 339.

El principal argumento, de la postura que rechaza la indemnización de daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual, es la interpretación estrictamente literal del artículo 1556 del Código Civil. Éste prescribe: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento”*⁵⁶. De este modo, dado que la norma no hace referencia expresa al daño moral, se interpretaba que sólo era posible la indemnización de daños patrimoniales en sede de responsabilidad civil convencional⁵⁷.

De hecho, si bien existen interpretaciones que proponen una nueva lectura del citado precepto⁵⁸, porque entienden que se *“excluye de un modo forzoso el daño moral desde que, aunque se refiere sólo al daño emergente y lucro cesante, no se señala que el contenido indemnizatorio se restrinja solo a ellos”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2006: 234), siempre fue más difícil sostener la reparación de este tipos de daños en el ámbito contractual. Pues, se exigía que los perjuicios generados dentro de esta esfera de responsabilidad pertenecieran a *“un ámbito de riesgo asumido natural o convencionalmente por el deudor”* (BARROS BOURIE, 2012: 990).

Con todo, en la última década la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual es cada vez más frecuente⁵⁹, los principales fundamentos para concederlo son: que el daño sea previsible al momento de pactarse el contrato⁶⁰ o bien, que se trate de *“contratos que llevan envuelta una obligación que por su naturaleza revela su conexión con bienes de la personalidad o, más en general, intereses extrapatrimoniales”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 2006: 240). Por ejemplo, cuando el incumplimiento de un contrato produce perjuicios en el honor o reputación de uno de los contratantes.

Por otra parte, resulta interesante agregar que, a propósito del punto estudiado previamente, sobre la posibilidad de *“enriquecerse”* en sede extracontractual con

⁵⁶ Código Civil, artículo 1556.

⁵⁷ BARROS BOURIE (2012): 990.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2006): 234; BARROS BOURIE (2012): 990

⁵⁹ Entre julio de 2005 y mayo del 2016, existen más de 120 sentencias dictadas por la Corte Suprema que concede la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual. Véase DE LA MAZA GAZMURRI (2016).

⁶⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2006): 238.

ocasión de un juicio de responsabilidad, el daño moral ha jugado un rol importante en sede extracontractual⁶¹. Pues, bajo el disfraz de una indemnización por daño moral, la jurisprudencia⁶² ha adoptado indirectamente métodos punitivos de castigo al victimario y, en definitiva, agravado la responsabilidad extracontractual⁶³.

Sin embargo, independiente de que existan tintes punitivos en los criterios de los jueces para determinar el monto de daño moral, es relevante destacar que, jurídicamente la acción de responsabilidad sigue siendo una acción de indemnización y no de enriquecimiento. Puesto que, el artículo 2329 no sólo consagra el principio de reparación integral del daño, sino también se establece el límite de la indemnización, por el monto del perjuicio ocasionado⁶⁴. De ahí que, *“la responsabilidad civil no puede ser una fuente de lucro para la víctima”* (PIZARRO WILSON, 2008: 157).

ii. Culpa.

Al igual que para el elemento daño, existen distintos aspectos a considerar en el análisis comparativo de los ámbitos de responsabilidad civil, en el aspecto “culpa”. En primer lugar, la posibilidad de aplicar la graduación de la culpa en los distintos ámbitos de responsabilidad; y, en segundo lugar, la prueba de la culpa en uno y otro estatuto de responsabilidad civil.

De todos modos, previo a explicar cada uno de estos puntos, el profesor Barros señala que, si el análisis de la culpa consiste en evaluarla como condición o presupuesto de los juicios de responsabilidad, no existen mayores diferencias entre los distintos estatutos convencional y aquiliano⁶⁵. Debido a que, en ambos tipos de responsabilidad *“el estatuto general de responsabilidad contractual es análogo al extracontractual, que también establece la culpa como requisito general de responsabilidad, sin perjuicio de los estatutos especiales de responsabilidad estricta”* (BARROS BOURIE, 2012: 981).

⁶¹ AZAR DENECKEN (2009): 63; PEREIRA FREDES (2015): 67.

⁶² *Carmen Warnken Díaz con Fisco de Chile (2010); César Juacida Percz con Oscar Pizarro Letelier (2014)*.

⁶³ BARROS BOURIE (2012): 167 Y 309.

⁶⁴ PIZARRO WILSON (2008): 157.

⁶⁵ BARROS BOURIE (2012): 981.

- a. Gradación de la Culpa. Nuestro Código, en el ámbito contractual, siguiendo la tradición romana, admite la graduación de la culpa⁶⁶. De hecho, es posible distinguir la culpa lata o grave, leve y levísima⁶⁷.

Para determinar el grado de culpa de la que se responderá, con ocasión a la infracción de un contrato, los primeros llamados a establecer su intensidad serán los contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad⁶⁸. En subsidio, si las partes nada dicen sobre esta materia, la ley suplirá el silencio estableciendo el grado de culpa que corresponda, dependiendo de la naturaleza del contrato y según quiénes se beneficien de la relación contractual⁶⁹. Por tanto, *“no toda culpa del deudor lo hará incurrir en responsabilidad –contractual–. Ello dependerá de la clase de culpa de que sea responsable y sólo habrá lugar a responsabilidad si no se ha empleado la diligencia o cuidado a que el contrato obligaba”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 38).

Por el contrario, en el ámbito extracontractual, se entiende *“que la obligación genérica de comportarse prudentemente sin perjudicar a nadie no admite graduación. Es una sola”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 21). Si bien esto no ha sido pacífico, Alessandri explica que *“toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 38) delictual o cuasi delictual⁷⁰.

- b. Prueba de la Culpa. En la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual, se ha establecido que *“corresponde al acreedor la prueba de la existencia de la obligación⁷¹, pero luego es el deudor quien tiene que probar el cumplimiento, o bien excusarse de la responsabilidad probando diligencia o un caso fortuito”* (BARROS BOURIE, 2012: 982).

⁶⁶ ABELIUK MANASEVICH (1993): 682; BARROS BOURIE (2012): 981.

⁶⁷ Código Civil, artículo 44.

⁶⁸ Autonomía de voluntad que será limitada por otras disposiciones, como aquella que prohíbe la condonación del dolo futuro. Véase Código Civil, artículo 1547, inciso 1° en relación con artículo 1465.

⁶⁹ Código Civil, artículo 1547, inciso 1°.

⁷⁰ Según el profesor Barros, esta idea no sería coherente con la idea del “deber general de cuidado”, ya que necesariamente responder de todo daño pugna con la idea de un estándar de cuidado. Sin embargo, en la doctrina tradicional esta es una de las principales distinciones entre los estatutos de responsabilidad. Véase BARROS BOURIE (2012): 981-982.

⁷¹ Código Civil, artículo 1689.

Como consecuencia de lo anterior, a pesar de que la ley no lo ha establecido en términos expresos⁷², se ha entendido que *“la culpa contractual se presume por el solo hecho de que la prestación no sea satisfecha”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 38). Esto porque el acreedor de una obligación contractual incumplida, *“sólo debe probar la existencia de una obligación, no necesita acreditar que su incumplimiento proviene de la culpa del deudor”⁷³; esta queda demostrada por el solo hecho de ese incumplimiento”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 41). Por lo mismo, será el deudor quien deberá en caso de incumplimiento, acreditar alguna causal de exoneración de responsabilidad o que la inejecución de la obligación no le es imputable, para que se libere de la responsabilidad correspondiente⁷⁴.

Al efecto, por la aplicación del artículo 1547⁷⁵, se afirma que cuando se ha infringido un contrato, el deudor se presume culpable por la mera circunstancia de incumplir la prestación⁷⁶.

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la regla general es inversa. Puesto que, la culpa debe ser probada, ya que, esta responsabilidad no tiene como antecedente una obligación preexistente⁷⁷. Por tanto, *“corresponde al demandante probar cada uno de los supuestos de hecho que le dan lugar, incluida la culpa, según la regla general del artículo 1698”* (BARROS BOURIE, 2012: 982).

Es más, el profesor Alessandri afirma que, por regla general, en caso de verificarse un cuasidelito civil, *“es la víctima que reclama la correspondiente indemnización, quien debe probar el hecho doloso o culpable que se imputa al demandado, salvo que la ley presuma la responsabilidad de éste, (...), a falta de prueba la demanda será rechazada”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 42).

⁷² ABELIUK MANASEVICH (1993): 684.

⁷³ Código Civil, artículo 1537, inciso 3°.

⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 41.

⁷⁵ ABELIUK MANASEVICH (1993): 684; BARROS BOURIE (2012): 982. Cabe agregar la presunción de la culpa contractual es aplicable completamente para el caso de las obligaciones de resultado. Sin embargo, en el caso de las obligaciones de medio, la doctrina ha precisado que la norma del artículo 1547 presenta problemas en su aplicación, ya que la pregunta de la diligencia no consiste en una excusa de responsabilidad, más bien, en si la obligación ha sido efectivamente cumplida o no.

⁷⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 23.

⁷⁷ BARROS BOURIE (2012): 982.

Excepcionalmente, existirán presunciones de culpa⁷⁸, tales como la presunción por el hecho propio⁷⁹, por el hecho ajeno⁸⁰ y presunción de culpa hecho de las cosas⁸¹; en donde no será necesario probar la culpa del victimario.

iii. Dolo.

Entendido como elemento constitutivo de responsabilidad, el dolo no genera ninguna distinción si el juicio de responsabilidad es de naturaleza contractual o extracontractual⁸². Del mismo modo que ocurre con el elemento culpa, el dolo es un requisito más en un juicio de responsabilidad civil.

Con todo, sí se aprecian importantes diferencias respecto de los efectos del dolo, en distintos ámbitos de responsabilidad civil. Pues, en sede contractual, el incumplimiento doloso agrava la responsabilidad⁸³, ya sea porque obliga a indemnizar daños imprevistos⁸⁴, o porque origina responsabilidad solidaria conforme a las normas generales⁸⁵. Sin embargo, en materia extracontractual, tradicionalmente se ha señalado que el dolo *“carece de mayor importancia –hoy únicamente a nivel normativo– porque no altera los efectos del hecho ilícito: constituye el delito civil que no difiere del cuasidelito, en que hay culpa”* (ABELIUK MANASEVICH, 1993: 676).

Ahora bien, es necesario insistir que actualmente la jurisprudencia ha modificado la irrelevancia del dolo en la responsabilidad aquiliana, dado que, lo considera para valorar la indemnización del daño moral⁸⁶. No obstante, esta interpretación es irrelevante para efectos de la presente investigación porque ello no tiene fundamento normativo⁸⁷.

Por lo mismo, es posible señalar que las compensaciones ya no tienen sólo un fin reparador, sino que también punitivo⁸⁸, agravando la responsabilidad extracontractual según opere dolo o una culpa de mayor intensidad⁸⁹.

⁷⁸ BARROS BOURIE (2012): 982.

⁷⁹ Código Civil, artículo 2329.

⁸⁰ Código Civil, artículos 2320 y 2322.

⁸¹ Código Civil, artículos 2323 y 2328.

⁸² ABELIUK MANASEVICH (1993): 760.

⁸³ ABELIUK MANASEVICH (1993): 679.

⁸⁴ Código Civil, 1558.

⁸⁵ Código Civil, artículo 2317. Véase Pluralidad de sujetos.

⁸⁶ BARROS BOURIE (2012): 166.

⁸⁷ BANFI DEL RÍO (2017): 125.

⁸⁸ Véase Reparación del daño moral.

⁸⁹ BARROS BOURIE (2012): 167 Y 309.

iv. Capacidad.

La capacidad se ha definido como una aptitud jurídica para adquirir y ejercer derechos y obligaciones⁹⁰. En este sentido, se distingue entre la capacidad de goce, cuando dicha aptitud consiste en adquirir derechos y obligaciones, y en la capacidad de ejercicio, en tanto dicha aptitud consista en la posibilidad ejercer derechos y obligaciones por sí mismo⁹¹.

Debido a que la capacidad de goce es inherente a toda persona, no existen mayores diferencias en el ámbito contractual y extracontractual. Empero, no ocurre lo mismo en cuanto a la capacidad de ejercicio pues, a pesar de que en ambos estatutos de responsabilidad civil, la capacidad es la regla general⁹², existen notorias diferencias para determinar los casos en que existe incapacidad.

En materia contractual, se distingue la incapacidad absoluta y relativa. Se establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente⁹³. Así pues, las personas recién enumeradas, “*no pueden ejecutar acto jurídico alguno, en ninguna circunstancia*” (DUCCI CLARO, 2005: 283), ya que, por su condición natural, la ley considera que éstos carecen totalmente de voluntad capaz de producir efectos jurídicos⁹⁴.

Las principales consecuencias de la incapacidad absoluta son, que todos los actos o contratos celebrados personalmente por estas personas, no producen ni aun obligación natural, no admiten caución⁹⁵, no pueden ser ratificados posteriormente⁹⁶, no pueden ser novados⁹⁷ y serán sancionados con nulidad absoluta⁹⁸.

⁹⁰ DUCCI CLARO (2005): 280.

⁹¹ DUCCI CLARO (2005): 280.

⁹² Código Civil, artículo 1446.

⁹³ Código Civil, artículo 1447.

⁹⁴ DUCCI CLARO (2005): 283.

⁹⁵ Código Civil, artículo 1447, inciso 2°.

⁹⁶ Código Civil, artículo 1683.

⁹⁷ Código Civil, artículo 1630.

⁹⁸ Código Civil, artículo artículo 1682, inciso 2°.

Por otro lado, la incapacidad relativa consiste en aquella incapacidad que el legislador ha establecido en favor de ciertas personas, para proteger sus intereses⁹⁹. Caben en esta categoría, los menores adultos y los interdictos por disipación¹⁰⁰.

En contraposición a lo que ocurre con las personas del grupo anterior, los relativamente incapaces pueden celebrar actos o contratos personalmente, siempre y cuando, los realicen cumpliendo con las debidas autorizaciones que la ley exige¹⁰¹ para que sus actos sean válidos¹⁰². En otras palabras, la omisión de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto, en consideración al estado o calidad de sus intervinientes¹⁰³, sólo producirá la nulidad relativa o rescisión, del acto o contrato celebrado por el incapaz relativo cuando éste no cumpla con las formalidades correspondientes¹⁰⁴. Asimismo, por regla general, estos actos podrán ser caucionados¹⁰⁵, novados¹⁰⁶, ratificados¹⁰⁷ y producirán obligaciones naturales¹⁰⁸.

Por su parte, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, las reglas de la capacidad son más amplias¹⁰⁹; visto que, los requisitos exigidos por la ley para establecer la capacidad en este ámbito son inferiores¹¹⁰. El artículo 2319 indica que *“no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes”*. Sin perjuicio de esto, cabe precisar que *“la plena capacidad delictual y cuasidelictual se adquiere a los dieciséis años, pero el menor de esa edad y mayor de siete, puede ser responsable de su delito o cuasidelito si a juicio del juez obró con discernimiento”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 38). Es decir, en el ámbito extracontractual, la incapacidad se explica porque la voluntad del victimario es inmadura o, está enferma¹¹¹.

Por lo mismo, la principal diferencia de la capacidad contractual y extracontractual radica en que *“la responsabilidad civil – aquilina - sólo exige un discernimiento de lo correcto y*

⁹⁹ DUCCI CLARO (2005): 285.

¹⁰⁰ Código Civil, artículo 1447, inciso 3°.

¹⁰¹ Las llamadas “formalidades habilitantes”.

¹⁰² DUCCI CLARO (2005): 285.

¹⁰³ Código Civil, artículo 1681.

¹⁰⁴ DUCCI CLARO (2005): 285.

¹⁰⁵ Código Civil, artículo 1472.

¹⁰⁶ Código Civil, artículo 1630.

¹⁰⁷ Código Civil, artículo 1684, inciso 1°.

¹⁰⁸ Código Civil, artículo 1470, numeral 1°. Esta regla indiscutidamente aplica para los menores adultos; sin embargo, existe discusión respecto de su aplicación para los interdictos por disipación.

¹⁰⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 38.

¹¹⁰ BARROS BOURIE (2012): 65.

¹¹¹ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 25.

una aptitud para apreciar el riesgo; por el contrario, en sede contractual se requiere haber alcanzado una racionalidad estratégica que habilita para los negocios” (BARROS BOURIE, 2012: 65). Es más, esta diferenciación se ha justificado diciendo que *“es más fácil distinguir lo lícito de lo ilícito, que responder de los daños en el cumplimiento de un contrato”* (ABELIUK MANASEVICH, 1993: 760).

No obstante, esto no significa para el derecho que los actos cometidos por estos incapaces (en responsabilidad delictual o cuasidelictual) queden impunes, dado que, serán responsables de estos actos las personas que tengan a su cuidado al incapaz. Esta situación será comentada a continuación.

v. Responsabilidad por el hecho ajeno.

Para algunos autores¹¹² éste sería uno de los criterios más relevantes para señalar las diferencias entre el estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual. Sin perjuicio que, la doctrina chilena ha descuidado esta sustancial divergencia¹¹³.

En el ámbito de la responsabilidad convencional, *“el deudor no requiere, por regla general, realizar personalmente la prestación. Salvo que las destrezas del deudor hayan sido determinantes para contratar”* (BARROS BOURIE, 2012: 985). Como consecuencia, en sede contractual, frecuentemente no se responderá por el hecho ajeno, ya que, *“atendida esta libertad del deudor para hacer participar a terceros en el cumplimiento de la obligación, correlativamente también asume el riesgo por el hecho de esos terceros como si fuera su propio hecho”* (BARROS BOURIE, 2012: 985). El sustento normativo de esto se encuentra en el artículo 1679, que señala *“en el hecho o culpa de deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”¹¹⁴*.

Por esta razón, *“el deudor responderá siempre de su conducta y de la conducta de las personas por quienes fuere responsable”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 29), no dejando –como sí ocurre en el ámbito extracontractual– posibilidad al deudor de exonerarse de responsabilidad probando que ha actuado con la debida diligencia. Pues, en este ámbito, el tercero responde como si la infracción fuera suya.

¹¹² RODRÍGUEZ GREZ (2010): 25.; BARROS BOURIE (2012): 984.

¹¹³ BARROS BOURIE (2012): 984.

¹¹⁴ Código Civil, artículo 1679.

En otras palabras, una de las más evidentes diferencias entre los estatutos de responsabilidad civil, está dada porque en el ámbito contractual, la conducta del deudor incluye la de sus dependientes y, por ende, la culpa sólo es valorada en torno a su conducta única. Mientras que, en sede extracontractual, la conducta de los dependientes no se considera parte de las acciones del que está a su cargo o cuidado, y por ello, se evalúa la culpa de dos conductas distintas.

En consecuencia, en la responsabilidad civil delictual o cuasi delictual, se consagra expresamente la responsabilidad por el hecho de quienes se tiene a su cuidado¹¹⁵. Supuesto que exige la existencia de un vínculo de dependencia entre la persona que ocasiona materialmente el daño y el tercero civilmente responsable¹¹⁶, dado que, es gracias a *“este vínculo de dependencia que el derecho presume la culpa del principal o, como ocurre por lo general en el derecho comparado, lo hace vicariamente responsable del hecho ajeno”* (BARROS BOURIE, 2012: 986).

Con todo, esto ocurre con autonomía de que la responsabilidad por el hecho ajeno sea también personalísima¹¹⁷. Puesto que, el tercero civilmente responsable también comete un delito o cuasidelito civil, que es incumplir con la obligación de velar por el cuidado del incapaz¹¹⁸.

vi. Mora.

En el estatuto de la responsabilidad contractual, cuando las obligaciones incumplidas son de dar¹¹⁹ o hacer¹²⁰, es un requisito que el deudor se constituya en mora, para que sea posible la indemnización de perjuicios¹²¹. Por esto, es evidente que la mora consiste en una institución típica del derecho de contratos¹²². No obstante que, cuando se trata del

¹¹⁵ Código Civil, artículos 2320 y 2322.

¹¹⁶ BARROS BOURIE (2012): 986.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 29.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 25.

¹¹⁹ Código Civil, artículo 1489.

¹²⁰ Código Civil, artículo 1553.

¹²¹ Código Civil, artículo 1551; ABELIUK MANASEVICH (1993): 710.

¹²² BARROS BOURIE (2012): 987.

incumplimiento de una obligación de no hacer¹²³, la mora se entiende desde la sola contravención de la obligación¹²⁴.

Por el contrario, en sede extracontractual, la constitución de la mora no es un requisito para que opere la responsabilidad. De hecho, ésta sería innecesaria en para la responsabilidad aquiliana, ya que, *“el perjuicio resulta de la sola existencia del hecho y su autor está en mora de indemnizar el daño de pleno derecho”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 39).

vii. Aplicación del Principio de Autonomía de la Voluntad.

En el derecho civil convencional, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se admite que las partes avalúen anticipadamente los perjuicios que deriven de un futuro incumplimiento¹²⁵.

Esto está permitido hacerlo por medio de la “cláusula penal”, *“mediante la cual se fija el monto de la indemnización que debe pagar el contratante incumplidor, lo cual lo exonera al demandante de acreditar judicialmente dichos perjuicios”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 29-30). Asimismo, la cláusula penal puede estipularse como una pena, para sancionar el incumplimiento del deudor, siendo *“compatible con la indemnización ordinaria de perjuicios, en cuyo caso corresponde, como expresa la definición misma, a una caución que sirve para asegurar el cumplimiento de la obligación”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 30).

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, por regla general, no es posible convenir anticipadamente el monto de la reparación de los daños causados por un hecho del victimario¹²⁶. Puesto que, en principio la autonomía de la voluntad no tendrá cabida en esta sede, ya que, en general, supone que no hay estipulación previa entre la víctima y el victimario. Con todo, si existiera un acuerdo en tal sentido¹²⁷, tendrá que tener por límite la condonación del futuro, para que no adolezca de objeto ilícito¹²⁸.

¹²³ Código Civil, artículo 1557.

¹²⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 39.

¹²⁵ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 29.

¹²⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 30.

¹²⁷ Por ejemplo, los llamados “consentimientos informados” firmados antes de la realización de una actividad riesgosa (salto en parapente, buceo, etc.). Véase BARROS BOURIE (2012): 1097-1099.

¹²⁸ Esto sobretodo en un sistema de seguros de responsabilidad civil. Véase Código Civil, artículo 1465.

En esta materia, Pablo Rodríguez agrega que sea cual fuere el monto de la indemnización estipulado previamente a la ocurrencia del delito o cuasidelito, *“lo cierto es que este podría ser superior o inferior al daño causado, y en ambas situaciones se dejará de dar aplicación de la ley que ordena reparar el daño realmente causado”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 30).

viii. Pluralidad de sujetos responsables.

Dentro de esta tradicional clasificación de las obligaciones¹²⁹, sólo caben analizar cómo opera la simple conjunción y la solidaridad, considerando que en materia de indivisibilidad¹³⁰ no se observan mayores distinciones entre los ámbitos contractual y extracontractual¹³¹.

En materia contractual, la regla general¹³² es que los codeudores de una obligación respondan conjuntamente, salvo que en la ley o en el contrato se haya estipulado la solidaridad¹³³.

Opuesto a lo que ocurre en responsabilidad extracontractual, porque la solidaridad operará en todos los casos en que una misma acción u omisión que produce un daño, haya sido cometida por dos o más personas simultáneamente¹³⁴. Por esta razón, la víctima que ha sufrido un perjuicio, con ocasión de un mismo delito o cuasidelito civil, cometido por dos o más victimarios, tiene una *“acción por el total de los daños contra cualquiera de los diversos obligados”* (BARROS BOURIE, 2012: 990).

¹²⁹ ABELIUK MANASEVICH (1993): 323.

¹³⁰ En los casos en que exista una obligación reparatoria derivada del incumplimiento de una obligación indivisible, se responderá solidariamente, si es que el daño puede ser atribuible al ilícito de cada uno de los obligados. Se remitiría a la regla general regulada para el ámbito extracontractual, que a continuación se explica. Véase BARROS BOURIE (2012): 991.

¹³¹ BARROS BOURIE (2012): 991.

¹³² Código Civil, artículo 1511.

¹³³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 40.

¹³⁴ Código Civil, artículo 2317.

ix. Acción popular de prevención.

En materia de responsabilidad convencional, no existe una acción popular de responsabilidad¹³⁵. Puesto que, sólo puede perseguir la indemnización el titular del derecho subjetivo que nace de la relación contractual¹³⁶.

En cambio, en materia de responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, se consagra expresamente una acción preventiva popular¹³⁷. En dicha disposición se establece que, toda vez que un daño contingente amenace, por negligencia o imprudencia de alguien, a personas indeterminadas, se puede ejercer una acción popular de reparación¹³⁸.

x. Responsabilidad por Situaciones de Riesgo.

En la responsabilidad contractual, por regla general no procede la indemnización por situaciones de riesgo, sino que se requiere que el daño necesariamente se verifique por el incumplimiento de una obligación¹³⁹. Con todo, en el artículo 1496 del Código Civil, sí existe una norma especial que regula “situaciones riesgo” en el ámbito convencional, por ejemplo, la notoria insolvencia o cauciones que disminuyen su valor por culpa del deudor¹⁴⁰. Pero, su efecto no es la indemnización del riesgo sino, que la obligación contractual se hace actualmente exigible gracias a que caduca el plazo¹⁴¹.

Por el contrario, en sede extracontractual, la regla general es inversa, ya que, sí existe una acción popular que se puede fundamentar por la mera amenaza de un daño contingente¹⁴². En efecto, para este ámbito se afirma que “*el riesgo, por sí solo, tiene carácter de perjuicio para los efectos indemnizatorios*” (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 33), conforme a lo dispuesto en los artículos 2333 y 2334 del Código Civil¹⁴³.

¹³⁵ Con todo, si existen otros mecanismos de protección al acreedor, como los derechos auxiliares que sin ser acciones de reparación, permiten la prevención del daño. Por ejemplo, la acción pauliana, la acción oblicua, entre otros.

¹³⁶ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 32.

¹³⁷ Código Civil, artículo 2333.

¹³⁸ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 32.

¹³⁹ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 32.

¹⁴⁰ Código Civil, artículo 1496.

¹⁴¹ Por ejemplo, el caso de caducidad regulado en el contrato de hipoteca en el artículos 2427 del Código Civil. Véase RODRÍGUEZ GREZ (2010): 33.

¹⁴² RODRÍGUEZ GREZ (2010): 33.

¹⁴³ Código Civil, artículo 2333 y 2334.

xi. Prescripción Extintiva.

En este aspecto, cabe considerar dos diferencias relevantes entre los dos estatutos de responsabilidad civil. A saber, el plazo y la forma de computarlo.

- a. Plazo: En el ámbito de la responsabilidad convencional, el plazo de prescripción ordinaria es de cinco años¹⁴⁴; salvo en los casos que la ley establezca un plazo de prescripción menor¹⁴⁵. Mientras que, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, el plazo es de cuatro años contados desde perpetración del acto¹⁴⁶.

Como consecuencia de esta diferencia, cabe señalar que se deriva otra distinción que tiene relevancia en términos prácticos, entre los dos estatutos de responsabilidad. Por un lado, en materia contractual aplica sin discusión las instituciones de la interrupción¹⁴⁷ y suspensión¹⁴⁸ de la prescripción. Sin embargo, en materia extracontractual se discute la procedencia de la suspensión en el plazo de prescripción extintiva¹⁴⁹. Puesto que, si se considera que es un plazo de corto tiempo, no cabría la aplicación de esta figura jurídica en virtud de lo señalado en el artículo 2324 del Código Civil.

- b. Momento desde que se cuenta el plazo de prescripción. En opinión de Enrique Barros, en materia de prescripción, esta sería la más importante distinción práctica entre los ámbitos de responsabilidad civil¹⁵⁰, ya que, es el aspecto en donde la interpretación literal de las normas demuestra mayor injusticia.

Pues, en sede convencional, el plazo de prescripción de la acción se cuenta generalmente desde que la obligación se ha hecho actualmente exigible¹⁵¹. No obstante, en la responsabilidad aquiliana, existe discusión respecto del momento

¹⁴⁴ Código Civil, artículo 2515, numeral 1°.

¹⁴⁵ Por ejemplo, el plazo de prescripción del pacto comisorio regulado en el artículo 1880 del Código Civil. Véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 40.

¹⁴⁶ Código Civil, artículo 2332.

¹⁴⁷ Código Civil, artículo 2503.

¹⁴⁸ Código Civil, artículo 2509.

¹⁴⁹ BARROS BOURIE (2012): 926.

¹⁵⁰ BARROS BOURIE (2012): 992.

¹⁵¹ Código Civil, artículo 2515. Esto es desde que se contrajo la obligación, si es pura y simple; o bien, desde que se cumpla el plazo o condición, cuando éste sujeta a estas modalidades. Como excepción, estaría el cómputo de plazo del pacto comisorio, cuyo plazo comienza desde que se ha celebrado el contrato.

en que inicia a correr el plazo de prescripción extintiva, ya que, una interpretación literal del artículo 2332, establecería que comienza desde la perpetración del acto¹⁵². Es decir, “desde el momento en que concurren todos los elementos que configuran el ilícito civil” (RODRÍGUEZ GREZ, 2010: 31).

En este sentido, en sede extracontractual es posible, si se interpreta restrictiva y literalmente la norma, que la acción prescriba con anterioridad a la manifestación del daño y, por ende, no sea posible indemnizar a la víctima¹⁵³. En otras palabras, el derecho a la indemnización aquiliana podría prescribir antes de que nazca¹⁵⁴. Sin embargo, dicho supuesto es imposible en responsabilidad contractual, porque el plazo de prescripción necesariamente se computa desde que la obligación se ha hecho exigible¹⁵⁵, esto es, desde que el incumplimiento comience a generar daños¹⁵⁶.

Con todo, aún no existe consenso doctrinario¹⁵⁷ o jurisprudencial¹⁵⁸ que permita establecer qué criterio se adoptará para computar el plazo en sede extracontractual. Empero, sí es importante enfatizar que, para efectos de esta investigación es muy relevante la distinción conceptual de “hecho” y “daño”, introducida por esta discusión doctrinal. Pues, será utilizado en el último capítulo para reinterpretar el problema del concurso de responsabilidad.

xii. Tribunal competente.

La competencia de los tribunales que pueden conocer de las acciones de responsabilidad contractual es acumulativa, pues pueden existir varios jueces competentes para conocer del asunto. De hecho, puede ser competente el juez que se haya estipulado en el mismo

¹⁵² Código Civil, artículo 2332.

¹⁵³ BARROS BOURIE (2012): 922.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 483; BARROS BOURIE (2012): 924.

¹⁵⁵ ABELIUK MANASEVICH (1993): 670.

¹⁵⁶ ABELIUK MANASEVICH (1993): 670.

¹⁵⁷ Autores a favor de la interpretación literal del artículo 2332: SOMARRIVA UNDURRAGA (1939); TAPIA SUÁREZ (1941); VERGARA BEZANILLA (2004); FERRADA WALKER (2012). Autores en contra de la interpretación literal del artículo 2332: ABELIUK MANASEVICH (1993); CORRAL TALCIANI (2003); RODRÍGUEZ GREZ (2010): 483; BARROS BOURIE (2012): 924.

¹⁵⁸ Fallos a favor de interpretación literal del artículo 2332: *Juan Beltrán Letelier con Banco Santander* (2009); *Nelson Caucoto Pereira con Fisco de Chile* (2011). Fallos en contra de interpretación literal del artículo 2332: *Amelia Manquel con Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación* (2013); *Elisabeth Neira Salgado con Fisco de Chile* (2014); *Georgina Vera Órdenes con Fisco de Chile* (2017).

contrato o bien, el que la ley señale en subsidio¹⁵⁹. En este último caso, *“el juez del lugar donde se contrajo la obligación, donde se encuentre la cosa al tiempo de la demanda o se hallaba al tiempo del contrato”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 40). Si todos los supuestos indicados fallaren, será competente el juez de domicilio del demandado¹⁶⁰.

En cambio, en el ámbito de responsabilidad extracontractual, la competencia de los tribunales para conocer de la acción es privativa, pues *“debe deducirse ante el juez del domicilio del demandado (...), sin perjuicio de que, si el delito o cuasidelito de donde deriva es también penal, pueda entablarse ante el juez que conoce del proceso criminal¹⁶¹, si tiene competencia para ello”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 40).

xiii. Ley aplicable en caso de conflicto de legislaciones.

El contrato y todas las acciones de responsabilidad que emanan de éste, se rigen por la ley que los contratantes han elegido someterse, *“a menos que se trate de contratos celebrados en país extranjero para cumplirse en Chile, en cuyo caso, esa responsabilidad por ser un efecto del contrato, se rige por la ley¹⁶² chilena”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 41). Es decir, las partes tienen la libertad de estipular y elegir la ley que harán aplicable para su relación contractual, cuando existan factores conexión con otras legislaciones por su carácter internacional.

Por el contrario, la responsabilidad delictual o cuasi delictual, siempre aplica la *“ley del lugar en que se cometió el delito o cuasidelito de donde emana, cualquiera que sea la nacionalidad o domicilio del autor o de la víctima”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 40). De esta forma, si la responsabilidad aquiliana surge por hechos cometidos dentro del territorio de nuestro país, serán regulados por los artículos 2314 y siguientes de nuestro Código Civil¹⁶³.

¹⁵⁹ Código Civil, artículo 1588.

¹⁶⁰ Código Civil, artículo 1588. Véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 40.

¹⁶¹ En el NSPP tendrá competencia el juez penal para conocer de la acción indemnizatoria civil, si es que la víctima (Código Procesal Penal, artículo 108) es quien interpone la acción en contra del imputado. Véase Código Procesal Penal, artículo 59.

¹⁶² Código Civil, artículo 16.

¹⁶³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 40.

xiv. Regulación en el Código Civil.

Ambas responsabilidades están reguladas en el Libro Cuarto de nuestro Código: “De las obligaciones en general y de los contratos”. Sin embargo, la responsabilidad contractual se regula a propósito del efecto de las obligaciones, en el Título XII; y la responsabilidad delictual o cuasidelictual se regula en un apartado destinado a este objeto, que es el Título XXXV del mismo Libro¹⁶⁴.

En suma, es posible advertir diversos aspectos legislativos en los cuales se observan importantes divergencias prácticas, entre la regulación del estatuto de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Estas incompatibilidades normativas, han sido reforzadas por un desarrollo dogmático¹⁶⁵ y jurisprudencial¹⁶⁶, que tradicionalmente se preocupó de enfatizar la naturaleza dual de la regulación de la responsabilidad civil en nuestra legislación.

No obstante, actualmente, las desigualdades normativas entre los regímenes resarcitorios se mantienen únicamente, en un nivel puramente regulatorio. Puesto que, *“muchas de las diferencias, que tradicionalmente fueron planteadas como categóricas, presentan más bien luces y sombras, como consecuencia de la evolución y del más profundo grado de reflexividad alcanzado por el derecho de las obligaciones”* (BARROS BOURIE, 2012: 978).

Aun así, el presupuesto necesario para analizar el problema de la concurrencia o concurso de responsabilidades civiles ha quedado demostrado¹⁶⁷. Pues, como ya señalé anteriormente, sólo en un contexto de un sistema de responsabilidad civil dualista, es posible que las diferentes normas se sobrepongan y regulen el mismo hecho. En consecuencia, independiente de que exista discusión sobre si el concepto de

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 30.

¹⁶⁵ ABELIUK MANASEVICH (1993): 759; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 34; BARROS BOURIE (2012): 976; RODRÍGUEZ GREZ (2010): 20.

¹⁶⁶ *Claudio Silvano Jara Ferrada con Isapre CONSALUD S.A. (2014); Inversiones Los Coigües Limitada con Impregnadora Laguna Limitada (2014); Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros. (2015); Ricardo Hernán Ubilla Cáceres con Isapre BANMÉDICA S.A. (2016); Concretos Celulares Hormicel Limitada y otro con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y otro (2016).*

¹⁶⁷ ABELIUK MANASEVICH (1993): 759; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 34; BARROS BOURIE (2012): 976; RODRÍGUEZ GREZ (2010): 20. Jurisprudencia: *Billion Act Limited con Lucky Crown y otros (2007); Patricio Gómez con Andrea Garri (2011); Claudio Silvano Jara Ferrada con Isapre CONSALUD S.A. (2014); Inversiones Los Coigües Limitada con Impregnadora Laguna Limitada (2014); Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros. (2015); Andrés Pino Ortiz con Asociación Chilena de Seguridad (2016); Ricardo Hernán Ubilla Cáceres con Isapre BANMÉDICA S.A. (2016); Concretos Celulares Hormicel Limitada y otro con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y otro (2016).*

responsabilidad civil es unitario o dual, en nuestro sistema se constata que, al menos en un nivel puramente normativo, si existen importantes diferencias en la regulación de los estatutos contractual y extracontractual.

Entre todas las diferencias estudiadas, la más relevante es la que revela una doble regulación del daño en nuestra legislación. Considerando que, como ya se adelantaba, es en este aspecto, entendido como objeto de la acción indemnizatoria, en donde los dos ámbitos de responsabilidad podrían encontrarse y superponerse¹⁶⁸.

En este sentido, Enrique Barros señala que *“tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son fuente de responsabilidad civil: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante”* (BARROS BOURIE, 2012: 19). Por esta razón, se dice *“sin daño no hay responsabilidad civil”*¹⁶⁹ (BARROS BOURIE, 2012: 15), ya que, el menoscabo es condición esencial de la acción de responsabilidad indemnizatoria¹⁷⁰.

Ahora bien, lo recientemente mencionado respecto al objeto de la norma de responsabilidad, será retomado en el capítulo en que se evalúe el fenómeno de la concurrencia o concurso de normas, desde la perspectiva de la ciencia jurídica. Específicamente, cuando se incorporen al análisis, los conocimientos dogmáticos sobre concurso normativos y antinomias.

Sin embargo, previo a dicho análisis, es necesario referirse a lo que la dogmática ha desarrollado en torno al problema de la concurrencia o concurso de responsabilidades civiles. Puesto que, es preciso exponer en qué consiste el fenómeno jurídico, antes de reinterpretarlo con ayuda de los conceptos y herramientas que otorga la ciencia jurídica, para resolver este tipo de problemas.

¹⁶⁸ BARROS BOURIE (2012): 15; COLEMAN (2010): 340.

¹⁶⁹ El concepto de responsabilidad civil entendido tradicionalmente como sinónimo de acción reparatoria, que excluye de sus finalidades, otros objetivos como la prevención.

¹⁷⁰ BARROS BOURIE (2012): 15.

CAPÍTULO SEGUNDO.

Concurrencia de Responsabilidad Civil: aproximaciones doctrinarias al concepto y fenómeno.

En términos generales, se entiende por concurrencia de responsabilidad civil, como aquél fenómeno jurídico que ocurre cuando los dos ámbitos de responsabilidad, contractual y extracontractual, son capaces de regular simultáneamente el mismo supuesto de hecho. En otras palabras, el concurso de responsabilidad civil *“es la interrogante sobre las relaciones entre el orden contractual y el extracontractual, en aquellas hipótesis en que un hecho dañoso es susceptible de configurar el supuesto de hecho de ambos sistemas”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 4). De ahí que, sea necesario demostrar anteriormente la existencia de un sistema de responsabilidad civil dual¹⁷¹.

Sin perjuicio de lo sencillo que parece definir esta situación jurídica, cierto es que las diversas aproximaciones que ha realizado la doctrina, tanto nacional como extranjera, respecto del “concurso o concurrencia de responsabilidad civil”, evidencian variadas dificultades que plantea tratar este tema¹⁷². Dificultades que comienzan incluso, desde la discusión del concepto o nombre apropiado para abordar este fenómeno, y que se extienden hasta los casos o supuestos de hechos en que puede verificarse dicha superposición de normas de responsabilidad civil aquiliana y convencional.

Por consiguiente, el propósito de este capítulo será exponer la evolución doctrinaria que ha sufrido el problema de la concurrencia de responsabilidad civil, junto con precisar ciertos aspectos oscuros que puedan surgir tanto en el concepto, ámbitos de aplicación y efectos del problema investigado. Considerando que, antes de reinterpretar el problema estudiado con los elementos que la ciencia jurídica ha aportado en materia de concursos normativos, es necesario esclarecer y comprender completamente qué se entiende en derecho civil como concurso de responsabilidad.

Así pues, se demostrará que, en sede civil, el análisis del problema ha sido insuficiente, porque gracias a los aportes de la dogmática jurídica, es posible reducir el fenómeno del

¹⁷¹ Véase Derecho Civil Chileno, un sistema dualista de responsabilidad civil.

¹⁷² ALONSO TRAVIESA (2006): 389.

concurso de responsabilidad en un concurso aparente de normas y, en consecuencia, tratarlo como falso problema de interpretación.

i. Terminología adecuada. ¿Por qué hablar de “conurrencia de responsabilidades”?

Cuando se estudia el fenómeno jurídico en que se aplica en conjunto, para el mismo supuesto, ambos estatutos de responsabilidad civil, es posible apreciar que extensa bibliografía se refiere a éste, indistintamente o conscientemente según el autor, como: cúmulo de responsabilidad¹⁷³, opción¹⁷⁴, concurso¹⁷⁵ o conurrencia¹⁷⁶ de responsabilidad civil.

Empero, luego de un análisis más riguroso, también es posible advertir distintas críticas a algunos de los términos tradicionalmente empleados, ya que, inducen a errores conceptuales y sistemáticos –respecto del ordenamiento de responsabilidad civil en general– que obstaculizan la correcta forma de comprender el fenómeno jurídico a estudiar.

Por lo tanto, a continuación, se expondrán los distintos términos o expresiones lingüísticas que se han utilizado por la doctrina civilista para referirse al fenómeno de estudio, junto con las críticas que han sido formuladas a cada uno de ellos¹⁷⁷. Puesto que, como ya se demostrará, el uso del lenguaje en esta materia, ha sido una de las principales razones por las cuales existen tantas posturas diferentes para explicar el concurso de responsabilidad o proponer soluciones al mismo¹⁷⁸. Acto seguido, se tratará en forma separada cómo ha evolucionado el concepto del problema investigado, visto que, la comprensión de la conurrencia de responsabilidad civil ha evolucionado en forma paralela a las discusiones sobre el correcto uso del lenguaje.

¹⁷³ ABELIUK MANASEVICH (1993): 766; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 61; CORRAL TALCIANI (2003); DUCCI CLARO (1936): 13; RODRÍGUEZ GREZ (2010): 31; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 200.

¹⁷⁴ ABELIUK MANASEVICH (1993): 767; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 61; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 200; RODRÍGUEZ GREZ (2010): 31.

¹⁷⁵ BARROS BOURIE (2012): 1055; CORRAL TALCIANI (2003): 29; CORRAL TALCIANI (2010): 639.

¹⁷⁶ ALONSO TRAVIESA (2006); PÉREZ BRAVO (2008): 111; PIZARRO WILSON (2008).

¹⁷⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 58.

¹⁷⁸ CORRAL TALCIANI (2003): 29.

En este sentido, cabe precisar que, en la presente tesis, se distinguen las ideas de “término” o “expresión lingüística”, del “concepto” del problema concurso de responsabilidad civil. Pues, si bien ambos (término y concepto) pueden relacionarse o incluso confundirse, es necesario distinguir la necesidad de “nombrar” correctamente el problema investigado, de la necesidad de “comprender” correctamente el mismo; dado que, sólo así es posible evitar confusiones en el ejercicio de reinterpretación final.

i. “Cúmulo de las Responsabilidades”.

Originalmente, en el derecho civil francés¹⁷⁹ se utilizó el concepto de “cúmulo de responsabilidades” para referirse a las situaciones en que podría aplicarse el régimen de responsabilidad extracontractual, cuando existe un vínculo jurídico previo entre las partes¹⁸⁰. Este concepto ha sido fuertemente criticado¹⁸¹, porque en vez de describir el fenómeno jurídico de superposición de estatutos de responsabilidad civil, induce a un grave error; ya que, hace referencia a la idea de una acumulación efectiva de acciones indemnizatorias. Por ende, a la doble indemnización de un mismo daño¹⁸².

Como señala Pablo Rodríguez, *“todos los autores están contestes en que ello¹⁸³ no da a lugar a una doble reparación, puesto que, en tal caso, el daño causado se estaría indemnizando dos veces: una a título de la indemnización contractual y otra a título de la indemnización extracontractual”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2011: 201). En otras palabras, el problema de la superposición de los estatutos de responsabilidad civil convencional y aquiliano, no puede significar que *“el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal pueda acumular ambas responsabilidades y demandar una doble indemnización por el mismo daño. No puede hacerlo; habría para él un enriquecimiento sin causa”* (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 61).

Estos autores afirman que la acumulación implica un enriquecimiento injusto, porque la procedencia de una acción civil indemnizatoria depende de que concurren ciertos

¹⁷⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 62; BARROS BOURIE (2012): 1056.

¹⁸⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 57 Y 58.

¹⁸¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 61; ALONSO TRAVIESA (2006): 58.; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 200.

¹⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 61.

¹⁸³ Se refiere al hecho que constituye simultáneamente un incumplimiento contractual y la comisión de un delito o cuasidelito civil.

requisitos, entre ellos, la existencia de un menoscabo reparable¹⁸⁴. Si se admitiera esta doble indemnización, en una de las acciones no se cumpliría el requisito de la existencia de un daño, pues éste ya habría sido reparado. Dicho de otra forma, si el perjuicio es la condición de la acción civil indemnizatoria, *“resulta evidente la imposibilidad de presentar la controversia en términos de una acumulación de responsabilidades”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 59).

Por tanto, a pesar de que existen distintas referencias doctrinarias¹⁸⁵ y jurisprudenciales¹⁸⁶ al problema de la concurrencia por el término “cúmulo de responsabilidades”, su uso debe quedar absolutamente excluido¹⁸⁷; por no describir correctamente la situación que se estudia. De este modo, se abre paso a los términos “opción de responsabilidades”, “concurso” o “concurrencia de responsabilidades”.

ii. “Opción”.

Como consecuencia al rechazo del vocablo “cúmulo” de responsabilidad civil, por los argumentos ya expuestos, se establece que el problema se trataría más bien de una opción de la víctima¹⁸⁸. En otras palabras, *“de elección entre la responsabilidad contractual y extracontractual, ya sea alternativa o disyuntivamente, por cuanto una vez obtenida la indemnización por una vía se extinguiría siempre la posibilidad invocarla por la contraria”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 59).

Por ende, sí un mismo hecho constituye, simultáneamente, un incumplimiento de una obligación convencional y la comisión de un delito o cuasidelito civil¹⁸⁹, el fenómeno jurídico que efectivamente ocurriría es una problemática de “opción”. Dado que, consiste en evaluar si el daño que deriva de dichas infracciones da al *“acreedor el derecho de elegir entre ambas responsabilidades y demandar indemnización de acuerdo con la que más le convenga”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2011: 200).

¹⁸⁴ ABELIUK MANASEVICH (1993): 252.

¹⁸⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005); Díez-PICAZO (1999); DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008): 3; PIZARRO WILSON (2008): 3; RODRÍGUEZ GREZ (2010).

¹⁸⁶ Corte Suprema (1950); Corte Suprema (1951); Corte de Apelaciones de Santiago (1999).

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ (2011): 201.

¹⁸⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 62; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 201.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ GREZ (2011): 200.

El interés que despierta el concepto opción¹⁹⁰, consiste en que la doble calificación jurídica del ilícito - contractual y extracontractual – abre, a la víctima del daño, el camino de la indemnización por dos estatutos de responsabilidad distintos. Que por lo demás, cabe recordar, presentan diferencias normativas que pueden tanto favorecer o perjudicar en diversos aspectos¹⁹¹, al que tenga la legitimación activa de las acciones resarcitorias, derivadas tanto del incumplimiento como del delito o cuasidelito civil.

Con todo, reitero lo señalado previamente, respecto de que las distinciones entre ambos estatutos de responsabilidad civil, cada día se vuelven más difusas, gracias a la evolución jurisprudencial y doctrinaria en diversas materias, que han permitido acercar los estatutos de responsabilidad convencional y aquiliana¹⁹². Sin embargo, no se puede desconocer que *“aún restan peculiaridades que pueden justificar la preferencia del actor por hacer valer su pretensión con fundamento extracontractual”* (BARROS BOURIE, 2012: 1057), en vez del contractual, y por ello, para algunos autores resulta relevante plantear la elección como un método de solución al conflicto de la superposición de ambos estatutos de responsabilidad civil¹⁹³.

Por otro lado, cabe precisar que existe otra forma de distinguir los conceptos “problema de cúmulo” y “problema de opción”, planteada por el autor Tapia Suárez¹⁹⁴. De acuerdo con él, existiría una relación de género – especie entre estos términos, siendo el “cúmulo” el género que contiene la “opción”. Por consiguiente, el problema del cúmulo consistiría en determinar si procede la responsabilidad aquiliana entre sujetos que comparten un vínculo contractual anterior. Mientras que, el problema de la opción se referiría a la situación en la que se asume la procedencia del cúmulo, y se cuestiona si el acreedor puede elegir la acción de responsabilidad civil que más le beneficie según el caso¹⁹⁵.

Aun así, la distinción propuesta por Tapia Suárez se ha considerado irrelevante, pues si bien es plausible, se concluye que sólo cumple un fin pedagógico¹⁹⁶. Puesto que, sólo aporta con aclarar que tanto los partidarios de la acumulación y “opción”, aceptan la

¹⁹⁰ BARROS BOURIE (2012): 1057.

¹⁹¹ Plazos de prescripción, reparación de daños extrapatrimoniales, morales, régimen probatorio de culpa y menoscabos, entre otros.

¹⁹² Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

¹⁹³ Véase Teoría de la opción.

¹⁹⁴ TAPIA SUÁREZ (1941).

¹⁹⁵ TAPIA SUÁREZ, CITADO POR ALONSO TRAVIESA (2006): 60.

¹⁹⁶ ALONSO TRAVIESA (2006): 60.

procedencia de la responsabilidad aquiliana entre personas que ya tenían un vínculo contractual previo¹⁹⁷, ya que, no habría una sola acción resarcitoria válida para la víctima¹⁹⁸.

Sin embargo, conforme al razonamiento de Tapia Suárez, cúmulo y opción, no serían más que dos caras de la misma moneda¹⁹⁹, porque ambas comparten la misma premisa. Esta es, que la aplicación de la responsabilidad extracontractual es posible entre personas vinculadas jurídicamente por una convención. Sin embargo, se diferencian respecto de cuál es el que permite referirse con mayor precisión, a la elección de acción que tiene la víctima²⁰⁰.

Ahora bien, no todas las discusiones de las diversas versiones de la “opción” se reducen a determinar si existe o no una concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual, para un mismo hecho. Por cierto, también tratan la amplitud con la cual debe aplicarse la elección de acciones indemnizatorias de la víctima, cuando se acepta esta teoría²⁰¹.

Por una parte, existen autores²⁰² que proponen la posibilidad de aplicar indistintamente o con plena libertad, en cualquiera de los supuestos de superposición de estatutos de responsabilidad civil, las acciones de la responsabilidad convencional y aquiliana, según sea más conveniente para el acreedor y víctima²⁰³. El fundamento de estas posturas sería el principio de “reparación integral del daño”²⁰⁴, ya que, con el objetivo de que se asegure la indemnización completa, se le permitiría a la víctima utilizar las reglas de responsabilidad que le sean más ventajosas para el caso concreto²⁰⁵. Más aún, considerando que, en nuestro derecho civil, no estaría consagrado normativamente el principio de reparación integral en materia contractual²⁰⁶.

¹⁹⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 60.

¹⁹⁸ Se conoce como la teoría de la no acumulación o incompatibilidad, que se tratará a continuación en el acápite: “teorías de solución a la concurrencia de responsabilidad civil”.

¹⁹⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 60.

²⁰⁰ TAPIA SUÁREZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 60.

²⁰¹ BARROS BOURIE (2012): 1060.

²⁰² ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 63; FUEYO LANERI (1991).

²⁰³ ALONSO TRAVIESA (2006): 61.

²⁰⁴ FUEYO LANERI (1991).

²⁰⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 61; FUEYO LANERI (1991).

²⁰⁶ PIZARRO WILSON (2008).

No obstante, también se critica la posibilidad indistinta de elegir, en todos los supuestos, el régimen resarcitorio que se pretende aplicar para indemnizar un daño. Pues, *“aunque desde un punto de vista lógico se acepte la opción (...), ello exige la tarea hermenéutica de determinar los casos en que ella excepcionalmente no resulta admisible, porque la ratio legis de los ordenamientos en juego hace que sólo el estatuto de responsabilidad contractual deba tenerse por aplicable”* (BARROS BOURIE, 2012: 1061). Dicho de otro modo, conforme a algunos autores²⁰⁷, es necesario delimitar los supuestos de aplicación de una “acción híbrida”, porque de lo contrario, nos encontraríamos en una “anarquía jurídica”²⁰⁸, que implica desconocer distintos principios rectores como la fuerza obligatoria y primacía del contrato²⁰⁹.

En este sentido, el profesor Barros agrega que, la labor de definir el ámbito de aplicación del término “opción” requiere de dos premisas. En primer lugar, se debe establecer que la aplicación selectiva y parcial de uno u otro estatuto de responsabilidad civil, queda absolutamente descartada por exigencias de coherencia legislativa²¹⁰. Es decir, sólo cabe la integridad de la acción entablada, porque no se puede mezclar en uno, los distintos aspectos del régimen contractual y extracontractual²¹¹. Y, en segundo lugar, si se acepta que el régimen general es la responsabilidad aquiliana, *“la pregunta relevante resulta ser bajo qué circunstancias la existencia de un contrato la excluye como ordenamiento alternativamente aplicable, a opción del demandante”* (BARROS BOURIE, 2012: 1061).

Los casos o circunstancias a la que se refiere, actualmente se conocen como “zonas fronterizas”²¹² o “zonas borrosas”²¹³. Sin embargo, aún no existe un criterio dogmático que permita identificarlas teóricamente. El tratamiento de éstas se desarrollará con mayor detalle en los siguientes puntos del presente capítulo²¹⁴. Empero, por ahora será suficiente establecer que la “opción” supone, en alguna de sus variables, definir los casos en que efectivamente procederá la elección de la acción indemnizatoria por el demandante.

²⁰⁷ BARROS BOURIE (2012): 1060; YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 392.

²⁰⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 61; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000).

²⁰⁹ CORRAL TALCIANI (2003): 30; BARROS BOURIE (2012): 1061.

²¹⁰ BARROS BOURIE (2012): 1061.

²¹¹ BARROS BOURIE (2012): 1064.

²¹² YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

²¹³ BLANCO GÓMEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

²¹⁴ Véase Casos fronterizos o zonas borrosas.

Con todo, la terminología de la “opción” tampoco ha sido suficiente para referirse al supuesto de yuxtaposición de los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual para el mismo hecho. Puesto que, en vez de describir o hacer referencia al fenómeno jurídico en cuestión, *“denomina el problema desde la perspectiva de las posibles consecuencias que se pueden apreciar por la coexistencia de dos regímenes indemnizatorios”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 62); y más aún, resulta equívoco, porque la elección de una acción no es la única solución propuesta para resolver el conflicto de superposición entre ambos estatutos de responsabilidad²¹⁵. De hecho, existen diversas teorías doctrinarias²¹⁶, que postulan diferentes respuestas a la problemática planteada y, que no consisten en un concurso de acciones. Por ende, también debe descartarse hablar de opción.

iii. “Concurrencia o Concurso”.

Finalmente, y como respuesta a las insatisfacciones que generaban los términos “cúmulo” y “opción”, la dogmática más moderna²¹⁷, prefiere referirse a la situación de superposición de regímenes de responsabilidad civil, como “concurrencia” o “concurso” de responsabilidades. Conceptos que, como ya había mencionado en el inicio del presente trabajo, serán utilizados indistintamente, pues se entienden como sinónimos en esta materia.

Se esbozan principalmente dos razones para justificar la aptitud del uso de los términos “concurso” y “concurrencia”. En primer lugar, porque la concurrencia de responsabilidades *“no es más que una manifestación de un asunto universal que se produce en todo el ordenamiento jurídico, y que hace referencia a aquellas situaciones en que dos grupos normativos tienen vocación de ser aplicados a unos mismos hechos”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 64). Y, en segundo lugar, porque el vocablo es más claro, ya que deja en evidencia que se refiere a la superposición de normas pertenecientes a distintos regímenes de indemnización²¹⁸. Sin inducir al lector, a una determinada forma de solución de la problemática indicada.

²¹⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 62.

²¹⁶ Véase Teorías doctrinarias desarrolladas para solucionar los casos en que procede la concurrencia de responsabilidad civil.

²¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 63; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000); PERÉZ BRAVO (2008): 112.

²¹⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 64.

En consecuencia, gracias a la mayor neutralidad y claridad que aportan estos conceptos, en adelante, cada vez que se trate *“la coexistencia de dos regímenes normativos destinados a regular distintos supuestos, pero que pueden confluir respecto de ciertos hechos”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 65), se hablará de concurrencia o concurso. Situación que se verifica, al igual que en otras áreas del derecho²¹⁹, en el concurso de responsabilidad civil.

ii. Evolución de la concepción o definición del problema de la concurrencia de responsabilidad civil.

El fenómeno jurídico de la concurrencia de responsabilidad civil no sólo ha presentado avances en cuanto a la terminología adecuada para denominarlo, sino también en cuanto a la extensión y entendimiento, que se tiene respecto de la situación jurídica en sí misma. Esto se debe, principalmente, a que existe una problemática “hermana” que influye sustancialmente en la comprensión del concurso de responsabilidad civil, porque su desarrollo, necesariamente amplía o disminuye proporcionalmente, la sobreposición teórica de los regímenes contractual y extracontractual en un mismo hecho. Esta problemática es la determinación del régimen común²²⁰ de responsabilidad²²¹.

La relación que existe entre estas dos problemáticas, no sólo se explica porque ambas requieren de un sistema de responsabilidad civil dual, sino porque ambas buscan establecer cuál es la debida extensión de la aplicación de cada régimen de responsabilidad civil. En este sentido, si se entiende que la concurrencia de responsabilidad tiene por eje central *“la posible superposición de las normas contractuales y extracontractuales en un hecho dañoso determinado, resulta evidente que el fenómeno de la conjunción supondrá establecer el campo de actuación de cada régimen”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 18).

De este modo, en la medida que el ámbito contractual o aquiliano se configure más o menos extenso, porque ha sido establecido como régimen común o general de

²¹⁹ Por ejemplo, concurso de delitos en materia penal y la concurrencia de acciones en materia procesal.

²²⁰ Consiste en la problemática que resuelve el régimen resarcitorio que se aplicará en los casos en que el legislador no ha establecido uno en particular. Por ejemplo, las obligaciones cuasi contractuales u obligaciones legales.

²²¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 18.

responsabilidad, *“los casos susceptibles de una doble calificación aumentarán o disminuirán correlativamente”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 18). Puesto que, en un ordenamiento en que existen dos regímenes indemnizatorios, todo lo regulado expresamente por uno de ellos, lógicamente no será un punto de encuentro, porque la norma ya ha regulado específicamente su solución por el régimen de responsabilidad civil que corresponda.

En consecuencia, si por ejemplo el régimen general fuera la responsabilidad aquiliana, las obligaciones que no tienen una acción indemnizatoria especial (como las cuasi contractuales o legales), se regirán únicamente por este estatuto de responsabilidad civil; y el ámbito de la concurrencia, quedará restringido únicamente a las obligaciones contractuales, visto que, sólo en ellas podrán coincidir ambos regímenes.

Por esta razón, para comprender adecuadamente la evolución doctrinaria del concurso de responsabilidad civil, igualmente se debe tener presente la otra cara del problema, que es la discusión sobre el régimen común de responsabilidad. Independiente de que ello no se tratará en detalle en el presente trabajo, porque escapa del objeto de estudio de la investigación, es útil tener presente que la postura que se sostenga sobre cuál será el estatuto de responsabilidad civil general o común, determina a su vez, la amplitud de supuestos en que puede ocurrir un concurso de responsabilidad. Pues, todos los casos que no estén regulados exclusivamente por uno de los dos estatutos, se reconducirán al régimen general. Pero, si el régimen general es indeterminado, los casos que no se pueden reconducir a alguno de los dos estatutos aumenta, y con ello, la posibilidad de concurrencia.

Con todo, para la presente investigación, sí será necesario abordar el progreso conceptual que ha tenido el fenómeno de la concurrencia y su ámbito de aplicación conocido como “zona fronteriza”. Pues, previo a evaluar las distintas teorías de solución propuestas para las situaciones en que existe un concurso de responsabilidad, es necesario entender de qué forma se comprende teóricamente y delimita el fenómeno jurídico del concurso de responsabilidad. A pesar de que los siguientes conceptos, estarán fuertemente influenciados por la solución que se prefiera en la discusión del régimen general de responsabilidad civil.

i. Concepción clásica del “concurso de responsabilidad civil”.

Primeramente, cabe señalar que definir el concurso de responsabilidad civil, siempre ha sido una tarea difícil, pues la materia constantemente ha estado expuesta a imprecisiones y discrepancias entre los autores que la tratan²²². No obstante, las diversas fuentes bibliográficas que han desarrollado este problema jurídico comparten la siguiente prevención: conceptualizar la concurrencia de responsabilidad civil de un modo u otro, ineludiblemente trae como resultado, la ampliación o disminución de los casos en que aplicará efectivamente este fenómeno. Así como también, determina las posibles soluciones, en caso de verificarse un concurso de responsabilidad civil.

Al efecto, también se ha concluido que la conceptualización de la concurrencia de responsabilidad civil será fuertemente influenciada por las diferencias prácticas que existen en la aplicación de un estatuto de responsabilidad civil u otro²²³. Más aún, considerando lo explicado en el capítulo anterior, respecto de la regulación disímil entre los ámbitos de responsabilidad contractual o extracontractual, en distintos aspectos (culpa, daños, prueba, etc.), y que genera importantes divergencias en la aplicación de principios como reparación integral del daño o indemnidad de la víctima²²⁴. Por lo mismo, la autora Alonso Traviesa afirma que *“la yuxtaposición de responsabilidades se sustenta en esa distinción normativa que implica para la víctima un sistema más o menos favorable, o en otras palabras, de mayor o menor protección de sus intereses en desmedro de los del responsable”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 32).

Por esta razón, tanto en la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil, como en otras cuestiones de responsabilidad, será igualmente relevante considerar cuál es la definición o concepción del ordenamiento jurídico, y cuál es la labor que se le asigna a éste, al momento de tutelar a las personas que se encuentren en situaciones dignas de protección²²⁵. Puesto que, determinar las hipótesis de superposición de estatutos de responsabilidad civil, necesariamente se realizará considerando la conveniencia o inconveniencia, de calificar determinado hecho como incumplimiento, delito o cuasidelito civil. Es decir, finalmente serán los factores de carácter práctico los que, en definitiva,

²²² ALONSO TRAVIESA (2006): 23; PERÉZ BRAVO (2008): 112.

²²³ ALONSO TRAVIESA (2006): 23; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000): 595.

²²⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 23; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000): 595.

²²⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 24.

permitirán delimitar las fronteras del ámbito puramente contractual, puramente extracontractual y las áreas que serán ámbitos de conjunción de ambos estatutos²²⁶.

Entonces, a pesar de que no existe una definición unívoca de concurso o concurrencia de responsabilidad civil²²⁷, las consideraciones y criterios explicados previamente, sí se han manifestado en el variado tratamiento doctrinario del concurso de responsabilidad. De esta forma, se señala que el “único denominador común” que tienen las variadas definiciones “clásicas”²²⁸, es *“la idea general de establecer relaciones existentes entre la responsabilidad contractual y extracontractual”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 24).

Por consiguiente, todas las aproximaciones clásicas, que se pueden estudiar tanto en doctrina nacional²²⁹ como extranjera²³⁰, compartirán la misma base para comprender el fenómeno de la concurrencia. Esto es, como un problema de vinculación entre las normas de responsabilidad contractual y extracontractual²³¹. Dentro de estas definiciones, se pueden identificar principalmente dos variantes, una amplia y otra restringida, que se explicarán a continuación.

a. Concepción clásica amplia.

Esta postura entiende el problema del concurso de responsabilidad en un sentido absoluto²³². Puesto que, sostiene que el fenómeno jurídico investigado consiste en la *“incidencia de la responsabilidad aquiliana sobre la contractual, es decir, en la subsistencia de aquella siempre que exista un incumplimiento contractual”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 25). Así pues, de acuerdo con esta interpretación, toda contravención a las obligaciones estipuladas en un contrato constituye, al mismo tiempo, un delito o cuasidelito civil y, por ende, un supuesto de concurrencia de responsabilidad²³³.

²²⁶ CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 24.

²²⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 24.

²²⁸ El concepto clásico se utilizará para referirse a las definiciones tradicionales que ha hecho la doctrina del problema “concurso” de responsabilidad civil. Debe entenderse en contraposición a la nueva definición que desarrolla Alonso Traviesa, y que denomina “verdadero problema del concurso de responsabilidad”, el cual se extrae luego de criticar los conceptos clásicos. Véase concepción clásica restringida.

²²⁹ ABELIUK MANASEVICH (1993): 767; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 35; TAPIA SUÁREZ (1941).

²³⁰ CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 24.

²³¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 23.

²³² ALONSO TRAVIESA (2006): 24.

²³³ TAPIA SUÁREZ (1941): 442.

El fundamento de la concepción amplia es la existencia del deber general de no dañar a otros que sustenta el sistema de responsabilidad extracontractual²³⁴. Puesto que, gracias a la existencia de dicho deber general, el incumplimiento contractual sólo puede entenderse como una expresión más específica del mismo deber²³⁵. De ahí que, desde esta perspectiva, *“las relaciones entre ambos órdenes pueden explicarse gráficamente como círculos concéntricos, en los cuales la responsabilidad derivada del contrato se configura como un subconjunto de la delictual o cuasidelictual”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 27).

En consecuencia, como todo incumplimiento contractual sería al mismo tiempo un delito o cuasidelito civil, el contratante incumplidor podrá desentenderse siempre de las normas del ámbito contractual. Considerando que, constantemente podrá recurrir a la acción de responsabilidad extracontractual que emana de la infracción del deber general de cuidado.

Ahora bien, dicha conclusión es a lo menos conflictiva, pues *“de esta forma, podría privarse a la responsabilidad derivada de contrato de cualquier eficacia normativa, en la medida que se estime que el régimen extracontractual es más beneficioso para la víctima”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 27). Generando, sin lugar a duda, una importante contradicción con el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1545 de nuestro Código Civil.

Por tanto, Alonso Traviesa concluye que debido a la falta de criterios²³⁶, o poca claridad de ellos²³⁷, para excluir supuestos de incumplimiento de los casos de efectiva concurrencia, y al peligro que implica plantear una completa absorción de la responsabilidad contractual dentro de la aquiliana, surgen en doctrina, conceptos clásicos más restringidos de concurso²³⁸.

²³⁴ MOLINARI VALDÉS (2004): 185.

²³⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 26.

²³⁶ Ocurre cuando se plantea que todo concurso de responsabilidad consiste en, incumplimientos contractuales que se configuran como un ilícito civil. Véase ALONSO TRAVIESA (2006): 34.

²³⁷ Ocurre cuando el concepto del concurso se obtiene luego de delimitar el ámbito de aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual. Pues existirían ciertos casos en que sólo se deben aplicar las normas de responsabilidad contractual. Por ejemplo, se habla de “deberes puramente contractuales”, y serían aquellos que, sin el amparo de un contrato, no serían susceptibles de ser indemnizados por el sistema aquiliano. Véase TAPIA SUÁREZ (1941): 442.

²³⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 35.

b. Concepción clásica restringida.

En contraposición al concepto amplio, surgen dos variantes de conceptos más “restringidos”, cuyo patrón común es reconocer que el problema de la concurrencia sólo puede ocurrir en casos especiales²³⁹. Considerando que, no todo incumplimiento contractual puede interpretarse simultáneamente como un delito o cuasidelito civil.

De este modo, surge un concepto restringido que sostiene que sólo existirá un concurso de responsabilidad, si después de omitirse hipotéticamente la existencia del contrato, el incumplimiento contractual es también una infracción al deber general de cuidado²⁴⁰. Mientras que, la otra variante restringida, sostiene que el criterio para identificar los supuestos de concurrencia, es la naturaleza de los bienes dañados o menoscabados en los incumplimientos contractuales. En otras palabras, en la segunda versión, el fenómeno del concurso de responsabilidad sólo ocurriría cuando se *“causan daños a la persona o bienes de la contraparte con ocasión o durante la ejecución de un contrato”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 36).

En definitiva, ambas variantes de la concepción restringida clásica, comparten la idea de delimitar el problema de la concurrencia de responsabilidad a ciertos casos específicos, excluyendo el fenómeno del concurso a aquellas situaciones en que se aplica exclusivamente el régimen de responsabilidad convencional o aquiliano. Por tanto, los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, *“tendrán un campo de actuación propio que no podrá ser invalidado por las normas del otro, presentándose el problema entonces, como el de los conjuntos que se interseccionan en un limitado número de casos que son adecuados”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 37).

Con todo, es necesario precisar que estas versiones estrechas del concepto también incurrir en errores al seleccionar los casos en que sí existe un verdadero concurso de responsabilidad²⁴¹. A saber, el autor Yzquierdo Tolsada critica estas concepciones restringidas, porque existen casos en que efectivamente, los daños sólo se amparan por normas de responsabilidad contractual, pero que bajo estos criterios se confunden con

²³⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 36.

²⁴⁰ CORRAL TALCIANI (2010): 639; PAPAYANNIS (2014): 14.

²⁴¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 46.

casos de concurrencia²⁴². Por ejemplo, cuando el depositario destruye la cosa depositada, casos de incumplimientos dolosos, culpables o mora²⁴³.

Por ende, debido a que ninguno de los conceptos clásicos previamente explicados ha sido capaz de referirse al fenómeno investigado, sin inducir error en la identificación de casos en que realmente hay concurso de responsabilidad, surge la necesidad de elaborar un nuevo concepto que *“exprese adecuadamente el problema de la concurrencia de responsabilidades y ponga relieve en su fundamento”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 46). Este nuevo concepto corresponde a la idea de “dudosa calificación jurídica”, que se tratará a continuación.

ii. Concurrencia de responsabilidad conceptualizado como un caso de dudosa calificación jurídica.

Como ya se señaló anteriormente, el problema de la concurrencia de responsabilidad civil sólo es posible en el contexto de un sistema de responsabilidad dual²⁴⁴, dado que, es necesario que teóricamente exista la posibilidad que dos normas pertenecientes a distintos estatutos, regulen simultáneamente el mismo supuesto de hecho. Esto sería válido en nuestro sistema jurídico, sin importar el concepto de responsabilidad que se sostenga²⁴⁵, porque como ya se ha demostrado en el primer capítulo, nuestro ordenamiento ha regulado en distintos aspectos normativos²⁴⁶, los ámbitos de responsabilidad civil contractual y extracontractual en forma diversa²⁴⁷.

Por esta razón, se ha establecido que, si bien ambos regímenes de responsabilidad civil generalmente tienen un campo de aplicación propio e independiente, en ciertas ocasiones pueden actuar de forma comunicante²⁴⁸. Puesto que, pueden ocurrir situaciones de “contacto”, que no han sido contempladas expresamente por ninguno de los dos ámbitos de responsabilidad, pero si pueden teóricamente ser reguladas por ambos regímenes simultáneamente.

²⁴² YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 41.

²⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 41.

²⁴⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 17.

²⁴⁵ Como se indicó en el primer capítulo, el concepto de responsabilidad puede ser unitario o dualista.

²⁴⁶ Como el daño, culpa, capacidad, etc.

²⁴⁷ Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

²⁴⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 46.

El estudio específico de dichas zonas de contacto, se tratará más adelante en la sección “zonas fronterizas”²⁴⁹. Sin embargo, antes de ello es necesario establecer que, la doctrina les ha atribuido importancia porque, aparentemente en ellas, se produce el fenómeno de la concurrencia de responsabilidad civil. Pues, justo en esa área gris, en que las fronteras del ámbito contractual y extracontractual no están claramente delimitadas, surgen problemas de interpretación como el concurso de responsabilidad.

En otras palabras, dado que, la concurrencia sólo ocurre en aquellos casos que son “*subsumibles tanto en los supuestos de hecho de responsabilidad convencional como en el de la aquiliana, y por ello en principio e hipotéticamente podrían serles aplicadas las normas contractuales como extracontractuales*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 51). Actualmente, se concibe el objeto de estudio como un supuesto de dudosa calificación jurídica²⁵⁰.

En efecto, como también ya se adelantaba al inicio de este capítulo²⁵¹, la primera dificultad que surge al analizar los supuestos de concurrencia, pasa por “*la indeterminación de las fronteras entre responsabilidad contractual y aquiliana*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 49). Considerando que, sólo en los casos en que no sea evidente la aplicación única de uno de los dos regímenes de responsabilidad, será posible imaginar teóricamente una yuxtaposición simultánea de los estatutos convencional y extracontractual para un mismo hecho.

Entonces, concibiendo el problema del concurso de responsabilidad civil como un supuesto en que se sobreponen los ámbitos contractual y extracontractual, “*cualquier obligación que no tenga régimen resarcitorio propio, deberá reconducirse a uno de los dos sistemas indemnizatorios existentes*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 50).

Por consiguiente, la solución del problema de la concurrencia de responsabilidad civil y, por tanto, el tratamiento de las llamadas “zonas fronterizas” o “zonas de contacto”, consiste únicamente en “*calificar adecuadamente un hecho, y, en consecuencia, aplicarle las reglas correspondientes*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 51). Puesto que, el hecho dañoso producido por este tipo situaciones fácticas, puede ser subsumido tanto en las hipótesis

²⁴⁹ Véase Casos fronterizos o zonas borrosas.

²⁵⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 50.

²⁵¹ Véase Evolución de la concepción o definición del problema de la concurrencia de responsabilidad civil.

de responsabilidad convencional como aquiliana, y por lo mismo, puede ser regulado por ambos regímenes al mismo tiempo.

Con todo, lo anterior no puede significar que, por el hecho de que el supuesto pueda ser regulado simultáneamente por ambos estatutos de responsabilidad civil, éste deba ser amparado por ambos, ya que, ello importaría una doble indemnización del daño y, por ende, un enriquecimiento injusto²⁵². Por esto, después de identificar un caso de concurrencia de responsabilidad, será absolutamente necesario que se realice un análisis jurídico distinto, que permita solucionar esta segunda dificultad que consiste en reconducir el supuesto a uno de los dos sistemas de responsabilidad civil. Es decir, buscar la correcta calificación²⁵³ del supuesto, dependiendo si se configura como un incumplimiento contractual o una infracción al deber general de cuidado.

En síntesis, sí se concibe la concurrencia de responsabilidad como un caso de dudosa calificación jurídica, se concluye que lo confuso de la calificación se presentará en dos oportunidades. En primer lugar, en establecer los casos en que efectivamente habrá concurso de responsabilidad contractual y extracontractual²⁵⁴. Esto es, identificar lo que la doctrina ha denominado “zonas fronterizas”²⁵⁵ o “zonas borrosas”²⁵⁶. Y, en segundo lugar, se presentará una nueva duda, una vez reconocido dicho supuesto de hecho regulado por ambos estatutos, para determinar cuál de los dos regímenes deberá indemnizar el daño producido²⁵⁷.

Debido a lo anterior, a continuación, se desarrollarán en apartados diferentes, las dos dificultades que se plantean tradicionalmente para tratar el problema de la concurrencia de responsabilidad. Esto es, las zonas fronterizas y las teorías de solución.

El principal objetivo de la primera sección será, analizar el objeto de estudio en casos concretos, tratados tradicionalmente como situaciones de concurso de responsabilidad civil. Pues, como ya se explicará, la doctrina ha tratado el problema investigado desde una perspectiva casuística, sin desarrollar un criterio general y abstracto que permita

²⁵² Véase “Cúmulo de las Responsabilidades”.

²⁵³ ALONSO TRAVIESA (2006): 51.

²⁵⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 51.

²⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

²⁵⁶ BLANCO GÓMEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

²⁵⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 54

identificar de manera anticipada y certera los casos de efectiva concurrencia. Para luego, desarrollar en el siguiente apartado, las distintas teorías de solución que se han propuesto a la problemática estudiada. Considerando que, su importancia radica supuestamente en que se han hecho cargo de la segunda fase del problema que es, determinar cuál es el estatuto de responsabilidad aplicable a un hecho dañoso de doble calificación jurídica.

No obstante, antes de ello, es necesario advertir que las siguientes secciones se exponen con el objeto de ser analizadas críticamente en las conclusiones del presente trabajo. Puesto que, el principal objetivo de esta investigación, es replantear el fenómeno del concurso de responsabilidad civil, como un falso problema de interpretación, gracias a la aplicación conjunta de los conocimientos aportados por la doctrina en materia de responsabilidad civil y, los aportados por la ciencia jurídica en materia de concursos normativos.

Para lograr dicho objetivo, será indispensable recordar lo señalado respecto a la creciente importancia que ha adquirido el elemento daño, en los estudios de responsabilidad civil más recientes. Considerando que, si bien tradicionalmente *“la llave de entrada a la indemnización de perjuicios estaba en la culpa, siendo el daño un accesorio imprescindible para la indemnización”* (PIZARRO WILSON, 2008: 154), el derecho civil moderno ha cambiado esa visión, entregándole las llaves de la acción indemnizatoria, al elemento perjuicio²⁵⁸. Por tanto, el problema del concurso de responsabilidad civil, podrá ser repensado desde una visión más moderna, que permita enfocar el concepto de dudosa calificación jurídica al menoscabo ocasionado, y no al hecho que produce el daño. Pues, es el perjuicio sufrido, el aspecto clave que activa las acciones de responsabilidad civil reparatorias correspondientes²⁵⁹.

Ahora bien, esta idea que propone una distinción semántica entre el elemento “daño” y “conductas” o “hechos dañosos”, será desarrollada en el último capítulo de este trabajo. No obstante que, por el momento, bastará tenerla presente para mantener una mirada más crítica de los temas que se exponen seguidamente, “zonas fronterizas” y teorías de solución a la problemática.

²⁵⁸ MOLINARI VALDÉS (2004): 185; PIZARRO WILSON (2008): 154.

²⁵⁹ BARROS BOURIE (2012): 15.

iii. Casos fronterizos o zonas borrosas.

Como ya se mencionó anteriormente, en un sistema de responsabilidad civil dualista, no sólo es posible que los ámbitos de responsabilidad se manifiesten en forma independiente, sino también que se relacionen mutuamente, generando zonas de contacto entre ambas²⁶⁰. Al efecto, es posible nombrar diversas situaciones modernas, en que se aprecia una paulatina aproximación entre las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual²⁶¹ y, en definitiva, resultan en un aumento de las áreas de sobre posición entre ambos estatutos. Por ejemplo, la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la responsabilidad²⁶², expansión de la responsabilidad contractual por medio de la incorporación de deberes de información y protección (teniendo por fundamento el deber de buena fe), el desarrollo de la responsabilidad objetiva, entre otros²⁶³.

En dicho contexto, surgen en la doctrina española²⁶⁴ conceptos como “casos fronterizos” o “zonas borrosas”, para individualizar aquellos “*supuestos dudosos, derivados de la indeterminación de las fronteras de responsabilidad contractual y aquiliana*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 49). Considerando que, precisamente en estos supuestos, el hecho dañoso puede ser regulado por ambos regímenes de responsabilidad simultáneamente²⁶⁵.

Entonces, un “caso fronterizo” o “zona borrosa” será todo caso de dudosa calificación jurídica, en el cual se produce un concurso de responsabilidad civil porque existe un concurso de normas jurídicas distintas, pertenecientes al ámbito contractual y extracontractual, capaces de ser aplicadas a un mismo hecho. Por lo mismo, es posible definir las como supuestos en que “*un único hecho dañoso, proveniente de un mismo autor, configura al mismo tiempo y respecto de los mismos sujetos, el incumplimiento de la obligación y la violación del deber general de no dañar*” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2008: 53).

²⁶⁰ CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 65.

²⁶¹ Alonso Traviesa (2006): 47.

²⁶² Díez-PICAZO, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 48.

²⁶³ ALONSO TRAVIESA (2006): 47.

²⁶⁴ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 392; BLANCO GÓMEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

²⁶⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

Con todo, a partir de dicha definición surge un obstáculo suficientemente grande, que impide a ciertos sectores de la doctrina concluir que las “zonas fronterizas” son efectivamente posibles²⁶⁶. A saber, no se establece un criterio general para identificarlas, ni tampoco se pone en duda la posibilidad de que no exista verdaderamente un problema en la calificación jurídica de un hecho dañoso²⁶⁷. En este sentido, se ha señalado que el ámbito de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, estaría tan bien delimitado y diferenciado el uno de otro, que no es factible un problema de interpretación jurídica²⁶⁸; porque todo hecho podría reconducirse al estatuto de responsabilidad que corresponda.

Por lo mismo, *“la tarea del jurista consiste en determinar cuál es la clase de contravención y, en consonancia, aplicar las reglas de uno y otro sistema, según sea el resultado lógico de la calificación”* (PASCUAL ESTEVILL, citado por ALONSO TRAVIESA, 2006: 52). Puesto que, conforme a esta posición doctrinaria, sólo *“la falta de rigurosidad y de un esfuerzo diferenciador”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 52) han ampliado las denominadas “zonas fronterizas” a situaciones en que efectivamente no hay doble calificación jurídica de un hecho²⁶⁹.

Esta posición crítica es relevante de reflexionar, dado que, su esencia es bastante similar a las conclusiones de la presente investigación. Pues, su argumento finalmente se traduce en concluir que, el problema del concurso de responsabilidad civil realmente no existe, porque una labor de interpretación más rigurosa debiera excluir la doble calificación jurídica de un hecho dañoso, y con ello, la superposición de los estatutos de responsabilidad. Mientras que, como se explicará en el último capítulo, el razonamiento de la presente investigación sigue la misma lógica para proponer una nueva interpretación del fenómeno investigado, pero tiene como fundamento la idea de distinguir los conceptos hecho y daño, para determinar si existe un verdadero concurso normativo de responsabilidad.

A pesar de todo, resulta interesante advertir que, tanto la postura que defiende el concepto de “zona fronteriza” o “zonas borrosas”, como aquellas que niegan su

²⁶⁶ ALONSO TRAVIESA (2006): 52.

²⁶⁷ PASCUAL ESTEVILL, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 52.

²⁶⁸ PASCUAL ESTEVILL, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 52.

²⁶⁹ GARNICA MARTIN, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 52.

existencia, sostienen que, el estudio de esta problemática demandará necesariamente una actividad de calificación o interpretación por parte del jurista o agente jurídico que corresponda²⁷⁰. Sea porque conforme a la norma jurídica, el hecho dañoso puede ser sujeto a doble calificación o sólo una, según sea el caso.

En consecuencia, es el intérprete quien está llamado a calificar jurídicamente el supuesto, como incumplimiento contractual, infracción al deber general de cuidado o como un caso de concurrencia de ambos estatutos de responsabilidad. Puesto que, por regla general no hay normas que prevean e identifiquen los casos de concurrencia y, posteriormente, solucionen este tipo de conflictos normativos²⁷¹.

Es más, es precisamente la falta de norma expresa lo que permite que exista la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil, ya que, sin ella no habría un supuesto de dudosa calificación jurídica. En este sentido, del estudio de nuestro propio Código Civil, observamos que falta tanto una norma para identificar los casos en que efectivamente se produce una “zona fronteriza”, como una norma que solucione la concurrencia de responsabilidad en que caso de que ésta ocurra²⁷².

Por consiguiente, para abordar la problemática de un concurso de responsabilidad civil, sólo puede recurrirse al estudio de la doctrina, e incorporación de dichas interpretaciones en la jurisprudencia, para obtener mayores respuestas²⁷³. No obstante, llama la atención que estas aproximaciones doctrinarias sean abordadas casuísticamente, tanto en el derecho chileno²⁷⁴ como extranjero²⁷⁵; más que establecer directrices generales para identificar supuesto de concurrencia, y posteriormente solucionarlos. Asimismo, también resulta llamativo destacar que, en dichos casos tratados tradicionalmente como “zonas fronterizas”, tampoco existe uniformidad o consenso para calificarlos como situaciones de concurso.

²⁷⁰ Por ejemplo: el juez, demandado, demandante, etc.

²⁷¹ En otras legislaciones si es posible encontrar normas para solucionar los casos de concurrencia. Por ejemplo, en Argentina está el artículo 1007 del Código Civil (argentino), que establece: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”. Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 53.

²⁷² ALONSO TRAVIESA (2006): 334.

²⁷³ ALONSO TRAVIESA (2006): 334.

²⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005); ALONSO TRAVIESA (2006): 139; BARROS BOURIE (2012): 1059; CORRAL TALCIANI (2003); PERÉZ BRAVO (2008); RODRÍGUEZ GREZ (2011): 201.

²⁷⁵ Díez-PICAZO (1999); Díez-PICAZO (2011); KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008).

Por estas razones, a continuación, se realizará una breve referencia a algunos ejemplos que autores nacionales y extranjeros, han tratado como zonas fronterizas. Considerando que, el propósito de este ejercicio es, enumerar algunos supuestos que han sido interpretados como casos de concurso, a pesar que en la presente investigación, se descarte tal alcance en cada uno de ellos, luego de reinterpretar el objeto de estudio como falso problema de interpretación jurídica.

i. Cuando las partes estipulan la procedencia de la concurrencia de responsabilidades²⁷⁶.

Según Alessandri²⁷⁷, es posible que las partes pacten la procedencia de un concurso de responsabilidades, con ocasión de una infracción contractual. Puesto que, no existe norma legal que prohíba a las partes pactar que, la responsabilidad del deudor que incumple se rija por las normas extracontractuales, o que el acreedor pueda optar entre ésta y la responsabilidad convencional²⁷⁸.

Por tanto, según su interpretación, cabe un concurso cada vez que exista incumplimiento contractual, y las partes hayan pactado que la responsabilidad del deudor se rija también por las normas del ámbito extracontractual²⁷⁹. Aún así, si existiera tal convención, pareciera ser que igualmente se está persiguiendo responsabilidad contractual, porque precisamente se perseguiría la responsabilidad en los términos pactados en el contrato.

ii. Cuando el incumplimiento de una obligación contractual constituye al mismo tiempo un delito o cuasidelito penal²⁸⁰.

Conforme a Alessandri²⁸¹, otro ejemplo de concurso son las situaciones en que el incumplimiento contractual importa simultáneamente la comisión de ilícito penal, ya que,

²⁷⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 68.

²⁷⁷ Este autor enumera los casos en los cuales considera que procede el “cúmulo” u “opción” de responsabilidad civil, evidenciado un tratamiento eminentemente casuístico de la problemática del concurso en nuestra doctrina. Los únicos casos en procedería sería: cuando las partes lo han pactado y si el incumplimiento supone la comisión de un delito o cuasidelito civil. Véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 68.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ (2011): 210.

²⁷⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 68.

²⁸⁰ Esta situación ocurriría en los casos del artículo 470, N°1 (delito de apropiación indebida) y artículo 491 (cuasidelito de negligencia médica o profesiones similares) del Código Penal. Véase Código Penal, artículos 470 y 491.

²⁸¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 68; CORRAL TALCIANI (2003): 36.

el interesado en hacer efectiva la responsabilidad civil, podrá elegir sin acumular, la vía de reparación contractual o extracontractual que más le beneficie, según las características del caso²⁸².

Es decir, *“el acreedor podrá invocar la responsabilidad contractual o la delictual o cuasidelictual, a su arbitrio, toda vez que del delito o cuasidelito cometido por el deudor nace una acción civil para obtener la restitución de la cosa o a su valor y la indemnización establecida en la ley a favor del perjudicado”* (RODRÍGUEZ GREZ, 2011: 210). Puesto que, podrá darse un concurso de responsabilidad en dicha indemnización²⁸³, si puede fundamentarse tanto por las normas de responsabilidad contractual y extracontractual²⁸⁴.

De cualquier modo, cabe mencionar que existe una postura doctrinaria distinta, que crítica lo explicado previamente, argumentando que *“esta tesis no tiene fundamento alguno, ya que el hecho de que un delito sea de naturaleza criminal no justifica el cambio de la naturaleza de la responsabilidad civil”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 325).

iii. Cuando un tercero beneficiario de una obligación contractual demanda los daños derivados de la infracción de un contrato, del cual no es parte²⁸⁵.

En derecho comparado, los casos más frecuentes de encontrar con esta figura son: *“la acción del destinatario de la mercadería al transportista, de subadquirente contra el fabricante o el vendedor anterior en una cadena de contratos traslativos de propiedad, y los damnificados indirectos de los daños a la persona derivados del transporte”* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2008: 45), entre otros.

A simple vista, el “beneficiario-víctima” sólo debería tener la acción de la responsabilidad aquiliana, debido a que no es parte en la obligación contractual. Sin embargo, los tribunales extranjeros²⁸⁶ han extendido el manto de aplicación de dichos contratos a este sujeto, porque comprenden que dicho daño sí deriva del incumplimiento de una relación

²⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 69.

²⁸³ Cabe recordar que, como el concurso de responsabilidad es un concurso que ocurre en sede indemnización de perjuicios porque supone casos en que un mismo supuesto pueda ser regulado por acciones de reparación contractual y extracontractual, no cabe hablar de concurso en acciones restitutorias o preventivas. Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

²⁸⁴ Código Procesal Penal, artículo 59.

²⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 45.

²⁸⁶ Por ejemplo, la Corte de Casación en Francia. Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 45.

contractual. Es decir, en este tipo de casos, se ha permitido en derecho comparado, que la víctima persiga la responsabilidad civil en sede convencional, aunque sean demandados terceros extraños al vínculo contractual²⁸⁷.

Con todo, estas situaciones asimilables a lo que nuestro derecho se conoce como “estipulación en favor de otro”²⁸⁸, para algunos autores no constituye más que una ficción o invención jurídica para beneficiar al tercero²⁸⁹. Pues, debido a esta interpretación, los beneficiarios víctimas de los daños debieran ceñirse al estatuto de responsabilidad civil que corresponda²⁹⁰, según si han manifestado algún tipo de voluntad para verse afectados al contrato celebrado por otros²⁹¹.

iv. Tutela aquiliana del crédito²⁹².

En primer lugar, se entiende por “tutela aquiliana del crédito”, aquellos supuestos en que un sujeto extraño, que tiene influencia en determinada relación contractual, actúe imposibilitando, personal o cooperativamente, el cumplimiento de una prestación²⁹³.

En dichos casos, se ha interpretado que el factor que atribuye responsabilidad al tercero²⁹⁴, sería esta “*obligación legal de no afectar a los derechos ajenos, cualquiera sea su origen, es decir, con independencia del hecho de que deriven de la ley o de un contrato*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 222). Empero, también se ha sostenido que la naturaleza de la responsabilidad del tercero cómplice del incumplimiento, se empareja al estatuto que regula al contratante incumplidor; por lo que podría responder de responsabilidad contractual²⁹⁵. De ahí que, aunque se sostenga que cabe un concurso de responsabilidad, no pareciera ser que existe una doble calificación jurídica del supuesto estudiado, sino una incertidumbre si corresponde reconducir la responsabilidad del tercero

²⁸⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 45.

²⁸⁸ Código Civil, artículo 1449.

²⁸⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 233.

²⁹⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 234.

²⁹¹ LEÓN HURTADO (1991): 167.

²⁹² ALONSO TRAVIESA (2006): 218.

²⁹³ DIEZ-PICAZO, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 218.

²⁹⁴ Es lo que en doctrina también se conoce como “efecto reflejo del contrato”. El negocio como hecho jurídico, es una realidad oponible a terceros, por ende, debe ser respetado por todos. Véase LÓPEZ SANTA MARÍA (2005): 341.

²⁹⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 224.

que interviene en una relación contractual ajena, al régimen contractual o extracontractual.

En derecho civil²⁹⁶ se pueden mencionar como ejemplos de estos supuestos, los casos de doble venta, doble concesión de derechos personales de uso, entre otros²⁹⁷. Para ilustrar, se puede indicar el caso de una doble venta; en la cual, el segundo adquirente que está en conocimiento de la celebración del primer contrato inscribe el título en el registro público respectivo, con anterioridad al primer comprador²⁹⁸.

v. Contratos celebrados en perjuicio de terceros.

Como su nombre lo indica, en esta hipótesis, dos contratantes celebran un determinado contrato, con el propósito de producirle un daño a un tercero²⁹⁹. Es decir, una persona extraña a la relación contractual sufrirá un perjuicio que es resultado directo e inmediato del contrato, lesionando un interés digno de protección jurídica³⁰⁰.

Conforme al principio de relatividad del contrato, todos estos terceros afectados sólo debieran tener la acción indemnizatoria que emana del estatuto aquiliano³⁰¹. Sin embargo, en esta materia se ha precisado que, es necesario distinguir la calidad jurídica del tercero³⁰², ya que, a ciertas personas se les puede extender la aplicación de las normas contractuales si tienen algún grado de interés en la relación jurídica³⁰³. Por ejemplo, existen algunos ordenamientos que consideran para estos efectos al causahabiente singular como “parte” del contrato, para que puedan prevalecerse del régimen de responsabilidad contractual³⁰⁴.

²⁹⁶ En nuestro derecho, también existe la figura de “intervención en el contrato ajeno”, en la Ley N°20.169 que regula los efectos de la competencia desleal. El artículo 4, letra f) de la ley señala: “*Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor*”. No obstante, para esta ley los perjuicios derivados de la competencia desleal se sancionan directamente con las normas del artículo Título XXXV del Libro IV del Código Civil (Responsabilidad Extracontractual).

²⁹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 48.

²⁹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 48.

²⁹⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 218-219.

³⁰⁰ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 219.

³⁰¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 220.

³⁰² ALONSO TRAVIESA (2006): 220.

³⁰³ En doctrina se distingue entre terceros absolutos y relativos. Los primeros serían aquellos a quienes no les afecta en nada el contrato o sus estipulaciones; mientras que, los segundos corresponden a aquellos que pueden verse afectados, por ejemplo: causahabientes, acreedores, etc. Véase ABELIUK MANASEVICH (1993): 107.

³⁰⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 221.

No obstante, este razonamiento no ha sido suficientemente justificado, ya que, los terceros en virtud del efecto relativo del contrato, sólo podrían dirigirse contra los contratantes por vía extracontractual. Por lo mismo, nuevamente surge el mismo obstáculo que se aprecia en los otros casos estudiados. Más que una doble calificación jurídica del hecho, se presentan dudas sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil que aplica, si el contrato se celebra con el objeto de perjudicar a un tercero.

vi. Responsabilidad médica, la llamada responsabilidad extracontractual derivada del contrato³⁰⁵.

No obstante que, sigue siendo una materia bastante discutida respecto a su forma de interpretación, según la doctrina y la jurisprudencia³⁰⁶, corresponden a los supuestos más frecuentes de calificar como “casos dudosos” o “zonas fronterizas”. Por eso, a la responsabilidad médica también se le conoce como la responsabilidad extracontractual derivada de un contrato.

En primer lugar, cabe hacer referencia a la definición clásica del contrato de prestaciones médicas, que señala: *“es aquél en cuya virtud el médico, en su calidad de profesional liberal, presta servicios a un enfermo, sea por requerimiento de éste o por un tercero”* (PÉREZ BRAVO, 2008: 118). Dicha prestación de servicios se entiende en términos bastantes amplios, pues se ha señalado que este contrato, le impone al médico la carga de realizar todas las gestiones necesarias³⁰⁷ para recuperar al enfermo³⁰⁸. Empero, en la actualidad dicha relación tradicional e individual que se daba entre el médico y el paciente, ha sido modificada y reemplazada por el ejercicio colectivo de la profesión o, por la aparición de grandes centros de salud, de carácter público o privado³⁰⁹.

Debido a la existencia de dicho vínculo contractual, gran parte de la doctrina ha estimado que la responsabilidad médica es, en su mayoría, de carácter civil convencional³¹⁰. Puesto

³⁰⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 306.

³⁰⁶ PÉREZ BRAVO (2008): 118.

³⁰⁷ En esta materia es muy importante la distinción de las obligaciones de medios y resultado. Pues, a pesar de que, en algunos casos, el médico no podrá obligarse a obtener como resultado la recuperación del paciente, *“sino a poner toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica”*. Véase ALONSO TRAVIESA (2006): 311.

³⁰⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 311.

³⁰⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 312.

³¹⁰ PÉREZ BRAVO (2008): 118; ALONSO TRAVIESA (2006): 314.

que, el principal fundamento de ésta se encuentra en la “*violación de una obligación previa entre el médico y el paciente*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 311), pactada en un contrato de prestaciones médicas.

No obstante, también existen casos de prestación de servicios de salud, en que se ha estimado que sólo procede la acción civil extracontractual³¹¹. Por ejemplo, la atención médica de urgencia, la realizada en contra de la voluntad del paciente o cuando éste no es capaz de manifestar su consentimiento, o casos en que víctima no es parte del contrato médico (estipulación en favor de otro o herederos del que sufre el daño).

Ahora bien, aunque existen diversas interpretaciones en esta materia, los casos de responsabilidad médica mencionados anteriormente, generalmente no importan un concurso de responsabilidad civil³¹². Puesto que, se ha estimado que procedería exclusivamente uno de los dos regímenes de indemnización. Sea porque no existe vínculo previo entre el médico y el paciente o, porque el daño no deriva de la infracción de un contrato médico³¹³.

Entonces, cabe preguntarse: ¿cuáles son los casos de prestación de servicios médicos, en que es evidente que estamos frente a una “zona fronteriza”, es decir, un hecho regulado tanto por las normas de responsabilidad civil convencional como de responsabilidad aquiliana? Al parecer, tampoco existe un criterio para identificar efectivamente los supuestos de concurrencia de responsabilidad civil en esta materia. A pesar de que, en responsabilidad médica, aparentemente sería más habitual que en otras materias, encontrar “zonas fronterizas”.

En nuestro derecho, la jurisprudencia es incierta en este punto, en tanto existen fallos en los cuales se reconoce con facilidad que existe un concurso de responsabilidad civil³¹⁴; y, otros que califican el caso de responsabilidad médica como contractual o extracontractual, según corresponda³¹⁵.

³¹¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 315.

³¹² ALONSO TRAVIESA (2006): 316.

³¹³ ALONSO TRAVIESA (2006): 315.

³¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago (1993); Corte de Apelaciones de Concepción (2000), confirmada por Corte Suprema (2002).

³¹⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel (1992); Corte Suprema (2001); Corte Suprema (1998).

Por tanto, existen fallos que reconocen claramente la concurrencia de responsabilidad en esta materia, por ejemplo: *“es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual, y al mismo tiempo de un delito o cuasidelito civil”*³¹⁶.

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Concepción, afirma lo siguiente: *“No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquéllos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano, y sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que exista vínculo contractual previo al daño”*³¹⁷.

Pero no se ha resuelto, en qué ocasiones las intervenciones quirúrgicas –o en otro tipo de prestaciones médicas– efectivamente se produce una concurrencia de responsabilidad civil; ya que, como ya se explicó en lo precedente, gran parte de dichos supuestos serán tratados como supuestos de responsabilidad civil convencional si mediaba un contrato previo.

No obstante, sólo cabe señalar que la materia no es pacífica³¹⁸, y en algunos casos específicos, la jurisprudencia ha entendido que existe concurso de responsabilidad civil. Incluso, en ciertas ocasiones le ha permitido a la víctima, la posibilidad de optar por el régimen de responsabilidad que más le acomode según las características del caso. Empero, también es posible encontrar interpretaciones doctrinarias³¹⁹ y jurisprudenciales³²⁰ distintas, ya que, postulan la calificación de la responsabilidad médica sólo como contractual o extracontractual, según las características del caso.

³¹⁶ Corte de Apelaciones de Concepción (2000), confirmada por Corte Suprema (2002).

³¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago (1993). En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción (2000), confirmada por Corte Suprema (2002).

³¹⁸ PÉREZ BRAVO (2008): 119.

³¹⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 314-315.

³²⁰ Corte Suprema (1933); Corte Suprema (1944); Corte Suprema (1991); Corte de Apelaciones de San Miguel (1992); Corte Suprema (1997); Corte Suprema (1998); Corte Suprema (2001).

Ahora bien, independiente de la interpretación que se sostenga, los casos de responsabilidad médica que han sido tratados como concurso de responsabilidad civil, pueden ser criticados de la misma forma que los casos anteriores. Esto es, por la incertidumbre o confusión que se genera en el momento de determinar cuál es el régimen de responsabilidad civil que corresponde. Empero, para efectos de esta investigación, lo relevante de analizar en estos casos, será el criterio utilizado para suponer la doble calificación jurídica. Puesto que, el análisis ha estado centrado en el hecho o actividad médica que generó el perjuicio, más que en el daño que se busca indemnizar.

En conjunto, cabe concluir que los supuestos de “zonas fronterizas” o “casos dudosos”, pueden ser más amplios o restringidos, según sea la forma en que se interpreten los ámbitos de aplicación de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual³²¹. Puesto que, tratándose de supuestos de dudosa calificación jurídica, si se expanden las fronteras de alguno de los dos estatutos, aumentan las zonas de contacto entre ambos regímenes de responsabilidad civil³²².

Sin embargo, lo relevante para efectos de este trabajo, será la definición de “zona fronteriza”, porque permite analizar si es teóricamente posible un concurso de responsabilidad civil. Considerando que, ha sido insuficiente una aproximación meramente casuística de la problemática a estudiar, si no es posible identificar con claridad los casos en que verdaderamente hay un supuesto dañoso subsumible a ambos regímenes de responsabilidad civil.

En otras palabras, lo que realmente se pretende en esta investigación es establecer en términos generales y abstractos, si efectivamente es posible que *“determinado acto dañoso sea susceptible de conformar el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 332). Puesto que, de lo anteriormente expuesto, se evidencia que el tratamiento de las zonas fronterizas ha sido más bien antojadizo, y sin mayor justificación del por qué determinados hechos si son amparados por ambos estatutos de responsabilidad civil simultáneamente.

³²¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 327.

³²² Véase discusión sobre el régimen general de responsabilidad desarrollado en: Evolución de la concepción o definición del problema de la concurrencia de responsabilidad civil.

Para lograr dicho objetivo, incorporaré en el análisis del fenómeno, lo desarrollado por la ciencia jurídica respecto de los concursos normativos, dado que, pareciera ser el camino más idóneo para cuestionar y posteriormente resolver, si es teóricamente posible el problema investigado. Con todo, antes de proceder con dicho análisis, es necesario referirse a la segunda fase del problema, consistente en las teorías de solución elaboradas por la doctrina civilista, para resolver los casos en que se asume la existencia de concurrencia de responsabilidad civil.

iv. Teorías doctrinarias desarrolladas para solucionar los casos en que procede la concurrencia de responsabilidad civil.

Para recapitular, la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil actualmente es concebida como un “caso de dudosa calificación jurídica”, ya que, ocurriría cada vez que se produce un hecho que es igualmente subsumible, tanto a la regulación normativa de la responsabilidad civil contractual, como extracontractual. Por esto, lo primero que se debe hacer es, identificar los casos en que es posible esta doble calificación; para luego, reconducirlos a las normas de responsabilidad civil que correspondan, evitando así una doble indemnización.

En las secciones anteriores, ya he me referido a la primera faceta del problema, y con independencia de que, en este trabajo posteriormente se volverá a discutir si procede o no teóricamente la doble calificación jurídica de un mismo supuesto de hecho. Por el momento, se aceptará temporalmente que esto si sería posible, y que ocurre en determinados casos especiales llamados “zonas fronterizas” o “casos dudosos”, cuyos ejemplos fueron expuestos en la sección anterior.

Sin embargo, si la doble calificación jurídica de un mismo supuesto fuera posible y, las llamadas zonas fronterizas realmente ocurrieran, surge un nuevo problema, que consiste en decidir qué estatuto de responsabilidad civil deberá elegirse para evitar una doble indemnización del daño. Por esta razón, surgen en doctrina distintas teorías de solución al problema de la concurrencia de responsabilidad, cuyo principal objetivo es determinar a qué estatuto debe reconducirse un hecho, cuando ha sido regulado simultáneamente por ambos regímenes de responsabilidad.

Hasta la fecha, se han desarrollado principalmente tres teorías, que proponen distintas formas de resolver esta problemática jurídica. Cada una de ellas, ha tenido partidarios en nuestra doctrina nacional³²³ y en la jurisprudencia chilena³²⁴, pero ninguna ha sido aceptada unánimemente como la correcta forma de solución de los casos de concurrencia³²⁵. Asimismo, también es útil tener presente que, las diferencias que se pueden apreciar entre unas y otras, van de la mano con el concepto que adopten los autores que la tratan y el uso del lenguaje que utilicen; lo cual, no fue siempre realizado de la forma más precisa³²⁶.

Para facilitar la explicación de estas teorías, adoptaré el esquema elaborado por la autora Alonso Traviesa, en su libro “El problema de la concurrencia de responsabilidades”. El cual propone clasificar las teorías de solución propuestas, según si consisten en un concurso de acciones o de normas jurídicas³²⁷. En la primera categoría, se ubicarán la teoría de la opción y la teoría de la incompatibilidad. Mientras que, en la segunda categoría, sólo se ubicará la teoría del mismo nombre.

i. Teorías que proponen un concurso de acciones.

El concurso de acciones o pretensiones ocurre *“cuando en base a unos mismos hechos, el demandante puede configurar una petición, delimitando su acción en forma distinta”* (BERZOSA FRANCO, citado por RODRÍGUEZ ROMERO, 2013: 210). Pueden ser clasificados en concursos de acciones propios o impropios³²⁸, según si los efectos jurídicos se excluyen entre sí³²⁹.

En materia de responsabilidad civil, el concurso de acciones sería propio, debido a que ambas acciones se proponen el mismo fin, que es la indemnización de un daño³³⁰. Por lo mismo, *“una vez satisfecha la indemnización por una vía no podrá interponerse la otra*

³²³ ALONSO TRAVIESA (2006): 393-394; CORRAL TALCIANI (2003): 9; PÉREZ BRAVO (2008): 114; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 204.

³²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago (1993); Fisco de Chile con Pedro Antolín Rojas Oyarce (2007); Claudio Silvano Jara Ferrada con Isapre CONSALUD S.A. (2014); Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros. (2015); Ricardo Hernán Ubilla Cáceres con Isapre BANMÉDICA S.A. (2016); Concretos Celulares Hormicel Ltda. y otro con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y otro (2016).

³²⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 510-511.

³²⁶ ALONSO TRAVIESA (2006): 389.

³²⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 393.

³²⁸ “Las pretensiones son diversas y no son excluyentes entre sí”. Véase BARROS BOURIE (2012): 1056.

³²⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 394.

³³⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 395.

acción, dado que faltará el interés jurídico necesario para exigir la tutela jurisdiccional” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 395).

Por consiguiente, las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual serán normativamente diferentes, porque una excluye la otra. Dicha desigualdad, se podrá explicar desde una perspectiva sustancial, visto que, la aplicación de un régimen u otro genera diversas consecuencias jurídicas en algunos aspectos³³¹; y desde una perspectiva procesal, porque el fundamento normativo de ambas será distinto³³².

Entonces, considerando que las acciones indemnizatorias serán normativamente diversas, según el estatuto de responsabilidad civil que se invoque y que, en los supuestos de concurso de responsabilidad civil, concurrirán conjuntamente a favor del perjudicado para exigir la reparación del daño, se debe decidir si la víctima tiene posibilidad de elegir la acción que más le beneficie³³³. Por esta razón, en este grupo surgen dos teorías opuestas, la teoría de la opción y la teoría de la incompatibilidad.

a. Teoría de la opción.

Para comenzar, es necesario indicar que esta teoría entiende el conflicto de la concurrencia de responsabilidad como aquella situación en que *“sí se prescinde mentalmente de la existencia del estatuto extracontractual, podría aplicarse sin problemas y con todas las exigencias el régimen legal de indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales”* (CORRAL TALCIANI, 2010: 639). Por esta razón, se concluye que el concurso de responsabilidad sería el fenómeno en que, existiendo identidad legal de partes, existe también una *“doble ilicitud del hecho dañoso”* (PÉREZ BRAVO, 2008: 114).

Con esto presente, cabe señalar que la teoría de la opción resuelve que, frente a un concurso de acciones de responsabilidad civil, el que sufre el daño puede elegir el estatuto de responsabilidad que más le beneficie, según sean las características del

³³¹ Diferencias en aspectos de daños indemnizables, prueba, estándar de culpa, plazos de prescripción, etc. Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

³³² Se refiere a la “causa pretendi” o causa de pedir de la acción deducida, entendida como el fundamento jurídico inmediato del derecho deducido en juicio. Véase Código de Procedimiento Civil, artículo 177.

³³³ ALONSO TRAVIESA (2006): 397.

caso³³⁴. Al efecto, se ha señalado que *“el perjudicado entonces, puede exigir la tutela jurídica por cualquiera de las dos vías, dado que la existencia de la violación de una obligación contractual no excluye la procedencia de la acción aquiliana”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 398).

Aun así, por lo general, el único límite que existirá para esta teoría es, que las acciones de responsabilidad no se podrán impetrar simultáneamente, *“salvo que las incoe conjuntamente mediante la acumulación subsidiaria –o alternativa– de acciones”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 398). No obstante, el autor Corral Talciani, afirma que podrían existir otro tipo de límites sustantivos para la aplicación la opción. Por ejemplo, los casos en que las partes expresamente excluyen el régimen aquiliano o pacten expresamente la improcedencia del régimen aquiliano, en ocasión de un perjuicio. O bien, cuando el daño generado *“es producto de riesgos cuya asunción fue materia u objeto del contrato”* (CORRAL TALCIANI, 2010: 651).

Luego, para justificar la posibilidad de elección entre las acciones, en doctrina se han esgrimido principalmente dos fundamentos de carácter práctico. A saber, propender a la mayor protección de la víctima posible y, evitar inequidades entre el tratamiento de las víctimas directas e indirectas³³⁵.

En cuanto al primer fundamento, se ha señalado que, gracias a la teoría de la opción, *“se produce una mayor protección de las víctimas, sin desnaturalizar la regulación contractual ni tampoco atentar contra la seguridad jurídica”* (CORRAL TALCIANI, 2010: 650). De hecho, se propone el rechazo total de la primacía del contrato sobre la responsabilidad extracontractual, ya que, sólo por esta vía de solución, la víctima de un daño puede elegir el camino que más le convenga³³⁶.

Por otro lado, también se arguye que, gracias a esta teoría, se establece una situación de verdadera igualdad entre las distintas víctimas. Puesto que, no habría distinción entre lesionados que están amparados directamente por el manto de un contrato, y aquellos

³³⁴ PERÉZ BRAVO (2008): 114.

³³⁵ CORRAL TALCIANI (2010): 650.

³³⁶ CORRAL TALCIANI (2010): 651.

que están amparados por las normas de indemnización aquiliana, que les permite una reparación integral del daño ocasionado³³⁷.

Ahora bien, a pesar de que esta tesis tiene gran acogida³³⁸, es objeto de diversas críticas. Entre las cuales cabe mencionar: i) el desconocimiento del ordenamiento jurídico y el real contenido de la relación obligatoria, ya que, supone un claro beneficio de la víctima en desmedro de la posición del deudor³³⁹; ii) conceder al lesionado plena libertad de elegir la vía resarcitoria, implica a su vez, aceptar la libertad de violar el contrato celebrado³⁴⁰; y por último, iii) que en términos procesales, si las acciones son distintas, se producen graves inconvenientes con los principios de economía procesal y seguridad jurídica, dado que, se permite la posibilidad de incoar procedimientos continuados si no se está satisfecho con el rechazo de una acción³⁴¹.

b. Teoría de la absorción o incompatibilidad.

Esta teoría surge como un rechazo a la tesis anterior, entendiendo que las esferas de responsabilidad contractual y extracontractual son incompatibles entre sí³⁴². Es decir, se rechaza que el actor escoja entre un régimen u otro, porque si un daño se produce dentro del ámbito de un contrato, sólo se puede pedir indemnización por una acción de responsabilidad contractual³⁴³. Sin embargo, se asimila a la teoría anterior en el hecho de que ambas reconocen pretensiones diversas en los regímenes de responsabilidad convencional y aquiliana³⁴⁴.

Conforme a esta postura, el rechazo a la tesis de la opción se produce porque no cabría pensar en una doble posibilidad de acciones de responsabilidad civil³⁴⁵. Puesto que, en el caso de que un perjuicio se verifique a propósito de lo regulado por las partes en un contrato, necesariamente se excluye la acción responsabilidad extracontractual, porque prima la convención previa³⁴⁶.

³³⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 407; BARROS BOURIE (2012): 1057.

³³⁸ ABELIUK MANASEVICH (1993): 767; ALESSANDRI RODRIGUEZ (2005): 69; CORRAL TALCIANI (2010): 648.

³³⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 410.

³⁴⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 412.

³⁴¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 413.

³⁴² PÉREZ BRAVO (2008): 115.

³⁴³ ALONSO TRAVIESA (2006): 410.

³⁴⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 414.

³⁴⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 410.

³⁴⁶ PÉREZ BRAVO (2008): 115; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 204.

El fundamento de esta teoría radica en que la pretensión es distinta según el régimen de responsabilidad civil que corresponda, debido a que *“cada una tiene su ámbito de aplicación específico y por lo tanto no procede la opción de elegir entre un ordenamiento u otro. Mas bien, cabe conducir la pretensión a la esfera que pertenece”* (PÉREZ BRAVO, 2008: 116).

En este sentido, el principal argumento que justifica esta interpretación es el denominado principio de la *“primacía del contrato”*³⁴⁷. Principio que propone la preeminencia de la relación contractual, por sobre el régimen de responsabilidad aquiliano, debido a que *“contractualmente se puede regular conductas que de lo contrario estarían sujetas a un estatuto legal de responsabilidad”* (BARROS BOURIE, 2012: 1058).

Por consiguiente, si procediera un concurso de acciones, el principio que resuelve dicho concurso será la primacía del contrato, porque éste se entenderá como *“un instrumento para que las partes ordenen sus relaciones recíprocas, dejando sin efecto el derecho dispositivo vigente”* (BARROS BOURIE, 2012: 1058).

De hecho, en esta teoría también se ha esgrimido como argumento para fortalecer la idea de la primacía del contrato que, las partes, al celebrar un contrato, han manifestado una voluntad tácita de apartarse de las normas de responsabilidad extracontractual. Renunciando conjuntamente a sus normas, a la acción de indemnización extracontractual³⁴⁸.

Asimismo, también se argumenta que esta solución representa una mayor coherencia con el sistema responsabilidad civil dual³⁴⁹. Pues, si se considera que el régimen general de responsabilidad³⁵⁰ es el estatuto extracontractual; conforme al principio de interpretación *“lex specialis derogat generalis”* o de especialidad³⁵¹, el contrato que vendría a ser la norma más específica debe prevalecer sobre la regulación general para estos efectos³⁵².

³⁴⁷ BARROS BOURIE (2012): 1057.

³⁴⁸ CORRAL TALCIANI (2010): 645.

³⁴⁹ CORRAL TALCIANI (2010): 645.

³⁵⁰ Para esta teoría está resuelta la discusión del régimen general de responsabilidad civil; puesto que, es necesario concebir el contrato como una norma especial, elegida por los contratantes.

³⁵¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 422.

³⁵² CORRAL TALCIANI (2010): 645.

Por último, esta teoría también se hace cargo de la crítica formulada a la “opción”, afirmando que la elección se traduce en una completa vulneración a la norma del contrato³⁵³. Es decir, una solución diferente significaría “*privar a las convenciones de toda fuerza obligatoria*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 421); lo que resulta contrario no sólo a la voluntad de las partes, sino también a la del legislador³⁵⁴. Por añadidura, y a modo de complemento, también se agrega que la tesis de la incompatibilidad es indispensable para proteger la seguridad jurídica³⁵⁵. Esto debido a que las “*partes saben con certidumbre qué estatuto les será aplicable en caso de incumplimiento contractual*” (CORRAL TALCIANI, 2010: 647).

En suma, para esta teoría “*cuando un hecho puede ser calificado, a la vez, de incumplimiento contractual y de ilícito extracontractual, se debe asumir que las disposiciones contractuales expresas prevalecen sobre el derecho general de la responsabilidad civil*” (BARROS BOURIE, 2012: 1058).

En consecuencia, adoptar la teoría de la incompatibilidad o absorción, traerá como resultado la minimización máxima del problema de la concurrencia de responsabilidad civil; dado que, desde un punto de vista sustantivo, “*si se obliga a las partes a situar el daño en la órbita que le corresponde y se establecen criterios de delimitación entre ambos órdenes, los supuestos de dudosa calificación jurídica sino desaparecen, por lo menos, se reducen significativamente, desde que cada sistema tiene un campo de actuación específico*” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 424). Es decir, incentiva la delimitación de las esferas o ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Por lo mismo, se ha señalado que dogmáticamente, sería la tesis más correcta³⁵⁶. Puesto que, respeta la estructura dual de la responsabilidad civil, consagrada en los sistemas binarios de reparación del daño y, reconoce el verdadero ámbito de la responsabilidad convencional³⁵⁷.

Ahora bien, esta teoría tampoco se encuentra exenta de críticas. A saber: i) la rigidez que propone en la interpretación de las normas contractuales y extracontractuales conlleva a

³⁵³ RODRÍGUEZ GREZ (2011): 204.

³⁵⁴ Código Civil, artículo 1545.

³⁵⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 421; CORRAL TALCIANI (2010): 647.

³⁵⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000): 641; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 204.

³⁵⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 423.

soluciones inequitativas³⁵⁸ entre las víctimas³⁵⁹; ii) debido a la fuerte tendencia de unificar los regímenes de responsabilidad civil en diversas materias³⁶⁰, ya no tendría justificación proteger la distinción entre el ámbito contractual y extracontractual³⁶¹; iii) y, por último, se señala que para ciertas “zonas fronterizas”, los daños ocasionados fuera del núcleo contractual propiamente tal³⁶², podrían ser indemnizados de una mejor forma, si se invocarán las normas de responsabilidad extracontractual³⁶³.

Por tanto, siendo insatisfactorias ambas teorías de solución ya expuestas, aparece una última postura que aparentemente resolvería de mejor manera, el problema de la concurrencia de responsabilidad civil. Esta es, la concurrencia de normas y se expone a continuación.

ii. Teoría que propone un concurso de normas.

En esta categoría, el punto de partida es esencialmente distinto al de las teorías anteriores, pues presupone que ambos estatutos de responsabilidad comparten una pretensión única, que es la reparación del daño³⁶⁴.

Es decir, en virtud de que la acción de responsabilidad es una sola, *“perfectamente pueden ser aplicables al supuesto de hecho, normas propias de la responsabilidad contractual en ciertos aspectos y normas de la responsabilidad extracontractual para otros”* (CORRAL TALCIANI, 2003: 34). De ahí que, si se acepta que existen supuestos de dudosa calificación jurídica, se debe optar por elegir esta teoría de solución de conflicto, visto que, esta interpretación explica que un hecho pueda ser subsumido igualmente por distintas normas jurídicas³⁶⁵.

Esta teoría proviene del derecho alemán³⁶⁶, y tiene por fundamento la unidad procesal de la acción indemnizatoria, por cuanto *“la víctima al demandar no ejercita varias*

³⁵⁸ CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 431.

³⁵⁹ Por ejemplo, se producirían profundas diferencias en la indemnización de la víctima contratante, y otras víctimas indirectas de hecho dañador que se ampararían en un régimen que permite la reparación integral.

³⁶⁰ Por ejemplo, la cabida del daño moral en sede de responsabilidad contractual.

³⁶¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 432.

³⁶² Por ejemplo, se menciona el caso en que existe un atentado físico en contra de alguno de los contratantes. La responsabilidad convencional no sería suficiente para reparar daños que exceden el incumplimiento de la obligación contractual. Véase ALONSO TRAVIESA (2006): 432.

³⁶³ ALONSO TRAVIESA (2006): 432.

³⁶⁴ PÉREZ BRAVO (2008): 117.

³⁶⁵ RODRÍGUEZ ROMERO (2013): 208.

³⁶⁶ PÉREZ BRAVO (2008): 117.

pretensiones, sino que una sola: la acción de resarcimiento de los daños” (ALONSO TRAVIESA, 2006: 463). En consecuencia, la calificación jurídica que realice la víctima en su demanda no será obligatoria para el juez³⁶⁷, ya que, será el sentenciador quién determine las normas aplicables al caso³⁶⁸.

Con todo, en la versión alemana, la discusión se centra en determinar si la unidad de la pretensión también será de índole material. Puesto que, teóricamente la entidad de la acción de resarcimiento, sólo se deduce de normas procesales de dicho ordenamiento³⁶⁹. En este sentido, la pregunta relevante será si los aspectos regulados en la norma sustantiva, como cesión de la acción, renuncia, prescripción, puede hacerse conjuntamente³⁷⁰.

No obstante, existe otra versión de la teoría del concurso de normas, acogida en el derecho hispano³⁷¹, en que la discusión se centra en justificar la unidad procesal de la acción, de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual³⁷². Por consiguiente, se concluye que si la *“causa pretendi no está compuesta por la calificación jurídica de los hechos (...), el juez, en virtud del principio del iura novit curia³⁷³, no está atado a la fundamentación jurídica alegada por las partes”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 464).

Por tanto, e independiente de si la discusión gira en torno la entidad de la acción por normas procesales o sustantivas, lo importante para esta teoría, será la unidad de la pretensión en la acción indemnizatoria. Ahora bien, si nos concentramos únicamente en el contenido de la teoría del concurso de normas, se debe precisar que en materia civil³⁷⁴ existiría *“cuando, de unos mismos hechos se solicita la misma petición jurídica, pero fundada en normativas diferentes”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 467).

³⁶⁷ PÉREZ BRAVO (2008): 117.

³⁶⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 463.

³⁶⁹ CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 463.

³⁷⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 463.

³⁷¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 464.

³⁷² ALONSO TRAVIESA (2006): 464.

³⁷³ Principio que prescribe el poder del juez para aportar el material jurídico en la controversia, en este caso, modificar la calificación jurídica de los hechos. Véase RODRÍGUEZ ROMERO (2013): 229.

³⁷⁴ El contenido de la teoría del concurso de normas tiene su origen en el derecho penal. Naciendo de análisis en que determinado hecho puede ser susceptible de incorporarse en varios tipos de penales, pero de los cuales sólo uno de ellos tiene valoración completa de la conducta, y, por ende, ser aplicable. Se trata de los concursos de delitos. Véase ALONSO TRAVIESA (2006): 467.

Así pues, sólo será posible pensar en supuestos de concurrencia normativa, en aquellas *“hipótesis en que un hecho es reconducible a dos o más normas, siempre y cuando éstas impliquen las mismas consecuencias jurídicas”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 467). Por el contrario, se tratará de una hipótesis de concurso de acciones, cuando los efectos establecidos por las normas que concurren sean diferentes³⁷⁵.

Por esta razón, las posturas que conceptualizan el problema de la concurrencia de responsabilidad civil como un supuesto de dudosa calificación jurídica, consideran que en las llamadas “zonas fronterizas” o “casos dudosos”, se está frente a un concurso de normas de responsabilidad civil³⁷⁶. Pues, la acción indemnizatoria es indivisible, si se determina que se está en *“presencia de un daño único, que recae sobre un interés único (...), y producido por un hecho único”* (DE CUPIS, citado por ALONSO TRAVIESA, 2006: 468).

En este sentido, también será relevante señalar que, la teoría del concurso de normas conlleva a suponer una influencia recíproca entre ambos campos de responsabilidad civil. Porque, a pesar de que se aboga por una unidad en la pretensión indemnizatoria de la responsabilidad convencional y aquiliana, *“existen diferencias de régimen que no pueden ser negadas, y que se deben coordinar a fin de evitar desarmonías del sistema general”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 476).

Por lo mismo, se afirma que, las normas concurrentes deberán ser interpretadas de tal forma que se evite un conflicto o antinomia, ya que, como también se ha explicado, esta será la consecuencia lógica, si las normas concurrentes pertenecen a estatutos de responsabilidad regulados normativamente de forma distinta³⁷⁷.

Con todo, de lo expuesto previamente, cabe concluir que la teoría de solución más apropiada para comprender el concurso de responsabilidad civil es la que propone el concurso de normas. Puesto que, sólo ésta explica el problema investigado como un problema de dudosa calificación jurídica, generado por la concurrencia de diferentes normas de responsabilidad civil reparatorias, que surgen simultáneamente del mismo

³⁷⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 468.

³⁷⁶ ALONSO TRAVIESA (2006): 468.

³⁷⁷ ALONSO TRAVIESA (2006): 476.

supuesto de hecho y, que comparten una única pretensión, consistente en la indemnización de un daño³⁷⁸.

Por consiguiente, cabe preguntarse nuevamente, si efectivamente puede un mismo daño, subsumirse al mismo tiempo, bajo las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Considerando que, sólo en caso de que ello pueda contestarse afirmativamente, será necesario evaluar cómo se reconducirá el supuesto, a la aplicación de uno de los dos regímenes para evitar una doble indemnización.

En otras palabras, aún es necesario hacerse cargo de la interrogante pendiente, respecto a si es verdaderamente posible que, en un sistema de responsabilidad dualista, las normas de responsabilidad civil convencional y aquiliana coincidan, simultáneamente en todos sus elementos, especialmente en el daño, para efectos de determinar si efectivamente se produce un concurso. Pues, esto no ha sido desarrollado por ninguna de las teorías de solución ya expuestas o, en la justificación de alguna de las zonas fronterizas.

Como ya se había mencionado, para responder dicha pregunta, se recurrirá a lo desarrollado por la ciencia jurídica en materia de concursos normativos, dado que, sólo gracias a la incorporación de dichos conocimientos, es posible reflexionar en términos abstractos sobre el concurso de normas jurídicas que supuestamente se produce en la concurrencia de responsabilidad civil³⁷⁹.

Al mismo tiempo, será necesario distinguir los diversos elementos de la responsabilidad civil, principalmente el hecho y daño propiamente tal. Porque en el capítulo siguiente, se evaluarán los concursos de normas en términos generales. Para luego, aplicar dicho conocimiento en materia de concurrencia de responsabilidad. Así pues, deberá determinarse en qué elemento de las normas de responsabilidad civil, podría verificarse una regulación simultánea por ambos estatutos.

En consecuencia, una vez expuesto el concepto de concurso de normas desarrollado por la ciencia jurídica, podrá repensarse la problemática de estudio. Más aún, si se tiene

³⁷⁸ Véase Concurrencia de responsabilidad conceptualizado como un caso de dudosa calificación jurídica.

³⁷⁹ Véase Concurrencia de normas: un problema de interpretación jurídica.

presente que, en nuestro derecho existe una doble regulación del daño y, que es posible distinguir los elementos hecho y perjuicios, en un análisis de concurso de normas jurídicas.

CAPÍTULO TERCERO.

“Conflicto de Normas”: aproximaciones desde la Ciencia Jurídica.

i. Concurrencia de normas: un problema de interpretación jurídica.

En síntesis, conforme a la doctrina moderna, el problema del concurso de responsabilidad civil consiste en un conflicto de normas jurídicas, ya que, se concibe como un “supuesto de dudosa calificación jurídica”³⁸⁰, en el cual un mismo hecho, es igualmente subsumible a las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual³⁸¹. Por esta razón, existirían las llamadas “zonas fronterizas” o “casos dudosos”, en los cuales los ámbitos de responsabilidad civil convencional y aquiliano, se encuentran y regulan conjuntamente, un mismo supuesto de hecho.

Sin embargo, aún cabe preguntarse, qué es un concurso de normas y cómo se aplicaría tal concepto en la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil. Puesto que, la generalidad de la doctrina civilista estudiada³⁸², no ha explicado de qué forma aplicaría tal concepto en el fenómeno de la concurrencia de responsabilidad civil o, gracias a qué elemento de la norma de responsabilidad, precisamente se produce el concurso normativo en cuestión; generando de tal forma, un vacío imposible de remediar con lo analizado por esta área del derecho.

En efecto, la doctrina civilista sólo se ha limitado a utilizar la noción “concurso de normas”, para explicar el problema de la concurrencia de responsabilidad civil o bien, ofrecer una alternativa de solución para dicho fenómeno. Pero no se ha hecho cargo de las interrogantes anteriores. Por el contrario, le ha restado importancia a solucionar este problema de interpretación, desde un punto de vista puramente conceptual o lógico, porque aparentemente no conduciría a un resultado concluyente³⁸³.

En consecuencia, en el presente trabajo de investigación, en el que se advierte la existencia de este vacío en el conocimiento y se cree que podría aportar en la discusión

³⁸⁰ Véase Concurrencia de responsabilidad conceptualizado como un caso de dudosa calificación jurídica.

³⁸¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 51; CORRAL TALCIANI (2003): 34.

³⁸² CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 24; CORRAL TALCIANI (2003): 29; CORRAL TALCIANI (2010): 639-653; PÉREZ BRAVO (2008): 117.

³⁸³ BARROS BOURIE (2012): 1060.

de la concurrencia de responsabilidad civil, incorporar un análisis del concurso de normas en términos teóricos, se dedicará a continuación un capítulo a este tema, abordado desde los estudios de la ciencia jurídica. El propósito de esto consiste en agregar las herramientas desarrolladas por la dogmática jurídica al estudio del problema del concurso de responsabilidad civil, y repensar la problemática desde sus cimientos. Para finalmente, responder si efectivamente es posible que ella ocurra en un sistema de responsabilidad civil dualista o bicéfalo, como el que existe en nuestro derecho.

Entonces, para lograr el objetivo propuesto, este título tendrá la siguiente estructura. En primer lugar, se tratará el concepto “concurso normativo” o “concurso de normas” y sus clasificaciones, conforme a las diversas consecuencias jurídicas que pueden producir los distintos tipos de concurrencias normativas³⁸⁴. Entre éstos, el más importante será el conocido por la dogmática como “conflicto de normas” o “antinomias”³⁸⁵, pues es la que se ha vinculado con la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil. Posteriormente, se desarrollará el concepto de conflictos normativos, distinguiéndose entre las antinomias reales y aparentes³⁸⁶. Para finalizar con una tercera sección, dedicada a la aplicación de todo este conocimiento en la discusión del concurso de responsabilidad civil, para resolver definitivamente si es realmente posible que ocurra el problema de la concurrencia de responsabilidad.

i. Concurso de normas jurídicas³⁸⁷.

El concurso o concurrencia de normas jurídicas se define como aquella situación en que *“dos o más normas jurídicas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, son aplicables a las mismas circunstancias fácticas, pues el supuesto de hecho de cada una de las normas está realizado en el hecho concreto”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 62). O bien, como aquél *“supuesto de hecho en que varias normas jurídicas pueden comprenderse plena o parcialmente, del modo que el mismo hecho sea comprendido por todos ellos”* (LARENZ, citado por RODRÍGUEZ ROMERO, 2013: 208).

³⁸⁴ Esta sería la clasificación más tradicional que la dogmática ha realizado en torno al concurso de normas jurídicas. Véase NINO (2003): 272; ROSS (1970): 124.

³⁸⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

³⁸⁶ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

³⁸⁷ En adelante, los conceptos “concurso” o “concurrencia de normas jurídicas”, serán utilizados como sinónimos para referirse al género que contiene a la especie: “conflicto de normas” o “antinomias”.

Dentro de este gran género, que en la dogmática tradicional se identificó con los problemas de interpretación jurídica de tipo lógico³⁸⁸ –porque se “*refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones en determinado contexto*” (Ross, 1970: 124) – se pueden distinguir dos grandes categorías³⁸⁹.

Por un lado, estarán los concursos normativos en los que las disposiciones concurrentes, producen efectos idénticos para el mismo supuesto de hecho³⁹⁰; caso que no plantea mayores obstáculos en su interpretación, ya que, sólo existe una reiteración en la regulación³⁹¹. Y, por otra parte, estarán los concursos normativos que se producen entre normas que regulan, diferentes consecuencias jurídicas para el mismo supuesto de hecho³⁹². Estos últimos, serán problemas de interpretación más difíciles de solucionar, porque las normas concurrentes podrán excluirse, alternarse o acumularse, según corresponda³⁹³. De ahí que, dentro del grupo de concurrencia normativa con efectos diferentes, puedan subdistinguirse los concursos excluyentes y no excluyentes³⁹⁴.

Así pues, en lo que sigue, se tratará con mayor profundidad cada una de las especies de concurrencia normativa. Para luego explicar con detención, el tipo de concurso que se relaciona con la problemática de estudio. Esto es, la concurrencia excluyente.

a. Concurrencia normativa entre normas que contemplan consecuencias jurídicas iguales³⁹⁵.

Este sería el caso en el cual, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, se regulan de diversas formas, soluciones compatibles e idénticas, para la misma situación³⁹⁶. Es decir, habría una regulación excesiva para un único supuesto de hecho³⁹⁷. Por esta razón, también se les conoce como “redundancias normativas”, ya que, “*se configura si ambas*

³⁸⁸ Lógico en contraposición a “semántico”. Es decir, que no derivan de meras imprecisiones del lenguaje en que se expresa la norma. Véase NINO (2003): 272; Ross (1970): 124.

³⁸⁹ NINO (2003): 279.

³⁹⁰ Para Alf Ross, este sería el problema de interpretación de “redundancia”; el cual se debe solucionar igual que los otros problemas lógicos de interpretación, pues debe existir una presuposición general en el sistema jurídico de que no existirán las redundancias. Véase Ross (1970): 128.

³⁹¹ DÍAZ TOLOSA (2014): 62.

³⁹² DÍAZ TOLOSA (2014): 62.

³⁹³ DÍAZ TOLOSA (2014): 63.

³⁹⁴ DÍAZ TOLOSA (2014): 62.

³⁹⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 62.

³⁹⁶ NINO (2003): 279.

³⁹⁷ NINO (2003): 279.

normas se refieren al mismo caso, y establecen la misma solución para ese caso” (DÍAZ TOLOSA, 2014: 63).

Este tipo de concurrencia generalmente no plantea mayores problemas³⁹⁸, *“pues las distintas regulaciones sólo vienen a enfatizar el fundamento de la consecuencia jurídica” (DÍAZ TOLOSA, 2014: 63).* No obstante, también se ha señalado que, *“para la redundancia tampoco hay una solución mecánica” (ROSS, 1970: 128),* dado que, *“la decisión³⁹⁹ tiene que basarse en consideraciones generales diversas, entre las cuales se encuentra la presuposición general de que no hay redundancias” (ROSS, 1970: 128).*

b. Concurrencia de normativa entre normas que generan consecuencias jurídicas diferentes⁴⁰⁰.

A diferencia de lo que ocurre en el tipo de concurso anterior, en estos casos de concurrencia, se regulan consecuencias jurídicas diferentes, para un mismo supuesto de hecho.

Según las características específicas del caso, puede suceder que las consecuencias jurídicas contempladas por las normas concurrentes demanden, una eliminación mutua, una aplicación conjunta o alternativa⁴⁰¹. Por ende, este tipo de concurrencia se puede subclasificar según si las normas son excluyentes o no excluyentes.

c. Concurrencia normativa no excluyente. Concursos acumulativos y alternativos⁴⁰².

En esta categoría, si bien las normas concurrentes regulan, para el mismo supuesto de hecho, consecuencias jurídicas disímiles, estas soluciones serían compatibles entre sí⁴⁰³. De ahí que, se les llame concurrencia no excluyente.

Así pues, se pueden observar dos formas de concurrencia no excluyente, dependiendo de la forma en las normas jurídicas se complementen. A saber:

³⁹⁸ NINO (2003): 279.

³⁹⁹ Decisión del intérprete que se enfrenta a este problema lógico de interpretación.

⁴⁰⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 63.

⁴⁰¹ DÍAZ TOLOSA (2014): 63.

⁴⁰² DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

⁴⁰³ DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

a. Concurrencia acumulativa.

En esta hipótesis *“las normas concurrentes serán acumulables, y habrá que aplicarlas conjuntamente, confrontándolas o acumulándolas para obtener así las normas efectivamente aplicables al caso concreto”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 64).

Es decir, las normas concurrentes en ningún caso se excluyen, sino se complementan recíprocamente. De manera que, *“las disposiciones legales en cuestión se producen conjuntamente sin limitación recíproca”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 64).

b. Concurrencia alternativa o subsidiaria.

En este caso, *“las consecuencias jurídicas de las normas concurrentes se producen conjunta, pero alternativamente, de modo que el titular puede elegir cuál de ellas quiere realizar”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 64).

Con todo, una vez elegida la norma que se quiere aplicar, consecuentemente se extinguirá la posibilidad de aplicar la otra disposición. Sin perjuicio que, *“la norma cuya consecuencia jurídica se ha elegido no desplaza a la otra en su ámbito de aplicación, sino que la complementa o modifica”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 64).

ii. Concurrencia normativa excluyente⁴⁰⁴.

A diferencia de los casos concursos normativos explicados previamente, este tipo concurrencia supone que, las consecuencias jurídicas contempladas por las normas concursantes no sólo son diferentes, sino también incompatibles entre sí⁴⁰⁵. Por esta razón, la aplicación de una de las disposiciones normativas siempre excluirá la aplicación de la otra; dado que, el cumplimiento de una de las normas necesariamente implica la violación de la disposición contraparte⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ DÍAZ TOLOSA (2014): 63.

⁴⁰⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 63.

⁴⁰⁶ DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

En la doctrina tradicional, dirigida principalmente por Alf Ross en “*Sobre el Derecho y la Justicia*”, se explicó esta situación como uno de los varios problemas lógicos que pueden presentarse en un determinado ordenamiento. Al efecto, junto con las redundancias y las lagunas de derecho, se entiende que la concurrencia excluyente es un problema de interpretación de tipo lógico, porque puede resolverse analizando las relaciones que existen entre las disposiciones normativas que componen un determinado sistema jurídico⁴⁰⁷.

En el trabajo de Alf Ross, aquella situación que ocurre “*entre dos normas, cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas*” (ROSS, 1970: 124), se definió como inconsistencia. Por eso, en adelante los términos inconsistencia y concurrencia excluyente, serán utilizados como sinónimos en el presente trabajo de investigación.

Por otro lado, cabe precisar que, en este tipo de concurrencia, también pueden identificarse tres subclasificaciones. Atendiendo a la forma en que pueden contenerse o coincidir las normas concurrentes, que regulan resultados diferentes e incompatibles, para la misma situación fáctica. Estas subclasificaciones son:

a. Inconsistencia total-total o incompatibilidad absoluta⁴⁰⁸.

Fenómeno que se verifica cuando los ámbitos de aplicación de las normas concurrentes se superponen totalmente⁴⁰⁹. Es decir, “*cuando ninguna de las normas puede ser aplicada en ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con otra*”(ROSS, 1970: 124).

Para ilustrar, los autores hacen el ejercicio de imaginar gráficamente este tipo de inconsistencia, como un círculo que se contiene perfectamente en otro. Es decir, en dos o más círculos que se encuentran absolutamente sobrepuestos⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Ross (1970): 124.

⁴⁰⁸ Ross (1970): 125.

⁴⁰⁹ NINO (2003): 274.

⁴¹⁰ NINO (2003): 274.

b. Inconsistencia total-parcial o inconsistencia entre una regla general y la particular⁴¹¹.

Situación que ocurre “*cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales*” (NINO, 2003: 274).

Este tipo de inconsistencia se puede dibujar como dos círculos concéntricos, en donde uno de ellos, se encuentra completamente contenido en el interior del otro⁴¹². Ahora bien, la circunferencia que representa la regla general tiene disponible un espacio no ocupado ni compartido, con el círculo que representará la norma particular.

c. Inconsistencia parcial-parcial o superposición de reglas⁴¹³.

En este supuesto, las normas jurídicas que concursan en un único hecho se superponen parcialmente. Así pues, ambas normas tienen un campo de aplicación autónomo de la otra situación⁴¹⁴.

Gráficamente, la situación se puede imaginar cómo dos o más círculos secantes. Esto es, que se tocan, pero que no se superponen completamente el uno sobre el otro⁴¹⁵.

Toda vez que se produce una inconstancia normativa, sea del tipo que fuere, es necesario realizar un trabajo de interpretación que permita resolver el problema lógico que se presenta.

Por consiguiente, en la doctrina tradicional⁴¹⁶ se desarrollan diversos criterios de solución, que le permiten al intérprete, determinar qué norma concurrente prevalece en la

⁴¹¹ ROSS (1970): 125.

⁴¹² NINO (2003): 274.

⁴¹³ ROSS (1970): 125.

⁴¹⁴ NINO (2003): 275.

⁴¹⁵ NINO (2003): 275.

⁴¹⁶ BOBBIO (1987); NINO (2003): 275; ROSS (1970): 126-127.

inconsistencia⁴¹⁷. Dichos criterios, también conocidos como principios de interpretación, son:

- a. Lex Superior: Principio que estipula que, entre dos o más normas contradictorias, y de diversa jerarquía, debe prevalecer la de nivel superior⁴¹⁸.
- b. Lex Posterior: Principio que estipula que, entre dos o más normas contradictorias, y dictadas en distinto tiempo, debe prevalecer la promulgada con mayor posterioridad⁴¹⁹.
- c. Lex Specialis: Principio que estipula que, entre dos o más normas contradictorias, y de distinto nivel de especificidad, debe prevalecer la norma particular por sobre la general⁴²⁰.

Asimismo, se agrega que, para resolver una inconsistencia normativa, también deben considerarse cómo se relacionan las normas jurídicas que se encuentran en conflicto; visto que, el método de solución de una concurrencia excluyente puede variar gracias a esto⁴²¹. Es decir, es distinto resolver una inconsistencia si en determinado sistema jurídico, pueden producirse casos de concurrencia excluyente entre disposiciones que pertenecen a una misma ley o, entre disposiciones que pertenezcan a distintos cuerpos normativos⁴²².

Ahora bien, los supuestos de inconsistencia entre normas que forman parte de una misma ley, debieran ser los problemas de interpretación menos frecuentes, ya que, esto supone que, en el mismo acto legislativo, quien dicta la norma, proponga soluciones incompatibles para un mismo caso⁴²³. Sin embargo, cuando efectivamente ocurren, resultan ser los supuestos de concurrencia excluyente más complejos de resolver⁴²⁴. Puesto que, *“no hay reglas generales que indiquen cómo resolver una incompatibilidad absoluta como esta entre dos normas. La decisión, según las circunstancias, tendrá que*

⁴¹⁷ NINO (2003): 275.

⁴¹⁸ NINO (2003): 275.

⁴¹⁹ NINO (2003): 275.

⁴²⁰ NINO (2003): 275.

⁴²¹ ROSS (1970): 125.

⁴²² ROSS (1970): 125.

⁴²³ ROSS (1970): 126.

⁴²⁴ ROSS (1970): 125.

descansar ya en una interpretación basada en datos ajenos al texto, ya en la discreción”
(ROSS, 1970: 125).

Debido a lo anterior, se concluye que, los problemas de interpretación que surgen de inconsistencias normativas dentro de un mismo cuerpo legal –sobre todo si se trata de inconsistencias totales– suelen encontrar su respuesta, en elementos externos de la redacción de la norma⁴²⁵. Tales como, las circunstancias o contexto de la dictación de ésta y, la valoración de las ventajas o desventajas políticas que acarree un modo de interpretación u otro⁴²⁶.

En cambio, para los casos de inconsistencias entre normas que pertenecen a diferentes cuerpos legales, los métodos de solución y armonización son más sencillos⁴²⁷. Considerando que, pueden ser resueltos por la mera aplicación de los principios ya mencionados, de *lex superior*, posterior o especial⁴²⁸. O sea, la interpretación puede ser realizada de una manera más “mecánica”⁴²⁹.

A modo de complemento, cabe señalar que, actualmente también se han desarrollado nuevas soluciones para resolver el problema lógico de interpretación, que plantea la presencia de una inconsistencia normativa⁴³⁰. Por ejemplo, se pueden mencionar los criterios de distribución de competencia y el criterio del principio preponderante⁴³¹.

No obstante, para efectos de este trabajo, detenerse en los criterios de solución ante una concurrencia excluyente, no será tan necesario. Puesto que, el objetivo principal de esta tesis consiste en resolver si efectivamente existe el problema de la concurrencia de responsabilidad civil, no establecer alguna solución al problema, en caso de que la respuesta sea afirmativa.

Por consiguiente, el propósito actual, únicamente consiste en profundizar el estudio del concurso de normas, ya que, pareciera ser la postura doctrinaria que mejor explica la

⁴²⁵ ROSS (1970): 125.

⁴²⁶ ROSS (1970): 126.

⁴²⁷ ROSS (1970): 126.

⁴²⁸ ROSS (1970): 125.

⁴²⁹ ROSS (1970): 126.

⁴³⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 64; LARENZ, citado por RODRÍGUEZ ROMERO (2013): 208; WILLIAMS BENAVENTE, citado por DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

⁴³¹ DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

problemática de la concurrencia de responsabilidad civil. Aun así, llama la atención, que todo el conocimiento recientemente revisado, no ha sido aplicado con tal precisión en el análisis del fenómeno que se investiga. Es más, es bastante vago el desarrollo de la teoría del concurso normas en materia civil, porque no se determina con certeza, si se trata de una concurrencia excluyente o no excluyente; y en caso de ser la primera, si se trata de una inconsistencia de tipo total-total, total-parcial o parcial-parcial.

Con todo, estas omisiones e imprecisiones observadas en la aplicación de la teoría del concurso de normas al problema de la concurrencia de responsabilidad civil serán resueltas en la última sección del presente capítulo. Considerando que, en dicho momento, se evaluará la posibilidad de que el problema del concurso de responsabilidad sea un falso problema de interpretación. Asimismo, antes de continuar, también es preciso indicar que, conscientemente en la presente tesis, el concepto de inconsistencia no ha sido utilizado como sinónimo de conflicto normativo o antinomia jurídica. Puesto que, algunos autores distinguen dichos términos, ya que, justamente difieren en el ámbito de aplicación de las normas concurrentes⁴³². En este sentido, sólo habría un verdadero conflicto normativo o antinomia, en los casos de inconsistencia total o incompatibilidad absoluta; pues, los ámbitos de validez de las normas no sólo concurren excluyentemente, sino que se contienen perfectamente entre ellas⁴³³.

Por esta razón, en doctrina surge la distinción semántica entre: concurso normativo, concurso normativo excluyente o inconsistencia y, un verdadero conflicto de normas jurídicas. Para esta investigación, será un aporte desarrollar el siguiente punto, en el que se explicará cómo pueden identificarse los conflictos normativos reales de los aparentes. Porque demuestra la importancia de introducir en la interpretación de normas jurídicas, aspectos externos o fácticos. Posteriormente, el mismo ejercicio será realizado en la problemática de la concurrencia de responsabilidad civil.

ii. Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

En síntesis, un concurso normativo ocurre cuando *“dos o más normas jurídicas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, son aplicables a las mismas circunstancias fácticas, pues el supuesto de hecho de cada una de las normas está*

⁴³² DÍAZ TOLOSA (2014): 69.

⁴³³ DÍAZ TOLOSA (2014): 70.

realizado en el hecho concreto” (DÍAZ TOLOSA, 2014: 62). Este fenómeno jurídico puede adoptar diversas formas según si, las normas concurrentes, producen para el mismo supuesto fáctico, consecuencias jurídicas idénticas o diferentes, ya que, dichas normas jurídicas pueden ser aplicadas conjunta, alternativa o excluyentemente, según sea el caso.

En este sentido, no toda concurrencia normativa excluyente, debe ser asimilada a un conflicto jurídico o antinomia. Pues, sólo habrá un verdadero conflicto normativo, cuando las normas concurrentes excluyan sus consecuencias jurídicas mutuamente y, a su vez, cuando dichas normas también coincidan en su ámbito de validez.

Por consiguiente, será necesario agregar el adjetivo “real” o “aparente” al concepto antinomia⁴³⁴; ya que, existirían casos en que la intención real del legislador es, que las consecuencias jurídicas no se excluyan entre sí, sino se complementen o modifiquen, porque son compatibles⁴³⁵.

Entonces, a continuación, procederé a distinguir ambos tipos “conflictos normativos”:

a. Antinomia real.

Se trata de un concurso normativo excluyente, en el cual las soluciones son absolutamente incompatibles entre sí. Por ende, ninguna de las normas concurrentes, puede ser aplicada sin enfrentarse con otra⁴³⁶.

En otras palabras, *“si el supuesto de hecho de dos normas realiza el mismo hecho real, pero atribuyen distintas consecuencias jurídicas, las cuales son incompatibles entre sí, existe una antinomia”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 65). Por eso, la aplicación de una norma inevitablemente descarta la otra; y, el juez cuando deba solucionar un caso concreto deberá elegir una ellas.

⁴³⁴ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

⁴³⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 62.

⁴³⁶ ROSS (1970): 124.

b. Antinomia aparente.

Este será el caso de una concurrencia normativa, en la que realmente no hay oposición entre las normas que concursan en determinada situación fáctica; y por ello, es posible una aplicación simultánea de las consecuencias jurídicas que estas disposiciones ordenan⁴³⁷.

Dicha aplicación simultáneamente es posible porque, la incompatibilidad o exclusión entre dos o más normas jurídicas concurrentes, está determinada por el grado de divergencia o convergencia, de sus ámbitos de vigencia o validez⁴³⁸. Entonces, si los ámbitos de validez de las normas concurrentes, son convergentes o coincidentes, se trata de una antinomia real. Por el contrario, si son divergentes, se trata de una antinomia aparente; ya que, las disposiciones no son incompatibles⁴³⁹.

Por esta razón, si el objetivo es identificar si determinada antinomia es real o aparente, deberán considerarse en el ejercicio de interpretación, diversos elementos externos a la norma, que precisamente delimitan su ámbito de vigencia o validez⁴⁴⁰. A saber, las variables⁴⁴¹ tiempo, lugar, sujeto al que está dirigida la norma y el objeto de ésta⁴⁴².

En definitiva, para que efectivamente se produzca un conflicto normativo, deberán concurrir los siguientes dos requisitos: i) que las normas concurrentes regulen consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí⁴⁴³; y, ii) que dichas normas coincidan en su ámbito de aplicación, es decir, en los elementos de tiempo, lugar, destinatario y objeto⁴⁴⁴. Puesto que, para que sea posible la existencia de una verdadera contradicción o incongruencia normativa, *“es necesario que las normas incompatibles se refieran al mismo caso, a las mismas circunstancias o condiciones fácticas. Y, para ello es preciso que los respectivos ámbitos de validez o campos de aplicación de las normas*

⁴³⁷ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

⁴³⁸ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

⁴³⁹ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

⁴⁴⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 66.

⁴⁴¹ Por ejemplo, no hay antinomia entre una norma que prohíba vender en los centros educativos, y otra que permita su venta fuera de los recintos, porque no coinciden en el ámbito espacial. Véase EZQUIAGA GANUZAS, citado por DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

⁴⁴² DÍAZ TOLOSA (2014): 69.

⁴⁴³ DÍAZ TOLOSA (2014): 65.

⁴⁴⁴ BOBBIO (1987): 129.

incompatibles coincidan en todo o parte, de modo que haya al menos una situación a la cual sean aplicables todas ellas” (DÍAZ TOLOSA, 2014: 66).

Por el contrario, si no concurren dichos requisitos, la concurrencia normativa en realidad presenta un conflicto aparente, porque las consecuencias jurídicas reguladas por las normas concurrentes son compatibles entre sí. Por ende, pueden ser solucionadas aplicando las disposiciones normativas en forma alternativa o conjunta⁴⁴⁵.

Entonces, dentro la estructura de inconsistencias explicadas anteriormente (total-total; total-parcial; parcial-parcial), sólo podrá identificarse una verdadera antinomia en el supuesto de la incompatibilidad total o absoluta, dado que, exclusivamente en este caso, se produce una completa coincidencia de los ámbitos de validez de las normas concurrentes⁴⁴⁶. En cambio, en las inconsistencias de tipo total-parcial o parcial-parcial, habrá una parte en que se produce una antinomia aparente y, otra parte, en que se produce una antinomia real. Pues, los ámbitos de validez de las normas que concursan son, en parte igual y en parte diversos⁴⁴⁷. Así pues, en la parte en que no existe verdaderamente un conflicto de normas, las normas podrán aplicarse en forma complementaria o alternativa⁴⁴⁸.

En consecuencia, si será necesario incorporar en la interpretación de la concurrencia de normas otras consideraciones fácticas (o externas a la norma), para determinar si éstas son realmente incompatibles. Es decir, la labor interpretativa no será puramente lógica como proponía Alf Ross⁴⁴⁹, dado que, la concurrencia normativa y el verdadero conflicto de normas, no podrá resolverse únicamente por medio de la aplicación mecánica de criterios de interpretación; sino, deberá ser resuelta en términos deónticos o teleológicos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 74.

⁴⁴⁶ DÍAZ TOLOSA (2014): 70.

⁴⁴⁷ DÍAZ TOLOSA (2014): 70.

⁴⁴⁸ BOBBIO (1987): 189; DÍAZ TOLOSA (2014): 70.

⁴⁴⁹ ROSS (1970): 124.

⁴⁵⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 68.

Entonces, debido a que las normas jurídicas no están redactadas únicamente en términos lógicos, *“establecer si hay o no una contradicción deóntica”⁴⁵¹ requiere de una previa formulación de los enunciados deónticos*” (DÍAZ TOLOSA, 2014: 68). O sea, en el análisis de interpretación, deberán incorporarse elementos fácticos para evaluar si las normas realmente concursan, y posteriormente, si son efectivamente incompatibles entre sí. Pues, considerar la norma jurídica en forma integral, permite identificar su verdadero sentido y alcance, en determinado caso concreto⁴⁵².

En esta misma línea, también surge el concepto de “condiciones de antinomias”⁴⁵³, que consiste en la elaboración de criterios o presupuestos, que permiten simplificar el trabajo de reconocimiento de las verdaderas contradicciones normativas⁴⁵⁴. Nuevamente, dichos presupuestos están relacionados con elementos externos de la norma, ya que, su utilidad radica en que pueden determinar el ámbito de validez de las normas jurídicas.

Por esta razón, se distinguen dos aspectos de las disposiciones normativas, uno referido a la enunciación y, otro referido al contexto de aplicación⁴⁵⁵. Considerando que, se reitera la conclusión de que la incompatibilidad de las normas jurídicas no se presentará por sí misma sino, gracias al contexto de aplicación. En este sentido, se afirma que *“los significados de las palabras que componen los enunciados no producen por sí mismos las incompatibilidades, porque para identificar tanto un enunciado como las inconsistencias entre ellos, es necesario atender a las circunstancias en que estos son aplicados”* (AGÜERO-SAN JUAN, 2015: 42).

De este modo, en caso de duda al momento de interpretar, los intérpretes pueden ayudarse de diversos criterios, llamados “condiciones de antinomias”, que permiten identificar un conflicto normativo real⁴⁵⁶. A modo de ejemplo, se pueden señalar⁴⁵⁷:

- i. Incompatibilidad en los preceptos, sistemas, y criterios de las normas jurídicas relacionadas.

⁴⁵¹ Entendido como el deber ser de la norma, que organiza las normas según si se refieren a un mandato, permiso o prohibición, dirigido a un destinatario específico (sujeto al que está dirigida la norma) y que prescribe determinada acción (objeto de la norma). Véase BOBBIO (1987): 129-130.

⁴⁵² DÍAZ TOLOSA (2014): 69.

⁴⁵³ AGÜERO-SAN JUAN (2015): 31 Y 42.

⁴⁵⁴ AGÜERO-SAN JUAN (2015): 31 Y 42.

⁴⁵⁵ DÍAZ TOLOSA (2014): 69.

⁴⁵⁶ AGÜERO-SAN JUAN (2015): 42.

⁴⁵⁷ AGÜERO-SAN JUAN (2015): 42.

- ii. Incompatibilidad tanto en los enunciados normativos, como los fines o principios que inspiraron al legislador o los que se deducen de dichas normas.
- iii. Incompatibilidad sustancial del contenido de la norma.
- iv. Inconsistencia lingüística de los enunciados de las normas que se comparan, del cual se deduce la imposibilidad de aplicarlas simultáneamente.
- v. Incompatibilidad de las consecuencias jurídicas para el mismo hecho específico.
- vi. Entre otros.

En conclusión, para el reconocimiento de una antinomia real o verdadera contradicción normativa, es necesario considerar no sólo la proposición lingüística de la norma jurídica, sino también su contexto de aplicación o el ámbito de validez. Este ejercicio, sería igualmente productivo en todo problema de interpretación jurídica. Considerando que, las disposiciones normativas deben ser consideradas en forma integral y no como meras enunciaciones lingüísticas.

Ahora bien, en caso de que efectivamente se presente una contradicción normativa, será necesario solucionarlo, determinando cuál de las normas concurrentes debe privilegiarse en su aplicación. Para esto, puede recurrirse a los principios de interpretación "*lex posterior, lex superior y lex specialis*"⁴⁵⁸. Puesto que, el remedio para este tipo de conflicto normativo, generalmente se manifestará en la misma legislación. Más aún si dicha incompatibilidad se produce entre normas que pertenecen a distintos cuerpos normativos⁴⁵⁹.

Por el contrario, en caso de que el intérprete se enfrente a una antinomia aparente, la labor de interpretación se realizará con un método y elementos completamente diferentes⁴⁶⁰. Pues, a pesar de que no se trata realmente de un conflicto normativo, igualmente se produce un concurso de normas, que puede ser acumulativo o alternativo según el caso⁴⁶¹. Situación que, demandará del intérprete, la elección entre alguna de las normas o la acumulación de ambas, para el caso concreto.

⁴⁵⁸ Independiente de que en la dogmática moderna se elaboren otros criterios de solución a las antinomias, tales como: distribución de competencia y el principio preponderante. Véase DÍAZ TOLOSA (2014): 64.

⁴⁵⁹ ROSS (1970): 125-126.

⁴⁶⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 74.

⁴⁶¹ DÍAZ TOLOSA (2014): 74.

Por consiguiente, el método de solución de la antinomia aparente será esencialmente diferente al de la antinomia real, dado que, *“no existe un principio o regla fijos que puedan solucionar el problema de forma mecánica y preestablecida”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 74). De hecho, si deben aplicarse las normas en forma alternativa o conjunta, la concurrencia normativa y su método de solución, sólo *“dependerá de las particulares circunstancias fácticas reales en contraste con la ratio legis de cada una de las normas concurrentes”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 74).

Por tanto, una antinomia aparente nunca podrá solucionarse con elementos que se desprenden únicamente de la legislación. Puesto que, ello implicaría una derogación tácita y permanente de algunas de las normas concurrentes para el caso concreto, excluyendo toda posibilidad de concurrencia⁴⁶². Es decir, la solución legal no es una opción, porque *“se impondría sólo una consecuencia jurídica, renunciando a la aplicación de las otras”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 74).

Por esta razón, las concurrencias normativas deberán resolverse por medio de una interpretación *“teleológica-sistemática, según la intención reguladora de la ley, pues dependerá del sentido y fin de las reglas correspondientes y de las valoraciones que están detrás de ellas”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 75). Considerando que, sólo por esta vía, es posible distinguir si las normas efectivamente concursan y si efectivamente se contradicen.

Así pues, todo concurso normativo *“se debe resolver a base del texto, de su conexión, de la evolución histórica de las normas y de la historia de la formación de las mismas, pero especialmente lo que ha de primar es el fin de la disposición cuestionada y el valor del resultado de una u otra interpretación”* (DÍAZ TOLOSA, 2014: 74).

iii. Aplicación del aporte de la ciencia jurídica al análisis del problema de la concurrencia de responsabilidad civil.

De acuerdo con lo concluido en el segundo capítulo⁴⁶³, la concurrencia de responsabilidad civil, actualmente se conceptualiza como un supuesto de dudosa calificación jurídica⁴⁶⁴,

⁴⁶² DÍAZ TOLOSA (2014): 74.

⁴⁶³ Véase Teoría que propone un concurso de normas.

⁴⁶⁴ ALONSO TRAVIESA (2006): 50.

dado que, sólo podría ocurrir en aquellos casos especiales, que son igualmente subsumibles tanto a los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad civil contractual como extracontractual⁴⁶⁵. Es decir, el concurso de responsabilidad es un concurso normativo, porque aparentemente ocurre cuando el supuesto de hecho de ambos estatutos de responsabilidad, consistente en la ocurrencia de un daño⁴⁶⁶, puede ser simultáneamente causado por un incumplimiento contractual y una infracción al deber general de cuidado.

En este sentido, el problema investigado sólo se manifiesta en las llamadas “zonas fronterizas” o “zonas borrosas”⁴⁶⁷, porque ocurriría excepcionalmente en determinados casos, en que se cumple lo señalado anteriormente. Sin embargo, debido a que, en nuestro ordenamiento, un daño no puede ser doblemente reparado⁴⁶⁸, la mera circunstancia de que un hecho pueda ser regulado por ambos estatutos de responsabilidad civil, no implica que las normas de responsabilidad contractual y extracontractual puedan aplicarse simultáneamente⁴⁶⁹. Pues, una vez reparado el perjuicio por uno de los ámbitos de responsabilidad, la acción resarcitoria del otro estatuto queda sin daño que reparar⁴⁷⁰.

Por consiguiente, si el concurso de responsabilidad civil es un concurso de normas, sería el tipo de concurso más difícil de solucionar, ya que, sería excluyente. Considerando que, la aplicación conjunta de ambos estatutos de responsabilidad es jurídicamente incompatible porque, tanto las acciones de responsabilidad civil contractual como extracontractual tienen por objeto una pretensión única, que es la indemnización de un daño⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 332.

⁴⁶⁶ No obstante que las normas de responsabilidad civil pueden perseguir otros objetivos, distintos a reparar perjuicios (por ejemplo, prevención, cumplimiento forzado de la obligación, etc.), el problema investigado sólo ocurre en casos en que el objetivo final es la indemnización. Por ello, en adelante, el supuesto de hecho será la indemnización del daño.

⁴⁶⁷ YZQUIERDO TOLSADA, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 392; BLANCO GÓMEZ, citado por ALONSO TRAVIESA (2006): 49.

⁴⁶⁸ Esto es el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa o injusto. Véase Daño.

⁴⁶⁹ ALONSO TRAVIESA (2006): 54.

⁴⁷⁰ ALONSO TRAVIESA (2006): 59.

⁴⁷¹ ALONSO TRAVIESA (2006): 467.

Con todo, si bien hasta la fecha, se ha aceptado que el concurso de responsabilidad civil consiste en un concurso de normas⁴⁷², pareciera ser que, aún queda pendiente explicar cómo concurrirían efectivamente las normas de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo supuesto de hecho. Pues, al igual que las otras teorías de solución propuestas por la doctrina civilista (teoría de la opción y teoría de la absorción), la teoría del concurso de normas tiene un importante defecto teórico. Este es, la aceptación incondicional de una premisa inicial que señala, el fenómeno de la concurrencia de responsabilidad es teóricamente posible. Por esta razón, a continuación, me haré cargo de este vacío en la explicación del problema, e intentaré resolver si efectivamente es posible que ocurra el problema del concurso de responsabilidad civil.

Para lograr este propósito, pretendo incorporar en el análisis, los conocimientos aportados por la doctrina civil y la dogmática jurídica, ya desarrollados en los capítulos precedentes. Pues, ambas áreas del derecho permiten profundizar el análisis del concurso de responsabilidad como un concurso de normas y, precisamente permiten cuestionar si se verifican todas las condiciones necesarias para determinar si la existencia del fenómeno investigado es efectivamente posible.

Entonces, como punto de partida, se formulará la siguiente pregunta: ¿Qué aspecto o elemento de la responsabilidad civil es el que permite la concurrencia normativa entre los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo supuesto de hecho?

Conforme a lo desarrollado por la ciencia jurídica, respecto a la distinción entre antinomias reales y aparentes, la pregunta previamente formulada, necesariamente tiene que responderse de la siguiente manera: todos los elementos de las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual deben coincidir para que efectivamente exista un verdadero concurso normativo⁴⁷³. Puesto que, las disposiciones normativas deben comprenderse como un todo integral, en donde no sólo importa la enunciación, sino también el contexto de aplicación de cada una de ellas, para comprobar si una norma realmente concurre con otra en un mismo supuesto de hecho. De esta manera, surgen conceptos como “ámbitos de validez” o “condiciones de antinomias” para identificar si

⁴⁷² ALONSO TRAVIESA (2006); CORRAL TALCIANI (2003): 34; PÉREZ BRAVO (2008): 111.

⁴⁷³ Véase Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

determinada concurrencia normativa excluyente es real y, posteriormente, establecer cuáles serían los métodos de interpretación más idóneos para solucionar el conflicto normativo que se produce.

En consecuencia, bastará que al menos uno de los elementos de las normas de responsabilidad civil no coincida en el supuesto concurso, para descartar que dicho fenómeno jurídico efectivamente es posible. Pues, si no se verifica una coincidencia total entre los elementos normativos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, significa que el concurso es aparente, dado que, ambos estatutos efectivamente no se superponen en un mismo supuesto de hecho.

De este modo, el siguiente paso es, identificar si todos los elementos de las normas de responsabilidad civil realmente coinciden en un supuesto concurso, ya que, hasta la fecha esto no ha sido cuestionado por la doctrina civilista que ha tratado el problema investigado⁴⁷⁴. Por el contrario, sólo se ha limitado a aceptar que el fenómeno ocurre en las llamadas “zonas fronterizas”, sin explicar qué condiciones han ocurrido en tales casos, para que se verifique un concurso de responsabilidad⁴⁷⁵.

Ahora bien, sabiendo que el problema debe concentrarse en las llamadas “zonas fronterizas” y en la eventual concurrencia en esos casos de los elementos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, resulta necesario señalar que la dogmática jurídica y la doctrina civilista al referirse al concurso de responsabilidad, ha confundido dos de los elementos de la responsabilidad civil, a saber, el hecho dañoso y el daño⁴⁷⁶.

Para ilustrar dicha confusión, citaré dos veces la misma obra de la autora Alonso Traviesa, con el objeto de evidenciar que se refiere indistintamente a los conceptos “hecho dañoso” y “perjuicio” (daño) como si fueran sinónimos. El propósito de este ejercicio no es criticar su trabajo sino, comprobar que la diferencia entre esos dos elementos ha pasado inadvertida en el estudio del problema de la concurrencia y, que

⁴⁷⁴ ABELIUK MANASEVICH (1993): 766; ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2005): 61; BARROS BOURIE (2012): 1055; CORRAL TALCIANI (2003); CORRAL TALCIANI (2010): 639; DUCCI CLARO (1936): 13; PÉREZ BRAVO (2008): 111; PIZARRO WILSON (2008); RODRÍGUEZ GREZ (2010): 31; RODRÍGUEZ GREZ (2011): 200.

⁴⁷⁵ Véase Concurrencia de responsabilidad conceptualizado como un caso de dudosa calificación jurídica.

⁴⁷⁶ ALONSO TRAVIESA (2006): 51.

dicha distinción semántica puede hacer la diferencia en el estudio del fenómeno investigado.

En efecto, la autora señala que *“los daños ocasionados en la zona borrosa son subsumibles tanto en el supuesto de hecho de la responsabilidad convencional como en el de la aquiliana”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 51). Por otro lado, en el mismo texto indica que *“cada vez que un determinado acto dañoso sea susceptible de conformar el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual, se deberá establecer a qué orden se reconducen los daños y, por lo mismo, cuál es la acción que tiene a su favor la víctima”* (ALONSO TRAVIESA, 2006: 332).

De la cita recién transcrita, queda en evidencia la confusión entre hecho y daño a que se hacía mención en el párrafo precedente, visto que, para la autora, la concurrencia de responsabilidad tendría lugar tanto en los casos en los que el “daño” sea subsumible en las normas de responsabilidad contractual y extracontractual, como en los casos en los que el supuesto de hecho de la responsabilidad (“acto dañoso”) sea subsumible en ambos estatutos de responsabilidad. Es decir, trata indistintamente al daño y al hecho dañoso, como si fueran elementos equivalentes.

Como ya se había adelantado, esta confusión no es irrelevante para establecer si el fenómeno del concurso es teóricamente posible. Pues, ambos elementos (daño y hecho) determinarán de distinta manera, el ámbito de validez de las normas de responsabilidad civil y, si al menos uno de los elementos no es reconducible a ambos estatutos de responsabilidad simultáneamente, debe descartarse la existencia de una verdadera concurrencia normativa excluyente.

En este sentido, es imperativo considerar que, para la dogmática jurídica, el “hecho dañoso” o “acción dañosa” será el elemento que determina el contexto de aplicación, ya que, precisamente consiste en el contenido sustancial de la norma de responsabilidad⁴⁷⁷. Esto es en el ámbito contractual, la infracción de un contrato y, en el ámbito extracontractual, la infracción del deber general de cuidado. Mientras que, conforme a la dogmática el “daño” o “perjuicio” será un elemento normativo distinto, porque determinará

⁴⁷⁷ Véase Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

el fin u objeto de la norma de responsabilidad, siendo indispensable para establecer la procedencia de las acciones civiles reparatorias en cuestión⁴⁷⁸.

Con todo, si bien en la temática del concurso de responsabilidad, la distinción semántica entre hecho y daño no ha sido considerada, es importante señalar que esta distinción no es del todo ajena en el derecho civil, dado que, sí ha estado presente en dos importantes discusiones modernas explicadas en el primer capítulo de esta investigación⁴⁷⁹. A saber, la discusión respecto del rol del elemento culpa y daño en un juicio de responsabilidad y, el problema referido al momento en que debe comenzar a computarse el plazo de prescripción extintiva de la acción de responsabilidad extracontractual.

En resumidas cuentas, la primera discusión aporta en que los elementos culpa y daño además de ser distintos, poseen un grado de injerencia diferente en un juicio de responsabilidad civil, ya que, la doctrina ha desplazado la antigua importancia que tenía la culpa al elemento daño, como llave de entrada a la indemnización de perjuicios⁴⁸⁰. Y, por otra parte, la segunda discusión aporta en el análisis del problema investigado, porque confirma que en ciertos aspectos del derecho civil, la confusión de los elementos hecho y daño producen situaciones injustas, así como una acción de indemnización puede encontrarse prescrita antes de que se manifieste el daño. Por esto, el profesor Barros señala que la norma contenida en el artículo 2332 *“debe ser interpretada de manera que el plazo de cuatro años se comience a contar desde la comisión del hecho culpable o doloso, o desde que se produce o conoce el daño”* (BARROS BOURIE, 2012: 922).

En consecuencia, existen varios argumentos para justificar la importancia de distinguir los elementos hecho y daño en la responsabilidad civil en general, los que resultan aplicables en el problema del concurso de responsabilidad civil. Pues, hecho y daño no sólo se distinguen en un nivel dogmático como contexto de aplicación y objeto de la norma de responsabilidad, sino también existen manifestaciones de esta distinción en discusiones desarrolladas dentro del derecho civil, como la jerarquía de los elementos de la responsabilidad civil o, el cómputo del plazo de la acción de responsabilidad extracontractual. En resumidas cuentas, si hecho y daño no son lo mismo en otras temáticas de responsabilidad civil, tampoco pueden serlo a la hora de subsumir las

⁴⁷⁸ Véase Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

⁴⁷⁹ Véase Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

⁴⁸⁰ MOLINARI VALDÉS (2004): 190; PIZARRO WILSON (2008): 154.

normas del estatuto de responsabilidad civil aplicable; o, dicho de otro modo, a la hora de calificar el problema de la concurrencia de responsabilidad.

Así, al igual como ocurre en casos generales de responsabilidad civil, en los casos de dudosa calificación o zonas fronterizas, el hecho que ocasiona el daño, no puede confundirse con el o los daños ocasionados por ese hecho, porque a pesar de que tienden a asimilarse, son elementos normativos distintos.

Por ejemplo, en un caso de responsabilidad médica, un paciente contrata a un cirujano para que realice una cirugía en el hombro derecho, con el objeto de ajustar la posición original de su clavícula luxada⁴⁸¹. Dicha obligación, independiente de si es de medio o resultado, puede ser incumplida por el médico y generar distintos perjuicios al paciente, tales como deformaciones en el hombro, secuelas en el área afectada, etc. Pero también, puede producir daños que escapan del contenido del contrato de prestaciones médicas celebrado, así como pérdida de la movilidad del cuello, compromiso de cuerdas vocales, entre otros. Esto es, por una parte, tenemos el incumplimiento del deber de conducta emanado del contrato y por otro los daños que derivan de ese incumplimiento, pero también pueden presentarse otro tipo de daños que no emanen del incumplimiento contractual, sino cuya fuente sea el incumplimiento del deber general de cuidado.

En este tipo de casos, en los que existen daños emanados de la infracción de dos deberes de conducta distintos (obligación que emana del contrato y del deber general de no dañar a otro), constituyen los casos emblemáticos donde la doctrina civil ha visto un supuesto concurso de responsabilidad civil. Esto porque, ambos estatutos podrían ser invocados para reparar los daños causados por el mismo hecho que es, la intervención quirúrgica.

Sin embargo, esta conclusión es errónea, pues si se tiene presente la distinción entre los elementos hecho y daño, junto con lo aportado por la ciencia jurídica en materia de concursos de normas, para que exista un concurso de normas real, ambos elementos (daño y hecho) deben coincidir para calificar el supuesto como una verdadera concurrencia normativa excluyente. Puesto que, si esto no ocurre, no existe una antinomia real, ya que, no coincidirían los ámbitos de validez de la norma de responsabilidad

⁴⁸¹ *Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros. (2015)*

contractual y extracontractual en un mismo supuesto. Y como se verá, en el caso expuesto, si bien puede existir una concurrencia en el elemento “hecho dañoso”, es lógicamente imposible, la concurrencia en el elemento “daño”.

En el caso planteado, lo que efectivamente ocurre es que un mismo hecho (cirugía) genera dos fuentes distintas de incumplimiento. Por una parte, existe el incumplimiento de una obligación contractual y por el otro el incumplimiento de un deber general de cuidado, originando ambos tipos de incumplimiento distintos tipos de daños. Uno de naturaleza contractual, y otro de naturaleza extracontractual. Es decir, podrá determinarse que una misma acción dañosa, puede ser calificada como una infracción a las normas del contrato o al deber general de cuidado, según el contexto de aplicación de la norma de responsabilidad civil que se pretende utilizar. Empero, el objeto de las normas de responsabilidad civil, consistente en los diversos daños causados por la misma acción o hecho, sólo deben ser calificados como contractuales o extracontractuales, porque nuestro ordenamiento regula de forma distinta el elemento daño en los diversos ámbitos de responsabilidad⁴⁸². Puesto que, existe un sistema de responsabilidad civil dual, que regula doblemente el elemento daño⁴⁸³ y, de lo cual se deriva que, el elemento daño no puede ser simultáneamente calificado como contractual y extracontractual.

De esta manera, no sólo será relevante para efectos de determinar si existe un verdadero concurso de normas de responsabilidad civil, que se distingan los dos elementos que usualmente se han confundido por la doctrina civilista, hecho y perjuicio. Sino también, es indispensable recordar lo estudiado sobre la “doble regulación del daño” y la importancia que dicho elemento tiene en el derecho civil moderno⁴⁸⁴. Pues, en el contexto de un sistema de responsabilidad civil dual⁴⁸⁵, existen dos importantes diferencias normativas en la regulación de daño que determinan la extensión de la acción indemnizatoria en sede contractual y extracontractual. A saber, la consagración del principio de reparación integral⁴⁸⁶ y la posibilidad de enriquecerse en un juicio de responsabilidad⁴⁸⁷.

⁴⁸² Véase Daño.

⁴⁸³ Véase Derecho Civil Chileno, un sistema dualista de responsabilidad civil. Comparación del estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

⁴⁸⁴ Véase Daño; PIZARRO WILSON (2008): 156.

⁴⁸⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008): 73; KEMELMAJER DE CARLUCCI (2008): 29; PIZARRO WILSON (2008): 155; MAZEAUD (2008): 13.

⁴⁸⁶ PIZARRO WILSON (2008): 156.

⁴⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ (2010): 27.

En este sentido, en un nivel puramente normativo, no es posible que un daño pueda ser doblemente calificado como contractual y extracontractual, porque no es indiferente el estatuto jurídico de responsabilidad que se elige para indemnizar dicho perjuicio, ya sea por la discriminación que la misma legislación hace respecto de qué perjuicios pueden ser reparados en sede convencional o aquiliana, o cuál es el monto esperable de dicha reparación.

Por consiguiente, debido a que la doble regulación del daño impone consecuencias jurídicas distintas al perjuicio calificado como contractual o extracontractual y que, a su vez, el mismo daño no puede ser reparado por ambos estatutos simultáneamente, porque ello implicaría un enriquecimiento injusto, es absolutamente necesario que el intérprete no confunda el elemento hecho y daño en un supuesto concurso. Pues, a pesar de que una acción pueda ser calificada como infracción al deber general y como un incumplimiento contractual, el daño necesariamente deberá reconducirse a uno de los dos estatutos de responsabilidad, para que sea posible su indemnización.

Esta última idea, se hace aún más fuerte, si se considera que, en un sistema de responsabilidad civil dual, la doble calificación jurídica del perjuicio es lógicamente incoherente⁴⁸⁸, ya que, es precisamente su doble regulación, la que impone al intérprete la obligación de calificarlo como contractual o extracontractual para justificar su indemnización. Por lo mismo, se ha señalado que la incompatibilidad lógica de calificar doblemente un mismo daño como convencional o aquiliano, es *“la tesis más correcta desde un punto de vista dogmático”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, citado en ALONSO TRAVIESA, 2006: 423) porque en un sistema de indemnización o reparación binaria, es la solución que más *“acata la estructura dual de responsabilidades acogida en el código décimo canónico”* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, citado en ALONSO TRAVIESA, 2006: 423).

En consecuencia, en un supuesto concurso de responsabilidad, nunca coinciden completamente los ámbitos de validez de las normas contractuales y extracontractuales. Puesto que, si se distingue el elemento hecho y daño, se obtiene que el elemento perjuicio, individualmente considerado, no puede en ningún caso reconducirse a ambos estatutos de responsabilidad simultáneamente. O, dicho de otro modo, no puede ser doblemente calificado un daño como convencional y aquiliano, porque en un contexto de

⁴⁸⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 423.

responsabilidad civil dual, se excluye lógicamente su doble calificación. Por ende, no se produce un verdadero concurso de normas jurídicas en las llamadas zonas fronterizas, porque no se producen las condiciones de una antinomia real, sino se produce una inconsistencia total entre las normas del estatuto de la responsabilidad civil contractual y extracontractual⁴⁸⁹.

Por esta razón, el problema del concurso de responsabilidad civil es un falso problema de interpretación, ya que, sólo consiste en un concurso aparente de normas, que debe solucionarse por medio de un ejercicio de interpretación teleológico o sistemático⁴⁹⁰. Pues, gracias a que el elemento daño puede ser individualmente considerado, y no puede ser doblemente calificado, debe descartarse anticipadamente la posibilidad de que las normas de responsabilidad efectivamente concurren en mismo supuesto⁴⁹¹.

En otras palabras, si la existencia de un caso fronterizo se analiza descartando teóricamente la posibilidad de que todos los elementos de la norma de responsabilidad civil puedan coincidir completamente, se puede concluir que, al tratarse de una antinomia aparente, no habrá un verdadero conflicto normativo. Y, por tanto, se podrá solucionar por otros métodos de interpretación que permitan una aplicación alternativa o conjunta de las normas, dependiendo de las circunstancias particulares del caso⁴⁹².

Así pues, si retomamos el ejemplo mencionado previamente, respecto del paciente que encarga a un médico la operación de su hombro derecho para que repare la posición de su clavícula, podemos distinguir distintas situaciones posibles para la indemnización de sus perjuicios. Por un lado, puede ser que sólo se produzcan daños por incumplimiento de obligaciones contractuales previamente pactadas y, por ende, estos sólo podrán ser reparados si se invocan las normas de responsabilidad civil convencional. En el caso planteado, estaría dado por los daños causados por la infracción de una obligación impuesta en el contrato, como secuelas en el área afectada o deformaciones del hombro operado.

⁴⁸⁹ AGÜERO-SAN JUAN (2015): 43. Véase Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

⁴⁹⁰ DÍAZ TOLOSA (2014): 75.

⁴⁹¹ Véase Análisis de las “antinomias reales” y “antinomias aparentes”.

⁴⁹² DÍAZ TOLOSA (2014): 74.

No obstante, también puede ocurrir que se produzcan diversos perjuicios, entre los cuales se encuentren daños no comprendidos en el contenido del contrato celebrado, pero que igualmente han sido causados por la misma acción antes calificada como incumplimiento, pero que no derivan del incumplimiento contractual, sino que de la infracción al deber general de no dañar a otro. En efecto, daños como la inmovilización del cuello, desgarro de cuerdas vocales, etc. Entonces, para este tipo de daños, que en el caso deberán ser calificados como extracontractuales por encontrarse fuera de las obligaciones previamente pactadas en el contrato de prestación de servicios médicos, deberá invocarse una reparación amparada por las normas del estatuto de responsabilidad aquiliano.

El principal aporte del análisis anterior es que la acción reparatoria de los daños identificados como extracontractuales, podrá acumularse con la acción indemnizatoria de los daños calificados como contractuales. Pues, precisamente este ejercicio de interpretación propone distinguir cada perjuicio producido por determinada acción o hecho dañoso, para luego calificarlo como convencional o aquiliano, según las características del caso. De este modo, cada daño puede ser reparado por la norma de responsabilidad civil que le corresponda, y más importante aún, la víctima podrá acumular las acciones indemnizatorias que procedan según la naturaleza jurídica de los perjuicios, siempre que esto no implique una doble calificación jurídica de los mismos, y mucho menos, una doble reparación de un mismo daño.

En este sentido, se facilita el análisis de los casos de las zonas fronterizas, ya que, el punto de partida de la labor interpretativa no estará en evaluar la calificación jurídica de la acción que origina el daño – porque esta sí puede configurar simultáneamente, un incumplimiento contractual y una infracción al deber general de cuidado -, sino en el daño ocasionado. Considerando que, el perjuicio como fin de la norma y, como elemento que impone al intérprete el deber reconducir la acción reparatoria a sólo uno de los dos estatutos⁴⁹³, es el que permitirá decidir cuál es el ámbito de responsabilidad civil efectivamente aplicable para el caso concreto.

Por otro lado, otra importante consecuencia que genera la conclusión de descartar teóricamente la posibilidad de un concurso de responsabilidad es que las teorías de

⁴⁹³ ALONSO TRAVIESA (2006): 332.

solución propuestas por la doctrina civil son innecesarias⁴⁹⁴. Pues, las teorías de la opción e incompatibilidad deberán descartarse, porque cometen la equivocación de comprender problema del concurso de responsabilidad como un concurso de acciones, originado por un mismo daño, que puede ser calificado como contractual y extracontractual simultáneamente⁴⁹⁵. Esto es, en la teoría de la opción, porque el mismo perjuicio puede ser indemnizado por ambos estatutos, y por ello, la víctima debe elegir el estatuto que más le convenga⁴⁹⁶; y, en la teoría de la incompatibilidad, porque si existe un contrato, esto significa que el daño sí es convencional y aquiliano simultáneamente, pero gracias al principio de especialidad, las normas del estatuto de responsabilidad contractual deben primar por sobre las del estatuto de responsabilidad extracontractual⁴⁹⁷. Por otra parte, la teoría del concurso de normas deberá descartarse porque no se produce en un mismo supuesto, una verdadera coincidencia de los ámbitos de validez de las normas de responsabilidad civil, ya que, la doble regulación normativa del elemento daño, impone al intérprete la obligación de calificarlo sólo como contractual o extracontractual, según corresponda⁴⁹⁸.

Por tanto, los ámbitos de responsabilidad civil nunca se encuentran y, menos aún, se sobreponen en un mismo supuesto. Puesto que, la doble regulación del daño es jurídicamente imposible en un contexto sistemático de responsabilidad civil dualista, que regula de forma diversa y normativamente incompatible, el perjuicio contractual del perjuicio extracontractual. Por esto, el problema de la concurrencia de responsabilidad es ficticio, ya que, en todos los llamados “casos fronterizos”, sólo surge de la dificultad de calificar correctamente el daño, dentro de la esfera de responsabilidad civil correspondiente. Por ende, si bien una situación fáctica puede ser difícil de calificar, y puede en apariencia, parecer que se verifican condiciones tanto del ámbito convencional como aquiliano, cuando el elemento evaluado es el daño, éste obligará al interprete a reconducir su acción indemnizatoria a sólo uno de los regímenes de reparación.

⁴⁹⁴ Véase Teorías doctrinarias desarrolladas para solucionar los casos en que procede la concurrencia de responsabilidad civil.

⁴⁹⁵ ALONSO TRAVIESA (2006): 332.

⁴⁹⁶ Véase Teoría de la opción.

⁴⁹⁷ Véase Teoría de la absorción o incompatibilidad.

⁴⁹⁸ ALONSO TRAVIESA (2006): 332. Véase Teoría que propone un concurso de normas.

CONCLUSIONES

En el sistema de responsabilidad civil chileno, existen dos regímenes resarcitorios que presentan numerosas diferencias normativas entre sí. A saber, el ámbito de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Por regla general, este contexto dual de responsabilidad no generará problemas interpretación, porque cada uno de los ámbitos de responsabilidad tendrá su propio campo de aplicación, que excluye la aplicación del otro.

No obstante, las fronteras de los ámbitos de responsabilidad aparentemente no estarían perfectamente delimitadas para todas las circunstancias. Por lo cual, existiría la posibilidad de que los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual coincidan y, regulen simultáneamente un mismo hecho dañoso. De ahí que, surja el problema conocido como concurrencia de responsabilidad civil.

El estudio de esta problemática ha sido extenso, pero no exento de dificultades, porque en gran parte de su tratamiento doctrinario y jurisprudencial, se observan imprecisiones, vacíos estructurales o confusiones conceptuales. Aun así, hasta la fecha, se han discutido diversos conceptos para referirse al tema, se han estudiado casuísticamente las situaciones en que ocurriría un concurso de responsabilidades y, se han propuesto tres teorías de solución para resolver el inconveniente que ocasiona la superposición de dos regímenes de indemnización para un mismo supuesto.

Con todo, lo único que se omite en el análisis del problema del concurso de responsabilidad civil, y que queda urgentemente pendiente es resolver si el fenómeno es teóricamente posible en un contexto de responsabilidad civil dualista. Puesto que, nunca se determinó si efectivamente concurrían las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni se identificó en qué elemento de la responsabilidad se posibilitaba dicho concurso.

En consecuencia, el presente trabajo de investigación tuvo como objeto, repensar teóricamente el fenómeno de la concurrencia de responsabilidad civil, para demostrar o refutar su existencia.

Para lograr este propósito, no sólo fueron considerados los diversos estudios realizados en el área del derecho civil sobre responsabilidad y concurrencia de responsabilidad, sino también, los aportes que la ciencia jurídica ha realizado en materia de concursos normativos. Considerando que, sólo gracias a la aplicación conjunta de los conocimientos antes mencionados, se pudo repensar el problema investigado y, en definitiva, resolver si su existencia es hipotéticamente posible.

En primer lugar, para repensar el problema de la concurrencia de responsabilidad civil, fue necesario establecer que el fenómeno investigado es un concurso de normas y, por ende, que consiste en un asunto de dudosa calificación jurídica. Pues, aparentemente se producirá cada vez que un mismo supuesto de hecho, puede ser subsumido tanto en el ámbito de las normas de responsabilidad civil contractual, como en las del ámbito extracontractual.

En este sentido, se descartaron las teorías que lo estudiaban como un concurso de acciones (teoría de la opción y teoría de la absorción), dado que, se determinó que tanto la acción de responsabilidad civil convencional como aquiliana, comparten una misma pretensión, un mismo objeto, que consiste en la indemnización de un daño. Empero, en las investigaciones realizadas por la doctrina civil en este tema, aún esta pendiente explicar cómo concurren efectivamente las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo supuesto de hecho.

En este punto, la ciencia jurídica aportó en el análisis del problema advirtiendo que, para reconocer cómo efectivamente concurren dos normas en un mismo supuesto, deberán considerarse todos los elementos que componen las normas jurídicas concurrentes. Puesto que, las normas jurídicas son un todo integral, cuya enunciación y contexto de aplicación son igualmente necesarios, para determinar si se produce una verdadera concurrencia normativa en el caso concreto. Es decir, todos los elementos normativos son indispensables para evaluar si se produce una verdadera coincidencia en los ámbitos de validez de las normas que aparentan concursar.

En consecuencia, para solucionar el problema que se produce cuando aparentemente concurren normas jurídicas de responsabilidad convencional y aquiliana en un mismo supuesto, se propone considerar individualmente cada elemento de las normas de

responsabilidad. Esto significa, incorporar la distinción semántica de elementos que usualmente fueron confundidos en el tratamiento del problema del concurso, “hecho o acto dañoso” y el “daño propiamente tal”. Pues, dicha distinción semántica permite identificar con mayor facilidad, cuál es el ámbito de validez de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual en determinado caso concreto, y gracias a ello, si dichas normas efectivamente concurren.

De este modo, conforme a la dogmática, el “hecho dañoso” o “acción dañosa” será el elemento que determina el contexto de aplicación de las normas de responsabilidad concurrentes; y, el elemento “daño”, se presentará como el objeto de la norma que constituye el presupuesto esencial de toda acción indemnizatoria. Por esta razón, será el perjuicio el elemento normativo que prescriba cuál de los estatutos de responsabilidad será el aplicable a un caso concreto.

Ahora bien, volviendo a la necesidad de determinar si el concurso de responsabilidad es un fenómeno teóricamente posible y que, en la ciencia jurídica, un verdadero concurso de normas requiere que todos los elementos normativos coincidan en un determinado supuesto de hecho, la distinción entre hecho y daño es fundamental para la investigación. Puesto que, basta que uno de los elementos no pueda ser doblemente calificado por ambos estatutos de responsabilidad, para concluir que, el concurso de responsabilidad civil es un falso problema de interpretación.

En cuanto al “hecho” o “acción” dañosa, sí es posible representarse la posibilidad de que éste sea doblemente calificado como contractual y extracontractual. Considerando que, efectivamente existen situaciones que pueden ser calificadas como incumplimiento contractual y una infracción del deber general de cuidado simultáneamente. Por ejemplo, los llamados “casos fronterizos” o “casos dudosos” que se producen bajo ciertas circunstancias de la responsabilidad médica.

Sin embargo, para el caso del “daño” mismo, la situación es completamente distinta. Pues, en nuestro derecho existe un sistema de responsabilidad civil “bicéfalo”, que regula doblemente el elemento perjuicio. Dicha dualidad en la regulación normativa impone al intérprete, la obligación de calificar el daño exclusivamente como convencional o aquiliano, según sean las características del caso, ya que, el sistema normativo dualista,

conduce a consecuencias muy diferentes si el daño se indemniza en virtud de las normas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Entonces, debido a que no todos los elementos de las normas de responsabilidad civil pueden ser regulados simultáneamente por ambos estatutos, será lógicamente imposible que las normas del ámbito de responsabilidad civil convencional y aquiliano efectivamente concursen. Puesto que, las normas son aparentemente concurrentes, sino coinciden totalmente en su ámbito de validez.

Por consiguiente, si un perjuicio sólo puede ser regulado normativamente por las normas de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el problema de la concurrencia es ficticio, ya que, el fenómeno jurídico nunca se produce. Pues, sólo será necesario calificar el daño que se pretende reparar como convencional o aquiliano, para determinar qué ámbito de responsabilidad regula dicha indemnización.

El aporte de esta nueva forma de interpretar el problema consiste en que las llamadas “zonas fronterizas” o “zonas borrosas”, pueden resolverse con mayor facilidad. Pues, si bien los casos difíciles de interpretar se continuarán presentando en la vida jurídica, la doble calificación jurídica de ésta podrá ser descartada anticipadamente, ya que, el intérprete deberá reconducir el daño a sólo uno de los dos ámbitos de responsabilidad para perseguir su reparación. A pesar de que el mismo hecho, pueda representar tanto una infracción a la ley del contrato, como un delito o cuasidelito civil.

Asimismo, gracias a esta conclusión, también se puede concebir que un mismo hecho dañoso, puede producir varios perjuicios, de diversa naturaleza, ya sea contractual o extracontractual. Por ende, descartando de antemano el concurso de responsabilidad, todos los daños generados por una única acción pueden ser perseguidos en acciones acumulativas, justificadas en uno de los dos ámbitos de responsabilidad civil, según corresponda.

En definitiva, el fenómeno de la concurrencia de responsabilidad debe ser descartado teóricamente, ya que, resulta ser un falso problema de interpretación, derivado de la dificultad que representa calificar jurídicamente un daño como contractual o extracontractual, en las “zonas fronterizas”. No obstante, teniendo presente que el

perjuicio, y no el acto dañoso, es el elemento que determina la aplicación de uno u otro régimen resarcitorio, resulta más sencillo reconducir la indemnización a sólo uno de los estatutos de responsabilidad civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía citada.

1. ABELIUK MANASEVICH, René. (1993). *Las obligaciones* (3ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
2. AGÜERO-SAN JUAN, Sebastián. (2015). “Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativas”. *Revista De Derecho (Valdivia)*, 28(2), pp. 31-46.
3. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: (título 35 del Libro IV del Código Civil)* (1ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
4. ALONSO TRAVIESA, María Teresa, (2006). *El problema de la concurrencia de responsabilidades: Perspectiva del derecho chileno*. Fundación Fernando Fuego Laneri, & Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho. Santiago, Chile: LexisNexis.
5. AZAR DENECKEN, José Ignacio (2009). Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno. Memoria para licenciatura. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile.
6. BARROS BOURIE, Enrique. (2012). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
7. BANFI DEL RÍO, Cristián. (2017). “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXX, N° 1, pp. 97-125.
8. BOBBIO, Norberto. (1987). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
9. CANE, Peter. (1996) *Tort law and economic interests*. (2° ed). Oxford: Claredon Press.
10. COLEMAN, Jules L. (2010). *Riesgos y Daños*. Madrid, España: Marcial Pons.
11. CORRAL TALCIANI, Hernán. (2003) *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. (2ª. ed). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
12. CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). “El concurso de responsabilidades en el Derecho de Daños Chileno: Defensa y delimitación de la teoría de la opción”, en *Estudios de Derecho Civil V: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*

- 2009, coord. Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Santiago, Chile: Abeledo Perrot), pp. 639-53.
13. DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo (2016). "Una década de daño moral por incumplimiento contractual en la Corte Suprema". *El Mercurio Legal*. Recuperado desde <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/12/30/Una-decada-de-dano-moral-por-incumplimiento-contractual-en-la-Corte-Suprema.aspx>.
 14. DÍAZ TOLOSA, Regina (2014). "Concurrencia de Normas: La Norma Especial no siempre desplaza la General", en VERGARA BLANCO, Alejandro (eds.), *Dogmática y Sistema. Estudios de Teoría General del Derecho*, (Santiago, Chile: Thomson Reuters), pp. 61-76.
 15. DÍEZ-PICAZO, Luis (1964). "El contenido de la relación obligatoria", *Anuario de Derecho Civil* 17, N°2, pp. 349-366.
 16. DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de Daños*. Madrid, España: Civitas.
 17. DÍEZ-PICAZO, Luis (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V: La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid, España: Civitas-Thomson Reuters.
 18. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2006). "Prólogo", en ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*, (Santiago, Chile: LexisNexis), pp. IV-XIII.
 19. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 20. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2006). La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, Temas de contratos*, N°3, pp. 227-244.
 21. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2008). "La concepción dualista de la responsabilidad civil en Chile: Panorama General". *Revista Anales del Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, N°3, pp. 73-89.
 22. DUCCI CLARO, Carlos (1936). *Responsabilidad civil extracontractual*. (2ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 23. DUCCI CLARO, Carlos (2005). *Derecho Civil: Parte General*. (4ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 24. FERRADA WALKER, Luis Valentín (2012). "La Interpretatio per aliam legem como regla para definir el sentido del artículo 2332 del Código Civil, sobre prescripción

- de la acción de responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N°2, pp. 35-60.
25. FUEYO LANERI, Fernando (1991). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. (3ª. ed.) Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 26. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2008). “El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en Argentina: Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia”, *Revista Anales del Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, N°3, pp. 29-69.
 27. LEÓN HURTADO, Avelino (1991). *La voluntad y capacidad en los actos jurídicos*. (4ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 28. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. (2005). *Los contratos: Parte general* (4a. ed. revisada y ampliada, mes de agosto de 2005. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 29. MAZEAUD, Denis (2008). “Responsabilidad contractual y extracontractual: El futuro de la distinción en el derecho francés”. *Revista Anales del Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, N°3, pp. 13-28.
 30. MAZEAUD, Henri (2010). “Responsabilidad Delictual y Responsabilidad Contractual (1)”, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (eds.), *Doctrinas Esenciales: Derecho Civil*, Vol.4, Obligaciones: tomo 1, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile), pp. 393-438.
 31. MOLINARI VALDÉS, Aldo. (2004). “De la responsabilidad civil al derecho de daños: Tutela Preventiva Civil”, en MARTINIC GALETOVIC, María Dora (eds.), *Nuevas tendencias del derecho* (1a. ed.). Santiago, Chile: LexisNexis.
 32. NINO, Carlos Santiago (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. (11ª. ed.). Barcelona, España: Ariel.
 33. PAPAYANNIS, Diego (2014). “La responsabilidad civil como asignación de pérdidas”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N°1. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/273085/361301>.
 34. PEREIRA FREDES, Esteban (2015). “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado”. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N° 7, pp. 61.-78.
 35. PÉREZ BRAVO, Carlos (2008). “La concurrencia de responsabilidades”, *Ars boni et aequi: Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, N°4, pp. 111-126.

36. PIZARRO WILSON, Carlos. "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades". *Revista Anales del Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, N°3, pp. 153-163.
37. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). *Responsabilidad Extracontractual*. (2ª. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
38. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2011). *Nuevas Tendencias de la Responsabilidad*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.
39. RODRÍGUEZ ROMERO, Sophia (2013). "Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno". *Revista Ius et Praxis*, año 19, N°2, pp. 207-250.
40. ROSS, Alf (1970). *Sobre el derecho y la Justicia*. (2ª. ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
41. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1932). *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
42. TAPIA SUÁREZ, Orlando (1941). "De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes". Memoria para licenciatura. Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile.
43. VERGARA BEZANILLA, José Pablo. (2004) "Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual". *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°12, pp. 55-66.

Normas citadas.

1. Código Civil.
2. Código Penal.
3. Código Procesal Penal.

Jurisprudencia citada.

1. *Fisco de Chile con Pedro Antolín Rojas Oyarce* (2007). Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2007, Rol N°9027-2001 (cumplimiento forzado obligación de hacer).

2. *Billion Act Limited con Lucky Crown y otros* (2007). Corte Suprema, 27 de diciembre de 2007, Rol N°4357-2007 (incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios).
3. *Juan Beltrán Letelier con Banco Santander* (2009). Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de marzo de 2009, Rol N°1857-2007 (indemnización de perjuicios).
4. *Carmen Warnken Díaz con Fisco de Chile* (2010). Corte de Apelaciones de Talca, 10 de enero de 2010, Rol N°1356-2008 (indemnización de perjuicios).
5. *Patricio Gómez con Andrea Garri* (2011). Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2011, Rol N°74-2011 (incumplimiento contractual e indemnización de perjuicios).
6. *Amelia Manquel con Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación* (2013). Corte de Apelaciones de Valdivia, 28 de enero de 2013, Rol N°777-2012 (indemnización de perjuicios).
7. *Nelson Caucoto Pereira con Fisco* (2011). Corte Suprema, 29 de noviembre de 2011, Rol N°6566-2009 (indemnización de perjuicios).
8. *Claudio Silvano Jara Ferrada con Isapre CONSALUD S.A* (2014). Corte Suprema, 31 de enero de 2014, Rol N°509-2014 (recurso de protección).
9. *Elisabeth Neira Salgado con Fisco de Chile* (2014). Corte Suprema, 11 de junio de 2014, Rol N°6154-2014 (indemnización de perjuicios).
10. *Inversiones Los Coigües Limitada con Impregnadora Laguna Limitada* (2014). Corte de Suprema, 6 de noviembre de 2014, Rol N°23887-2014, (incumplimiento contractual y responsabilidad extracontractual).
11. *César Juacida Percaz con Oscar Pizarro Letelier* (2014). Corte de Apelaciones de Rancagua, 19 de mayo de 2014, Rol N°1119-2013 (indemnización de perjuicios).
12. *Juan Ewald Hald Trabucco con Rodolfo Labarca Coodman y otros* (2014). Corte Suprema, 18 de mayo de 2015, Rol N°4260-2011 (indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual).
13. *Ricardo Hernán Ubilla Cáceres con Isapre BANMÉDICA S.A* (2015). Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de marzo de 2016, Rol N°11.506-2015 (indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual).
14. *Andrés Pino Ortiz con Asociación Chilena de Seguridad* (2016). Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de abril de 2016, Rol N°12561-2015 (indemnización de perjuicios).

15. *Concretos Celulares Hormicel Ltda. y otro con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y otro* (2016). Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de agosto de 2016, Rol N°867-2015 (indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual).
16. *Georgina Vera Órdenes con Fisco de Chile* (2017). Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017. Rol N°83397-2016 (indemnización de perjuicios).
17. Corte de Apelaciones de San Miguel (1992), 15 de abril de 1992 (responsabilidad médica), Gaceta Jurídica N°143: 75-76.
18. Corte de Apelaciones de Santiago (1991), 4 de noviembre de 1999 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XCVI: 100-101.
19. Corte de Apelaciones de Santiago (1993), 28 de enero de 1993 (responsabilidad médica), Gaceta Jurídica N°151: 54-55.
20. Corte de Apelaciones de Concepción (2000), 10 de agosto del 2000, confirmada por Corte Suprema (2002), 24 de enero de 2002 (responsabilidad médica), Gaceta Jurídica N°259: 38-39.
21. Corte Suprema (1933), 21 de septiembre de 1933 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XXII.
22. Corte Suprema (1944), 13 de enero de 1944 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XLII.
23. Corte Suprema (1950), 18 de abril de 1950 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XLVII: 127-128.
24. Corte Suprema (1951), 3 de julio de 1951 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XLVIII: 252-253.
25. Corte Suprema (1991), 30 de julio de 1991 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XXXVIII.
26. Corte Suprema (1997), 23 de octubre de 1997 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XCIV.
27. Corte Suprema (1998), 29 de septiembre de 1998 (responsabilidad médica), Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XCV: 157-158.
28. Corte Suprema (2001), 5 de diciembre de 2001 (responsabilidad médica), Gaceta Jurídica N°257: 39-40.