

# La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción\*

Reinterpretation of the article 1547 of Civil Code Chilean:  
the end of an ancient presumption

Hugo A. Cárdenas Villarreal\*\*

Universidad Andrés Bello (Chile) y Universidad de Chile

---

\* Este artículo corresponde a un resultado parcial del proyecto de investigación "DERECHO DE DAÑOS: *Explicaciones en torno a los mecanismos jurídicos de reparación*", n° DI-04-10/JM, subsidiado por la Dirección General de Investigación y Doctorado de la Universidad Andrés Bello, en el marco del fondo Jorge Millas.

\*\*Profesor de Introducción al Derecho, de Metodología de la Investigación y de Derecho Civil; Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello (Chile). Profesor de Derecho Civil por concurso público, Universidad de Chile.

hcardenas@unab.cl

---

REVISTA DE DERECHO

N.º 36, Barranquilla, 2011

ISSN: 0121-8697

## Resumen

*En este trabajo intentamos sistematizar y dar una explicación a algunas de las soluciones que la doctrina chilena ha ido adoptando al recepcionar la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado para resolver casos de responsabilidad civil por actos médicos. Se trata de una aproximación dogmática de carácter tópica a un tema de gran complejidad sustantiva y procesal, por lo que parte importante del tratamiento del régimen jurídico de las obligaciones de medios ha sido deliberadamente postergado, para concentrarnos y dar a conocer al medio colombiano los problemas y las eventuales soluciones que se han suscitado a propósito de la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico chileno.*

*En lo medular, sostendremos que el artículo 1547.3 del CC.CH (1608.3 del CC.CO) no contiene un principio general de presunción de culpa aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, y que al no ser aplicable a las obligaciones indeterminadas de actividad (obligaciones de medios), el mismo no es un obstáculo para la recepción de la distinción y del más controvertido de sus efectos: la variación de la regla dogmática que distribuye la carga de la prueba de la culpa.*

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, culpa médica, obligaciones de medio y resultado, presunción de culpa, mandato.

## Abstract

*In this paper I shall organize and explain some of the answers that Chilean legal doctrine has provided when introducing the distinction between the duty of reasonable care and the duty to achieve a certain result in order to decide cases of medical liability. For that purpose I employ an analytical method, focusing on the law of evidence and developing its substantive and procedural aspects. Basically I shall argue that article 1547 of the Chilean Civil Code (equivalent to article 1608.3 of the Colombian Civil Code) does not include a general principle that presumes guilt in all cases of contractual obligations. Furthermore, because it is not applicable to the type of obligations where some degree of care is required it is not an obstacle to the introduction of the distinction between the duty of reasonable care and the duty to achieve a certain result and its most controversial effect, the changes in the burden of proof of the degree of guilt.*

**Keywords:** Civil liability, duty of reasonable care, duty to achieve a certain result, medical, fault, presumption of guilt, mandate.

*Fecha de recepción:* 9 de diciembre de 2010

*Fecha de aceptación:* 13 de marzo de 2011

## I. INTRODUCCIÓN, PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS

Bien conocida es la gran difusión que logró el Código Civil de Bello en Sudamérica y Centroamérica. Y también es bien conocido el hecho de que la mencionada influencia admite múltiples formas y grados de penetración en los distintos países donde ejerció su influjo. De esta manera, las investigaciones al respecto recomiendan distinguir tres modalidades en las que el Código Civil chileno influenció a sus pares sudamericanos y centroamericanos. Y tales modalidades puede sostenerse que son las siguientes: en ocasiones fue adoptado pura y simplemente; en otros casos fue utilizado como modelo principal para redactar códigos nacionales y, finalmente, respecto de varios textos, constituyó una fuente importante, pero entre varias otras (Tapia, 2005, p. 51).

En cuanto a la primera modalidad, varios países adoptaron íntegramente el Código Civil chileno, con solo algunas modificaciones menores. Y es precisamente dentro de este grupo donde se cuenta a Colombia, país donde sus estados lo adoptaron progresivamente desde 1858 y su vigencia se extendió a todo el territorio desde 1876. En la actualidad, la cercanía entre los derechos chileno y colombiano transforma en recíprocamente útiles los trabajos de doctrina realizados sobre el Código en estos países, así como los fallos de sus tribunales (Tapia, 2005, pp. 51-52).

Desde esta perspectiva, y en atención a las controversias comunes que tanto el derecho chileno como el colombiano han enfrentado a la hora de dar cabida a la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado, consideramos pertinente exponer al medio colombiano las dificultades y posibles soluciones que la doctrina chilena ha especulado sobre la resistida distinción. Al respecto, probablemente la principal dificultad que el recibo de la distinción ha encontrado en ambos derechos es el régimen probatorio de la culpa. Y no podría ser de otra manera, pues considere el lector que tanto el ordenamiento jurídico colombiano en su artículo 1604.3 del Código Civil como el chileno en su artículo 1547.3 del mismo cuerpo legal cuentan con una regla que incide perturbadoramente sobre la prueba de la culpa. Los artículos

citados prescriben que *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

Las interpretaciones que se han dado a los precitados artículos se han incardinado por senderos análogos en ambos derechos. Para una parte de la doctrina colombiana, como para el grueso de la doctrina chilena, esta norma contiene un principio general de presunción de culpa en materia contractual.

En el derecho chileno, por efecto de la interpretación dada a la regla mencionada en relación con los artículos 1671 y el 1698 del CC.CH., con excepción de las tempranas obras de Tapia Suárez<sup>1</sup> (1941/2006) y de Stitchkin Branover (1950, pp. 452 y ss.), tradicionalmente se ha rechazado la aplicación en nuestro derecho de la célebre distinción atribuida a Demogue. El decano Alessandri (2005) llegó a escribir que la distinción sería “inaceptable en nuestra legislación” (p. 58, nota 4), pues tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. No obstante lo anterior, hoy en día prácticamente la totalidad de la doctrina chilena se refiere a la distinción con diferente profundidad<sup>2</sup>, y autores tan influyentes como René Abeliuk –que antaño negaban su procedencia– atestiguan que los tribunales la aplican, e incluso se muestran favorables a que en el futuro se modifique el Código Civil para darle acogida legislativa (Abeliuk, 2008, p. 221).

Como se sugiere en la rúbrica, en este trabajo intentamos sistematizar y dar una explicación a algunas de las soluciones que la doctrina

---

<sup>1</sup>*De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes, Memoria de Prueba.* La obra fue reimpresa con notas de José Luis Diez Schwerter por Lexis Nexis (2006). Sobre el tema de las obligaciones de medios y de resultados pueden verse las páginas 498 y ss.

<sup>2</sup>Hoy en día, ciertamente no son pocos los trabajos en que se menciona el tema, pero dicho tratamiento obedece, más bien, a una exposición meramente descriptiva, y sin mayor análisis de las reales concomitancias que la recepción de esta distinción acarrea en el ordenamiento jurídico chileno, especialmente a efectos de la carga de la prueba. De esta manera, y por la naturaleza de esta investigación, prevenimos al lector de que no se hace un exhaustivo examen de toda la producción nacional al respecto; solo nos ocupamos de aquellas explicaciones que intentan conciliar la distinción y el artículo 1547 del CC.CH. (artículo 1604 CC.CO).

chilena ha ido adoptando al aplicar esta distinción para resolver casos de responsabilidad civil por actos médicos. En lo sustancial, nuestro principal objetivo es hacer notar que la distinción bajo análisis introduce dramáticas variaciones en la forma tradicional de interpretar las normas que regulan la prueba de la culpa; que las soluciones habituales que se dan al respecto no son del todo satisfactorias y, por último, exponer las teorías que a nuestro parecer se revelan más idóneas para conciliar la distinción con un Código que, en su origen, no la concibió.

## II. HIPÓTESIS E INTERÉS DEL TEMA

En lo medular, sostendremos que el artículo 1547.3 del CC.CH. (1608.3 del CC.CO)<sup>3</sup> no contiene un principio general aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, y que al no ser aplicable a las obligaciones indeterminadas de actividad (obligaciones de medios), el mismo no es un obstáculo para la recepción de la distinción y del más controvertido de sus efectos: la variación de la regla dogmática que distribuye la carga de la prueba de la culpa.

Se sostendrá, en segundo lugar, que por regla general, en las obligaciones de medios la carga de la prueba de la culpa pesa sobre la cabeza del acreedor o demandante.

Además de su marcado interés teórico, el tema tiene un gran atractivo práctico desde que, como se verá, en los últimos meses la Corte Suprema de Chile ha tenido la oportunidad de pronunciarse en más de una ocasión sobre el asunto. En estos fallos, la Corte se ha alejado decididamente de la doctrina de la culpa presunta, poniendo la carga de la prueba del incumplimiento, y con ello, de la culpa, en la cabeza del deudor.

---

<sup>3</sup>Para evitar reiteraciones farragosas, en adelante al referirnos al artículo 1547 del CC.CH. no referiremos la norma colombiana; en todos los demás supuestos se colocará la norma colombiana entre paréntesis.

### III. METODOLOGÍA

Este artículo se desarrolla en función de una primera aproximación dogmática de carácter tópica a un tema de gran complejidad sustantiva y procesal, por lo que parte importante del tratamiento del régimen jurídico de las obligaciones de medios ha sido deliberadamente postergada, para concentrarnos en el problema de la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico chileno y, sobre su efecto, sobre la carga de la prueba.

Estructuralmente, este trabajo está dividido en tres partes. En la primera se expone una reinterpretación del artículo 1547 del CC.CH. junto al verdadero alcance de las normas del mandato (I). Se analizará en este apartado la relativa utilidad de la solución que propone aplicar las normas del mandato (1); para terminar con nuestra posición respecto al tema (2); en el segundo apartado se presentan los efectos sistémicos de la distinción (II); y, por último, trataremos de dar cuenta de los efectos respecto de la carga de la prueba de la culpa (III).

#### **a. La reinterpretación del artículo 1547 CC.CH y el verdadero alcance del artículo 2158 del CC.CH (2184 CC.CO)**

En términos generales, un estudio dogmático implica apoyar la solución del problema jurídico que se nos plantea en el derecho positivo vigente. Implica, en nuestro caso particular, que la solución que se proponga encuentre respaldo en el articulado del Código Civil, o en lo que la doctrina y la tradición acuerdan que dice el Código. Desde esta perspectiva de análisis se presentan “complicaciones” a la aplicación y uso de la distinción en comento, pues se entiende que el artículo 1547.3 del CC.CH. contiene una regla general que pone la carga de la prueba de la culpa en el deudor incumplidor, y la aceptación de las obligaciones de medios terminaría por variar esa regla.

Por lo mismo, la solución “dogmáticamente permitida” dentro de nuestra comunidad jurídica pasa por encontrar una regla que se aplique particularmente al caso controvertido (la responsabilidad del galeño) o por entender que el artículo 1547.3 del CC.CH. no tiene aplicación

general. En lo que sigue argumentaremos a favor de una reinterpretación del artículo 1547.3 del CC.CH., no obstante que antes nos haremos cargo de la solución que pretende salvar la aplicación de los efectos de la distinción aplicando las reglas del mandato.

- ***Relativa utilidad de la solución que propone aplicar las normas del mandato***

En los casos de responsabilidad por actos médicos, el solo pensar en una responsabilidad por culpa presunta como regla general repudia al más elemental sentido de justicia y descubre dramáticamente la falta de fundamento que tiene la aplicación general de una regla como la contenida en el artículo 1547.3 del CC.CH. Y es que si lo pensamos detenidamente, no hay razón que justifique una inversión de la carga de la prueba de la culpa para toda la gama de obligaciones que pueden surgir en el derecho contemporáneo.

Como adelantamos, frente al problema descrito, la primera tentación que se nos puede presentar consiste en salvar el cuestionamiento que desde la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado se le dirige a la presunción general de culpa del artículo 1547.3 del CC.CH. identificando una norma que rija en razón de especialidad a los profesionales, y que consigne para estos los mismos efectos que la recepción de la distinción conseguiría para toda clase de actividades.

En este contexto, alguien podría sostener que en Chile, al igual que en Colombia, no sería necesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados, puesto que es el mismo Código el que para el caso de las profesiones que “suponen largos estudios” pone la carga de la prueba en la persona del demandante paciente. El argumento se construiría de la siguiente manera: si el artículo 2118 del CC.CH. (artículo 2144 CC.CO) ordena que *Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios [...] Se sujetan a las reglas del mandato*, y el artículo 2158 (2184 del CC.CO) no permite al mandante/paciente dispensarse de cumplir sus obligaciones alegando que *el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa*, entonces, no es necesario aplicar la

incómoda distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado, puesto que con la aplicación de las normas del mandato conseguiríamos el mismo efecto respecto de la carga de la prueba de la culpa.<sup>4</sup>

A nuestro juicio, la solución descrita presenta debilidades argumentativas y sustantivas que no recomiendan su uso normativo generalizado respecto de la responsabilidad civil del facultativo. En primer lugar, porque el artículo analizado está regulando unas específicas hipótesis de cumplimiento, lenguaje que –como ya se ha hecho notar en el derecho comparado– no conviene confundir con el de la responsabilidad civil (por todos, cfr. Yzquierdo, 2001, pp. 40 y ss.). En segundo lugar, porque aceptar de manera general que la culpa del facultativo siempre debe ser probada por el paciente (no se presume) porque así lo dicta el artículo 2158 del CC.CH. (2184 CC.CO), llevaría finalmente a afirmar una regla general inversa a la del artículo 1547.3 del CC.CH. y, en consecuencia, a negar la inversión de la carga de la prueba en casos en que esta sí se justifica, es decir, en los casos en que nos encontremos ante el incumplimiento de una obligación médica de resultado.

Si examinamos detenidamente el texto de la norma<sup>5</sup>, advertiremos que la misma está regulando el caso en que el mandante pretenda excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone, y que en ningún momento está dando una pauta general respecto del régimen de prueba de la culpa a efectos de imputar responsabilidad por incumplimiento al mandatario, como ya lo observó en su momento el decano Alessandri (2005) al advertir respecto del último inciso del artículo 2158 del CC.CH. que [...] *el mandante deberá probar la culpa del mandatario, no para hacer efectiva la responsabilidad de este por inejecución de sus obligaciones, sino para dispensarse él mismo de cumplir con las que, a su vez, el mandato le impone a favor del mandatario* (pp. 42 y 43, nota 3).

---

<sup>4</sup>Argumentando en el mismo sentido, pero en el medio colombiano, puede verse Tamayo (1990, pp. 114-119).

<sup>5</sup>Por lo que aquí nos interesa, la norma prescribe: “No podrá el mandante *dispensarse* de cumplir *estas* obligaciones [...] salvo que prueba culpa”.



El mencionado precepto no puede sino interpretarse de esta manera, pues para una exégesis más extensiva sería necesario soslayar su sintaxis, específicamente la frase que prohíbe al mandante dispensarse de cumplir ciertas obligaciones, lo que a todas luces, más que una interpretación, resulta ser una tergiversación. A mayor abundamiento, la opinión de la doctrina más autorizada en la materia<sup>6</sup> considera que la prueba de la culpa del mandatario está sujeta a las normas de derecho común, y que dependiendo de si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado (indeterminada o determinada en palabras de Stitchkin) recaerá sobre el acreedor la carga de la prueba de la culpa, razonamiento que excluye una única regla general para todo tipo de obligaciones. El profesor Stitchkin, tras anotar que basta que el mandante pruebe la existencia de la obligación incumplida para que se presuma o entienda que el incumplimiento es culpable, previene que es necesario hacer un distingo de importancia a efectos de la prueba, en lo tocante a las causas que generan la responsabilidad del mandatario.

Sostiene la doctrina citada que

"Cuando la responsabilidad proviene de la inejecución del negocio encomendado, bastará al mandante probar la existencia del contrato y el monto de los perjuicios que el incumplimiento le ha irrogado. Probada la existencia del contrato quedará acreditada la obligación que contrajo el mandatario de llevarlo a cabo y éste sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando que lo ha ejecutado o que la inejecución se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. Lo mismo ocurre si se trata de incumplimiento parcial. Al mandante le bastará acreditar la ejecución parcial del negocio y los perjuicios que le ha irrogado la inejecución del resto. Con ello quedará establecida la responsabilidad del mandatario y

---

<sup>6</sup>Para Stitchkin (1950, p. 453), el artículo 2158 del CC. *no se refiere a los casos en que el mandatario no ha ejecutado el encargo, lo ha ejecutado parcialmente, ha retardado su ejecución o lo ha ejecutado infringiendo las instrucciones del mandante. Por el contrario, parte del supuesto que el negocio se ha realizado totalmente, pues de otro modo no es posible que el mandatario alegue <<que no ha tenido buen éxito>> o <<que pudo desempeñarse a menos costo>>. Si ya se discute el éxito obtenido o los gastos en que ha incurrido el mandatario, es porque el negocio se ha realizado; vale decir, el mandatario ha dado cumplimiento a las obligaciones que determinadamente contrajo, de ejecutar el negocio en forma y tiempo convenidos y ajustándose a sus poderes.*

su obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento (Stitchkin, 1950, p. 451).

Del mismo modo, si el mandatario ha ejecutado el encargo violando las instrucciones del mandante, éste solo deberá probar la existencia del mandato y de las instrucciones infringidas, las cuales pueden estar contenidas en el mismo título o en actos separados [...]. O sea, en los casos anteriores solo cabe aplicar las reglas generales que rigen la prueba de las obligaciones y de su extinción, artículos 1698 y 1547 (Stitchkin, 2005, p. 452).

Pero junto a estas obligaciones determinadas en cuanto a su objeto – ejecutar el negocio, atenerse a las instrucciones que le ha dado el mandante, etc.– existe otra que podríamos calificar de indeterminada y que consiste en el deber general de diligencia y cuidado que pesa sobre todos los individuos que viven en sociedad y cuya infracción da origen a la responsabilidad extracontractual, con la diferencia que la primera va incorporada expresamente en el contrato de mandato y el segundo es ajeno a toda relación contractual (Stitchkin, 2005, p. 452).

Del carácter <<indeterminado>> que reviste la obligación del mandatario de obrar con el cuidado de un buen padre de familia, resulta una consecuencia de interés en lo tocante a la prueba. En efecto, pesa sobre el mandante la necesidad de probar que el mandatario ha infringido esa obligación y sólo una vez que se acredite surgirá la del mandatario en orden a probar que ha empleado el cuidado suficiente o que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor que le exonere de responsabilidad" (Stitchkin, 2005, p.452).

Es dudoso que las normas del mandato sean hoy en día aplicables a los profesionales de la salud, pero aun admitiendo esta posibilidad, debe ser rechazada la interpretación dada al artículo 2158 del CC.CH. (2184 CC.CO), en tanto que sería la norma que prescribiría con carácter general (para todo tipo de obligaciones) que la prueba de la culpa necesaria para imputar responsabilidad recae sobre el mandante/paciente, haciendo innecesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado.

- ***Nuestra posición. La solución que propone reinterpretar el artículo 1547.3 del CC.CH. y restringir su alcance respecto de la distribución de la carga de la prueba***

En realidad, las dificultades de aplicación del artículo 1547.3 del CC.CH. son más bien aparentes y responden a una lectura fosilizada del Código Civil. A grandes rasgos, uno de los argumentos que utiliza la doctrina que niega la aplicación de la distinción obligaciones de medios/ obligaciones de resultado consiste en que, como el Código Civil no establece diferencias, el artículo 1547.3 del CC.CH. contiene una regla que determina que la carga de la prueba correspondería al deudor/médico, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación de que se trate.

En nuestra opinión, la distinción no encontraría ninguna dificultad en cuanto entendemos que el artículo 1547 del CC.CH. no contiene una regla de aplicación general, sino que se aplicaría exclusivamente al género de las obligaciones de resultado, sobre todo a aquella obligación de entrega y conservación de la cosa que se debe. La anterior afirmación la basamos en los siguientes argumentos:

- A. *El artículo 1547, inciso 3º del CC.CH. solamente le es aplicable a las obligaciones de resultado*

El artículo 1547.3 del CC.CH. está pensado principalmente para las obligaciones de dar y no para las obligaciones indeterminadas de hacer, como lo demuestra su fraseo (a), su ubicación geográfica en el articulado del Código (b) y la comparación con la fuente tanto doctrinaria (Pothier) como legislativa (*Code*), que nuestro codificador indudablemente utilizó como modelo en esta materia (c).

a. *Respecto del fraseo*, basta con leer el artículo 1547.3 del CC.CH. para que el intérprete pueda cotejar que el legislador al momento de redactar la norma, cuando menos, tenía como modelo una obligación de dar. En efecto, al prescribir el mencionado artículo en su inciso 2º, *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)*... [las cursivas son nuestras], resulta

muy difícil sujetar una interpretación tendiente a una aplicación generalizada, pues el texto entre paréntesis ejemplifica precisamente con la cosa debida, y ya se sabe cómo para Bello *los ejemplos ponen a la vista el verdadero espíritu y sentido de la ley en sus aplicaciones*.<sup>7</sup>

Desde otra perspectiva, la tesis descrita adquiere mayor claridad si hacemos el ejercicio de cotejar el actual texto del artículo 1547 del CC.CH. (artículo 1604 CC.CO) con su ascendiente normativo. Y es que el texto completo del artículo 4 del título XI del Proyecto de Código Civil presentado por Bello en 1842 (1932) únicamente decía:

La obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

Si se observa cuidadosamente, el artículo recién transcrito ya contenía todas las partes estructurales del actual artículo 1547 del CC.CH. Así, la frase *esta obligación es más estricta según la naturaleza del contrato*, no es más que una fórmula resumida de la tripartición de las culpas<sup>8</sup>. Pero el punto que intentamos resaltar es que en el contexto descrito, el agregado *la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo...* parece tan solo advertir a quién le corresponde la carga de la prueba de la excusa liberatoria (*casus*) que el propio artículo contemplaba para la obligación de conservación de la cosa.

**b.** *Respecto de su ubicación geográfica en el articulado del Código*, si se lee con atención el título XII del libro IV, tras los dos primeros artículos que claramente tienen pretensión de aplicación general (artículos 1545 y 1546 del CC.CH. y artículos 1602 y 1603 del CC.CO), es notorio que

<sup>7</sup>Cfr. antepenúltimo párrafo del mensaje del Código Civil chileno.

<sup>8</sup>De hecho, es la fórmula que Pothier (1824, p. 83) justo antes de referir que en el Digesto 5, 2. aparece la regla de la tripartición, y también justo antes de afirmar que la misma *recibe, sin embargo, numerosas excepciones...*

el legislador ubica el 1547 del CC.CH. entre los artículos en los que reglamenta las obligaciones de dar y bastante alejado de aquellos que regulan las obligaciones de hacer y de no hacer. Así, haciendo abstracción del artículo 1547 del CC.CH., el artículo 1548 del CC.CH. (1605 del CC.CO) inicia afirmando: *La obligación de dar contiene...*; el artículo 1549 del CC.CH. (1606 del CC.CO) reza: *La obligación de conservar la cosa ...*; el artículo 1550 del CC.CH. (artículo 1607 del CC.CO) a su vez reitera: *el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...*; y solo a partir del artículo 1553 del CC.CH. (artículo 1610 CC.CO) es cuando el codificador empieza a reglamentar las obligaciones de hacer al prescribir: *Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora...*; siguiendo en el artículo 1554 del CC.CH. (1611 CC.CO) con la regulación de otra típica obligación de hacer (la proveniente del contrato de promesa); y finalizando la tipología en el artículo 1555 del CC.CH. (1612 CC.CO) al referir que *toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios...*

c. *Respecto de las fuentes legislativas y doctrinarias que Bello tuvo a su alcance*, son tremendamente reveladoras en apoyo de nuestra tesis la redacción del *Code* y los escritos de Pothier en relación a la tripartición de las culpas.

La comparación con la sistemática del Código Civil francés arroja mucha luz sobre nuestro asunto, pues como se verá, nuestro codificador habiendo seguido prácticamente al pie de la letra la redacción del *Code*, se permitió dos variaciones que se ubicarán en la raíz de nuestro problema: por un lado, introdujo el artículo 1547 del CC.CH. y, por otro, suprimió las rúbricas en las que el codificador francés dejaba en claro a qué tipo de obligaciones se estaba refiriendo.

Con respecto a la fuente doctrinaria, basta una mirada al célebre texto de Pothier, del que Bello tomó con seguridad al menos el inciso 1º del artículo 1547 del CC.CH., para corroborar que el autor francés no daba aplicación general a la regla que contenía la tripartición de las culpas, refiriéndola únicamente a las obligaciones de dar y, que aun dentro de estas obligaciones, el insigne jurista reconocía numerosas excepciones a la aplicación de la regla (Pothier, 1824, pp. 83 y ss.).

| Código Civil chileno*  | Código Civil frances**  |
|--|---|
| <p style="text-align: center;"><b>DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES</b></p> <p><b>Artículo 1545.</b> Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.</p> <p><b>Artículo 1546.</b> Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.</p> <p><b>Artículo 1547.</b> El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.</p> <p>El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.</p> <p>La prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito al que lo aleja.</p> <p>Todo lo cual se entiende, sin embargo, sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las disposiciones expresas de las partes.</p> <p><b>Artículo 1548.</b> La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.</p> | <p style="text-align: center;"><b>DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Sección I</b><br/><b>Disposiciones generales</b></p> <p><b>Artículo 1134.</b> Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado.</p> <p>Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley.</p> <p>Deberán ser ejecutados de buena fe.</p> <p><b>Artículo 1135.</b> Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.</p> <p style="text-align: center;"><b>Sección II</b><br/><b>De la obligación de dar</b></p> <p><b>Artículo 1136.</b> La obligación de dar comportará la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, bajo pena de indemnización por daños y perjuicios hacia el acreedor.</p> <p><b>Artículo 1137.</b> La obligación de velar por la conservación de la cosa, bien que el acuerdo tuviera por objeto sólo la utilidad para una de las partes o bien la utilidad común, someterá a quien esté encargado de ella al deber de aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia.</p> <p>Esta obligación se extenderá en mayor o menor medida a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explicarán en los títulos correspondientes a los mismos.***</p> |

\* Como es obvio, la misma comparación puede hacerse con el Código Civil colombiano, libro IV, título XII, artículos 1602 y siguientes.

\*\* La traducción del texto francés puede verse en <http://www.legifrance.gouv.fr>. La traducción fue hecha por la Dra. Michèle Mestrot, profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour; el Prof. Dr. José Javier Hualde Sánchez, catedrático de la Universidad del País Vasco (San Sebastián - Gipuzkoa); el Prof. Dr. Christian Larroumet, catedrático de la Universidad de París II, y el Prof. Dr. Jean-Jacques Lemouland, catedrático de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour.

\*\*\*Al comparar el artículo 1137 del *Code* con el mencionado antecedente normológico del artículo 1547 del CC.CH. La obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa) no quedan dudas de que se trata de la misma regla, aunque en el Código chileno se le hayan suprimido los acápites.

*Continúa...*

|   |  |
|---|--|
| <p><b>Artículo 1549.</b> La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado.</p> <p><b>Artículo 1550.</b> El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.</p> | <p><b>Artículo 1138.</b> La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.</p> <p>Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último.</p> <p><b>Artículo 1139.</b> El deudor se constituirá en mora, bien mediante una acusación de la mora o por otro acto equivalente, tal como una carta de cuyos términos se pueda deducir una interpelación suficiente, o bien por el efecto del acuerdo, cuando comporte que, sin que haya necesidad de ninguna actuación y por el simple vencimiento del plazo, el deudor quedará constituido en mora.</p> |
|---|--|

En palabras del propio Pothier y bajo la rúbrica “De la obligación de dar”

[...] cuando es un cierto cuerpo lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga a tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa...”, y respecto del grado de cuidado que se debe tener en relación a la conservación de la cosa y, previo a citar el precepto romano que también regula la conservación de la cosas afirma: “El cuidado que se debe poner a esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos de donde desciende la obligación” (Pothier, 1824 p. 83).

Como se puede observar, la fuente doctrinaria no se refiere a una presunción general al regular la materia que recoge el artículo 1547 del CC.CH. (tripartición de culpas), ya que solo se refería a obligaciones de dar un cuerpo cierto. Por lo mismo, el artículo 1547 del CC.CH., y cualquier generalización que de él mismo se pretenda, tendría como límite de aplicación los territorios de las obligaciones de dar un cuerpo cierto, y aun dentro de estas –reconocía el propio Pothier– la regla recibiría “numerosas excepciones...” (Pothier, 1824).

Respecto de la presunción de culpa, a la que –dicho sea de paso– no se refirió el autor galo, parece claro que la disposición contenida en el artículo 1547.3 del CC.CH. en estricta teoría, lejos de ser una regla general



para todo incumplimiento contractual, no podría regular más que la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de dar, y por lo tanto no sería más que una reiteración de la regla contenida en el artículo 1671 del CC.CH. (1730 CC.CO) que, respecto de la pérdida de la cosa que se debe, presume la culpa del deudor.

Difícilmente se puede atribuir a un mero descuido la generalización que del régimen de las obligaciones de dar hizo Bello, pues, bien vistas las cosas, perfectamente se pudo tratar de una decisión reposada. En su época, y mucho tiempo después de ella –como reconoce Claro Solar–, ese tipo de obligaciones ha sido en nuestro entorno<sup>9</sup> la más común de las obligaciones utilizadas por los privados para proveerse los bienes necesarios para conseguir sus fines vitales. Desde el punto de vista técnico, Bello solo tuvo que hacer uso de la operación denominada por Guzmán Brito de *ampliación de normas*<sup>10</sup>. Mas lo que ahora nos interesa no es la técnica, sino el hecho de que los motivos que puedo haber tenido el codificador no se encuentran acorde con la realidad social de hoy, y por lo mismo, el criterio histórico e interpretación debe ser postergado<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>Son reveladoras las palabras de Luis Claro Solar (*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 11°, De las obligaciones, II..., pp. 499 y ss.) cuando afirma que *el Código francés se refiere a la prestación de la culpa solamente al tratar de la obligación de velar por la conservación de la cosa en las obligaciones de dar. Ha influido seguramente en ese procedimiento de sus redactores el ejemplo de Pothier que se refiere también a la prestación de la culpa en los efectos de esta clase de obligaciones. Sin duda en ellas tiene más importancia y aplicación la teoría de la culpa; pero esto no significa que no deba presentarse en las obligaciones de hacer o no hacer, como lo advierten los comentadores de ese Código generalizando las reglas referentes a esta responsabilidad de los contratantes.*

*Por lo demás Pothier, al referirse a esta prestación de la culpa en las obligaciones de dar, establece las reglas a que en general se haya sujeta; y como se trata de una prestación que tienen lugar en toda clase de contratos y por lo mismo de obligaciones, nuestro Código ha hecho bien en consignarlas como efecto de los contratos en una disposición especial que los comprende a todos.*

<sup>10</sup>Se trata de extender a un mayor número de casos los efectos de una regla dada para un caso particular. Sobre este y otros temas técnicos de la codificación puede verse en extenso Guzmán (1982).

<sup>11</sup>Es dudoso que hoy en día las obligaciones de dar hayan perdido su importancia tanto en número como en utilidad, sin embargo, es un hecho que en la medida en que ha aumentado la tercerización de la economía, también lo ha hecho el número de obligaciones de hacer en el tráfico jurídico. Sobre este proceso, piénsese cómo en un rubro tan importante como las ventas inmobiliarias, la clásica obligación de dar que encerraba la compraventa se ha venido transformando en la práctica en obligaciones de hacer a través del contrato de promesa; o en materia de contratos (incluidos aquí los contratos cuyo objeto esté constituido por servicios); o piénsese todo el campo obligacional generado por relaciones en las que (sin ser las profesiones liberales) el papel profesional articulado a través de un contrato de mandato cobra una gran relevancia, como por ejemplo, en la gestión que los bancos hacen de los créditos de sus clientes.



Sin duda, el cambio de actitud de “los consumidores” hacia los profesionales liberales ha puesto en evidencia el florecimiento de la categoría de las obligaciones de medios; y sin llegar a los extremos de afirmar que se trata de la categoría de obligaciones más importantes en el tráfico actual, sí podemos hacer notar que su aparición demanda una solución diferente de la concebida para las obligaciones de dar. En este contexto, hemos expuesto los argumentos necesarios para variar la interpretación tradicional del artículo 1547.3 del CC.CH. (1604 del CC.CO) y sustraer de su ámbito de aplicación si no a todas las obligaciones de hacer, por lo menos a aquellas que podamos calificar como indeterminadas. En otras palabras, no puede haber una presunción de culpa cuando nos encontremos ante una típica obligación de medios.

#### **b. Efectos sistémicos de la recepción de la distinción**

Tanto en la doctrina chilena como en la foránea, los autores que abordan la distinción en cuestión generalmente parten de hacer notar que la utilidad de la misma tiene que ver más con la verificación del incumplimiento que con la inversión de las cargas de la prueba. Otros, de manera más sofisticada, afirman que

las obligaciones de medios suponen preguntas en materia probatoria que son distintas a las que nacen de los negocios de intercambio de cosas; pero la particularidad en este terreno proviene de diferencias en el contenido normativo de la obligación contractual y, solo consecuencialmente en la pregunta por su incumplimiento. Desde esta perspectiva, la interpretación del contrato supone preguntarse por la distribución de riesgos si no se obtiene el beneficio que el acreedor esperaba obtener mediante el contrato (Barros, 2009, pp. 310 y 311).

Sin negar la importancia de las anotaciones, nos parece que lo reiterado de las advertencias no hace más que reafirmar el hecho de que la distinción –si se prefiere, como un efecto indirecto del contenido de la obligación– produce los mayores desacuerdos en lo que dice relación con la determinación de la carga de la prueba de la culpa. Así, cuando menos en Francia, hasta 1928 la práctica totalidad de la doctrina admitía que la gran diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual era que la culpa se presumía en la primera y que, ade-

más, esa presunción no se podía romper salvo probando causa extraña (Jourdain & Viney, 1996, p. 442); y es a partir de la obra de Demogue que un sector de la doctrina empezó progresivamente a admitir que la diferencia en el trato probatorio no dependía del estatuto de responsabilidad que se hubiese invocado, sino de la naturaleza de la obligación incumplida.<sup>12</sup>

Las clasificaciones y subclasificaciones teóricas tienen mayor valor en la medida en que mejor expliquen o justifiquen el fenómeno jurídico que describen. Desde el punto de vista técnico son reconducidas a un criterio ordenador con base en el cual se explican sus particularidades; de allí que el valor de recibir una distinción teórica producida en otro contexto normativo radica en recibirla con los efectos que la misma produce en el mentado contexto. Es la solución la que interesa y no la forma. En el moderno planteamiento de la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado, el criterio ordenador es precisamente la distribución de la carga probatoria; así, en caso de encontrarnos ante una obligación de resultado incumplida, la culpa se presume; y en caso de encontrarnos ante una obligación de medios, la culpa no podrá presumirse y deberá ser soportada por el acreedor.

Un poco más abajo daremos las razones que justifican el diferente trato; por ahora solo nos apura llamar la atención sobre el hecho de que es con diversidad de efectos que interesa discutir sobre la admisibilidad de la distinción.

---

<sup>12</sup>Sin pretender discutir el origen alemán o incluso romano de la distinción, creemos que no caben dudas de que fue el autor galo quien popularizó y destacó la importancia que tiene diferenciar las obligaciones de medio y de resultado para configurar la responsabilidad contractual y solucionar el problema de la carga de la prueba de la culpa. Sobre el origen histórico de la distinción puede revisarse en lengua castellana, de entre la abundante bibliografía, Cabanillas (1993, pp. 13 y ss.). La carga de la prueba de la culpa (en las obligaciones de medio) recae sobre el paciente/acreedor, entre otros países, en Francia, Austria, España. En el ordenamiento italiano, según refiere el autor, las obligaciones de medios no son excepción al aparato ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, por lo que el acreedor debe probar el incumplimiento material para que el deudor tenga que aportar la prueba liberatoria, es decir, que el incumplimiento se debió a una causa que no le es imputable.

### c. El efecto de la distinción respecto del régimen probatorio

En el ámbito chileno, a pesar de cierta vacilación de la jurisprudencia médica, por regla general la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el paciente/acreedor (demandante), pues algunos tribunales al catalogar la obligación del médico como una obligación de medios han entendido inaplicable el artículo 1547 del CC.CH.<sup>13</sup>, igualando, de esta manera, la regla contractual, la regla extracontractual, y la regla que se sigue en los casos en que es demandada la responsabilidad del Estado por la falta de servicio<sup>14</sup>. Por vía excepcional, cuando la obligación médica es considerada una obligación de resultado, la culpa se presume “fuertemente” y la argumentación es apoyada en el expediente de los hechos negativos, y en la regla contenida en el artículo 1547.3, cuya aplicación –en estos supuestos– no deviene preterida.<sup>15</sup>

Como ya pusimos de manifiesto en la introducción de este trabajo, para algunos autores, la distinción sería *inacceptable en nuestra legislación* (Alesandri, 2005, p. 58, nota 4), pues tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Otros, más recientemente, han pretendido una revisión de la clasificación interpretando la norma del artículo 1547 del CC.CH. de manera sistemática con el artículo 1698 CC.CH. (1757 CC.CO), norma que realmente contiene el principio rector

---

<sup>13</sup>La comprobación de la afirmación se encuentra en Cárdenas (2009).

<sup>14</sup>En los casos en que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, las Cortes no reproducen la discusión en torno a la calificación de la acción que se ocasiona cuando el daño se produce entre particulares, y en la inmensa mayoría de las sentencias la carga de la prueba la tiene quien demanda. Por vía de ejemplo, en el caso *Oscar Concha Sánchez y Rosa Vera con Servicio de Salud de Concepción*, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 1 de junio de 2006, rol n° 528-2006 (citando como precedentes la sentencia de la Corte Suprema de 18 de enero de 2006, *Semana Jurídica*, n° 276, p. 58, y la sentencia de 14 de enero 2005, *Semana Jurídica*, n° 238, p. 8) es categórica al señalar que tanto la prueba de la falta de servicio como la del vínculo de causalidad entre esta y el daño debe ser probada por quien lo invoca, esto es, por el demandante. Cfr. Conc. 1° del fallo citado.

<sup>15</sup>En este sentido puede verse cómo resolvió la Corte de Santiago el caso *Pedrerros Rebolledo con Pinto Reyes* mediante sentencia de 22 de septiembre de 2006, rol. 5515-2001. Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones se dedujo recurso de casación en el fondo, que fue rechazado por sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 2008, rol. 6113-2006.

de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento, sin embargo, hay interpretaciones en todos los sentidos y para todos los gustos.

Si para la abrumadora mayoría de la doctrina, con fundamento en el artículo 1698 del CC.CH. (1757 del CC.CO), al acreedor/paciente le basta con probar “la existencia del contrato y alegar su incumplimiento”, para que el deudor médico tenga que probar que extinguió (por todos puede verse Abeliuk, 2008, pp. 795 y 793) o responder, también se pueden encontrar algunas opiniones que sostienen –a través de distintas fórmulas argumentativas– que no basta al acreedor con probar la existencia del contrato, sino que tendrá que probar su incumplimiento.

No obstante las opciones ideológicas del intérprete, el texto del artículo 1698 CC.CH. (1757 CC.CO) es una “evidencia” contundente de que entre los diferentes modelos de distribución de la carga de la prueba que existían al momento de la regulación decimonónica, el codificador chileno<sup>16</sup> optó, a efectos de distribuir las cargas probatorias, por el modelo que recurre a la naturaleza de los hechos litigiosos para localizar los efectos perniciosos de la falta de prueba. Como se sabe, esta teorización no sustenta la carga probatoria sobre la situación procesal de las partes, ni en la forma en que se presentan los hechos (positivos y negativos), sino en la clasificación de estos en constitutivos, impeditivos, invalidativos y extintivos. En los primeros, la carga de la prueba recaerá sobre el actor; y en todos los demás, sobre el deudor (Chioven-da, 1954, pp. 101 y 102).

Así las cosas, se devela el dramático problema de la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados. Quien pretenda aceptarla, deberá hacerlo con los efectos que le son propios. La admisión de las obligaciones de medios deberá conciliar en su explicación que la carga de la prueba no se desplace al médico/deudor con la norma contenida en el artículo 1547.3 del CC.CH., y con el rol que se le asigne al artículo 1698 (1757 CC.CO) del mismo cuerpo legal.

---

<sup>16</sup>También optó por este modelo la legislación francesa (art. 1315 del *Code*), italiana (art. 1312 del *Código*) y española (artículo 217 de la L.E.C).

Por cierto que la solución al problema propuesto necesita de una técnica de interpretación y argumentación del derecho que vayan un poco más allá de la exégesis tradicional, donde con anterioridad habrá que tomar posturas sobre cuestiones tan serias como la que dice relación con el rol de los jueces en la creación del derecho. No obstante lo hasta aquí dicho, y ya sea que se participe de una solución o de otra, lo cierto es que la recepción de la distinción es hoy en día un hecho en el derecho comparado,<sup>17</sup> como en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema<sup>18</sup>, por lo que no se puede soslayar su tratamiento.

- ***La tesis según la cual tanto en las obligaciones de medios como en las obligaciones de resultado, probado el contrato, es el médico deudor quien soporta la carga de la prueba***

Hoy en día, respecto de la responsabilidad contractual de los profesionales existe una tendencia que defiende poner la carga de la prueba en el facultativo, pues, debido a la disparidad de la información, y a las especiales circunstancias en que se desarrolla la prestación del servicio (normalmente en el tratamiento está solo el paciente con el quipo médico) al paciente/acreedor del servicio profesional víctima de un daño, la prueba de la culpa del facultativo/demandado le resulta *diabólica*.<sup>19</sup> De allí que los defensores de esta corriente en el derecho comparado (aun careciendo de un artículo como el 1547 del CC.CH. o el 1604 del CC.CO) aboguen por formas de interpretación que pongan la carga de la prueba en cabeza del profesional, consagrando el principio *favor victimae* (Agoglia, Boragina y Meza, 1993, pp. 204 y ss.).

---

<sup>17</sup>La distinción incluso fue recogida en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) adoptados en 1994.

<sup>18</sup>Paradigmática en este sentido es una sentencia emitida por la Corte el 10 de diciembre de 2008 (rol 1771-07), en la que se invoca la distinción precisamente para retener la carga de la prueba en la cabeza del acreedor al calificar la obligación como una obligación de medios.

<sup>19</sup>La afirmación es desmentida por el creciente incremento de las condenas en contra de los facultativos, y por el hecho de que los médicos y los centros asistenciales son cada vez más gravados con obligaciones de resultado.

En el medio chileno, el profesor Peñailillo<sup>20</sup> ha expresado que los problemas probatorios que genera la distinción obligaciones de medios/ obligaciones de resultado deben ser resueltos tomando en cuenta – además del artículo 1547 del CC.CH.– la norma que gobierna la prueba de las obligaciones (artículo 1698 y ss. CC.CH., 1757 CC.CO). Empero, sea que se trate de una obligación de medios o de una obligación de resultado, *es el deudor quien tiene el peso de la prueba* (Peñailillo, 2003, pp. 228 y 2229). Así, *en conformidad con el artículo 1698 la existencia de la obligación debe ser probada por quien la alega, y lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: la carga de la prueba está en quien lo reclama* (Peñailillo, 2003). Se adiciona que en el derecho chileno se viene considerando al cumplimiento (ejecución de la prestación o pago) como una causal de extinción de la obligación, con lo cual, técnicamente, la prueba del incumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del artículo 1698 del CC.CH. (artículo 1757 CC.CO); el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega (Peñailillo, 2003).

De lo anterior se sigue –según la misma doctrina– que

en la obligación de medios si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido (Peñailillo, 2003). En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado (Peñailillo, 2003).

Apoyando la misma línea argumentativa y suponiendo la inseparabilidad entre el incumplimiento y la culpa en las obligaciones de medios, recientemente el profesor Pizarro (2008, pp. 255 a 265) ha insistido en

---

<sup>20</sup>El autor distingue en su argumentación una diligencia promotora de una diligencia integradora. En la nota 29 de este trabajo hacemos algunos comentarios respecto de este hilo argumentativo.

la idea de que es una certidumbre que el artículo 1547.3 CC.CH. contempla una presunción de culpa, en el entendido que corresponde al deudor probar la diligencia para exonerarse de responsabilidad... Agrega además que en materia de responsabilidad contractual, el incumplimiento constituye culpa, siendo imposible dissociar ambos elementos en atención a la noción de incumplimiento de aquellas obligaciones que involucran exigencia de diligencia para la satisfacción del acreedor. Entenderlo de otra manera, infringe el artículo 1547.3 del CC.CH. Tratándose de una obligación de resultado, [...] la culpa carece de función, siendo solo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor destinado a lograr la satisfacción de la pretensión. En otros términos, al calificar la obligación contractual como de resultado se instaura una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual (Pizarro, 2008). Con todo, es el propio autor quien ve problemas en darle base legal a esta interpretación desde que la regla del artículo 1547 del CC.CH. que al instaurar la teoría de la prestación de culpa erige a ésta como un elemento de la indemnización de perjuicios.<sup>21</sup>

No obstante su aparente corrección lógica, estas teorizaciones encuentran serios problemas de aplicación cuando se enfrentan a la forma en que generalmente se incumple una obligación de medios (el cumplimiento imperfecto<sup>22</sup>), puesto que no logran conciliar el efecto práctico de tener que aportar la prueba del incumplimiento de la obligación de diligencia con el texto del artículo 1547.3 del CC.CH., que categóricamente prescribe: *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*. Así las cosas, para salvar la incongruencia que a estos autores les supone admitir que, en

---

<sup>21</sup>*Ídem*. Según el autor, al menos dos alternativas pueden esgrimirse para la introducción de las obligaciones de resultado: por una parte, aceptar una culpa contra la legalidad en materia de incumplimiento contractual, o quizá la opción en principio más apropiada es dar una interpretación al artículo 1547 del CC.CH. en clave objetiva que excluye la culpa como un elemento de una responsabilidad contractual. Sobre el tema de la objetivación de la responsabilidad contractual cfr. Baraona (1997, pp. 152 a 177).

<sup>22</sup>En las actividades en que se suelen pactar obligaciones de diligencia son muy extraños los incumplimientos totales, es decir, aquellos en los que el deudor ni siquiera haya intentado cumplir la obligación (piénsese en el médico que no llega a la operación, o en el abogado que no presenta la demanda). Aun así, adviértase que incluso en las actividades profesionales en las que la satisfacción del acreedor implica grandes dosis de aleatoriedad, la obligación de intervenir formalmente (llegar a la operación o presentar la demanda) no podría concebirse como una obligación de diligencia; es una obligación de resultado.



el supuesto general, le corresponde al acreedor probar la negligencia (porque tiene que aportar la prueba del incumplimiento de una obligación de diligencia), recurren a un eufemismo semántico: *No se trata de una alteración de la carga de la prueba, sino una consecuencia que en dicha sede se deriva de la naturaleza de la obligación incumplida* (por todos cfr. Brantt, 2010, pp. 207 y 208, nota 697, tercer párrafo).

Pese a lo sugestivo del planteamiento, no compartimos la solución propuesta. Y ello porque aun pasando por alto que se aleja de la solución que la jurisprudencia ha venido construyendo (cuando menos en temas médicos), no se hace cargo del hecho de que la práctica totalidad de la doctrina que admite la distinción pone la carga de la prueba de la culpa en la espalda del paciente/acreedor en el caso de las obligaciones de medios<sup>23</sup>.

Adicionalmente, se nos hace muy difícil aceptar, según propone esta doctrina, que el artículo 1547.3 del CC.CH. se aplique sin problemas a unas obligaciones que no pudieron estar en la mente del legislador (obligaciones de medios) y que, por el contrario, no se aplique o presente problemas de aplicación respecto de las obligaciones más comunes en la época del codificador y en relación con las cuales seguramente fue diseñado (las de resultado): estas últimas *son ciertamente la únicas en las que habían pensado los redactores del Código Francés* (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, 1962, p.400) y del nuestro también (Barros, 2006, p. 661).

Finalmente, si se considera aplicable el artículo 1547 del CC.CH. a las obligaciones de resultado, en ningún caso podría pensarse que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Y es que sería curioso –por decir lo menos– que se fundamente un régimen sin culpa en el inciso tercero (3º) de un artículo, cuyo inciso primero (1º) recepciona, precisamente, el principio de la tripartición de las culpas.

---

<sup>23</sup>Con abundantes referencias al derecho comparado puede verse en este sentido Mazeaud, Mazeaud y Tunc (1962, p. 406, nota 6).



- *Tesis que pone la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios a cargo del paciente/acreedor, en tanto que el juego procesal de la prueba del cumplimiento así lo determinaría*

Según los defensores de esta tesis, en la práctica, el paciente/acreedor no se limitará a probar la existencia de la obligación, y a esperar pasivamente que el deudor no pruebe el cumplimiento o alguna forma de extinción de la misma para obtener la indemnización de los perjuicios. Y es que, como dice García González (2002), *tal actitud sería en extremo temeraria, puesto que se estaría dejando totalmente en manos de la parte contrincante el resultado del pleito* (p. 124).

En esta línea argumentativa se ubican autores que ven problemas estructurales en la aplicación de los principios probatorios cuando se trata de obligaciones de medios. Al respecto se dirá que en este tipo de obligaciones, aunque inicialmente (y tras demostrar el pacto) se coloque la carga de la prueba del lado del médico, en la práctica, la misma será soportada por el paciente/acreedor, pues el médico/deudor demostrará que realizó actos positivos tendentes a curar y alegrará que no se comprometió a más que eso. Por lo anterior, sostiene Barros (2006), *una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser tenidos por cumplimiento de lo debido*, lo que implica preguntarse por la diligencia del profesional.

Para esta doctrina, la pretensión del paciente/demandante solo prosperará si logra que el juez tenga por acreditado que la conducta invocada por el médico como acto extintivo de la obligación no se corresponde con los estándares de cuidado requeridos. De allí se infiere que *quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado* (Barros, 2006). En suma, esta línea argumentativa reconoce un valor sugestivo a la distinción mientras observa que *mientras la culpa es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultados, usualmente debe ser probada en las de medios*.

- *Nuestra posición. En un juicio de responsabilidad civil médica, por regla general corresponde al actor/paciente la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión*

Como ya anunciamos más arriba, pensamos que también en el ordenamiento jurídico chileno la culpa contractual se presumirá en ciertos casos; habrá que probarla en otros, y en otros tantos ni se presumirá ni habrá que probarla, puesto que aparecerán supuestos de responsabilidad contractual puramente objetiva (Esmein, 1952).

El Código Civil chileno define el pago o cumplimiento utilizando como modelo la obligación de dar o la de hacer una cosa determinada (ambas obligaciones de resultado), y sobre esa base resulta muy cómodo aplicar el esquema clásico para verificar el incumplimiento, pues deviene evidente que no habiéndose obtenido el resultado concreto a cuya entrega se había comprometido el deudor, el programa de la prestación ha quedado incumplido y el acreedor insatisfecho.

También, sobre una base como la descrita se puede aplicar con facilidad la lectura que la doctrina chilena ha hecho del artículo 1698 del CC.CH. (1757 CC.CO), donde “probado el contrato”, será el deudor quien deba probar que extinguió, pues “tendrá el recibo de la entrega de la mercancía” o, en su caso, “la edificación hablará por sí misma”. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se está ante una obligación de actividad. En esta, la aparente simetría desaparece, ya que estando claro que el deudor no garantizó un resultado, no parece justo posar sobre este la carga de la prueba de que actuó diligentemente ante la sola manifestación de insatisfacción del acreedor<sup>24</sup> que –según la lectura descrita– se acreditaría con la prueba del contrato.

Seguramente, ante tal panorama Bello concibió la regla del 2158 del CC.CH. (2184 CC.CO) que, en lo que aquí nos interesa, prescribe que no

---

<sup>24</sup>La injusticia del planteamiento se subraya si notamos que el acreedor podría de hecho retener el pago de los servicios que ya recibió. En un caso como el descrito, el prestador de los servicios ante la sola alegación de insatisfacción del acreedor no podría reclamar el pago sin antes probar que actuó diligentemente pese a no haber conseguido el resultado esperado pero no prometido.

podrá el mandante dispensarse de cumplir sus obligaciones *alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa*. Como ya manifestamos un poco más arriba, la regla descrita –no cubriendo todos los tipos de obligaciones que puedan adquirir los profesionales de la medicina– sí regula la carga de la prueba de la culpa, en uno de los supuestos de más ordinaria ocurrencia: el cumplimiento defectuoso de una obligación de medios, es decir, los casos en que el profesional ha prestado el servicio, y lo que se discute es la calidad/diligencia del mismo.

Coincidentemente con este argumento de texto, los principios procesales que gobiernan la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico chileno también nos llevan, como veremos a continuación, a sostener que la carga de la prueba de la culpa en los juicios de responsabilidad civil médica recae generalmente sobre el paciente/acredor.

#### a. Sobre la carga de la prueba en general

Definitivamente, las dos tesis descritas precedentemente (*supra* 3.1 y 3.2) tienen aspectos rescatables. La primera de ellas tiene la fortaleza de mantener –pese a la opinión de la influyente doctrina que distingue entre diligencia promotora y diligencia integradora<sup>25-26</sup>– que en las obli-

---

<sup>25</sup>Nos referimos a la doctrina que entiende que la diligencia puede cumplir dos funciones: promover el cumplimiento e integrar el deber de prestación. En el derecho comparado puede verse este planteamiento en Jordano Fraga (1997, p. 100 y ss.).

<sup>26</sup>En nuestro medio, algunos autores se han valido de estas categorías al intentar conciliar el artículo 1547 del CC.CH con la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado. Sin embargo, la utilización de estas categorías no es homogénea. Así, Peñailillo (2009, p. 341) explica que la diligencia opera en dos ámbitos bien diferenciados. Por una parte, *integra el objeto de la obligación (forma parte de la prestación); de modo que si el deudor ejecuta la prestación diligentemente, ha cumplido y, por tanto, de nada responde; y si la ejecuta sin ella (es decir, con negligencia) incumplió, y debe responder. Es el rol que cumple en la llamadas obligaciones de medio, y por otra, conduce a ejecutar (que permite, hace factible) la prestación comprometida. Esta función se presenta tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado...* Y prosigue el autor explicando que [...] *de las lecturas de las normas citadas (artículo 1547) resulta claro que se refiere a la primera función de la diligencia; es decir, a la que integra el contenido de la prestación comprometida; y, por tanto, la prueba de la diligencia forma parte de la prueba del cumplimiento mismo de la obligación. Como se dijo, esta diligencia interviene en las obligaciones de medio; no forma parte de las obligaciones de resultado...* En función de esta teoría, algunos autores defienden que la variación de la carga de la prueba sería ilusoria, pues el artículo 1547 del CC.CH. contendría solo aquella diligencia integradora, propia de las obligaciones de medios. Como en estos casos la diligencia se identificaría con el cumplimiento, al acreedor le bastaría con probar la obligación, pues, según el artículo 1698 del CC.CH. (1757 CC.CO), el cumplimiento o la extinción de

gaciones que exigen un comportamiento diligente para la satisfacción del acreedor, el incumplimiento constituye culpa; siendo imposible dissociar ambos elementos. La segunda –más certera en el fondo, según nuestro parecer– tiene la fortaleza de que ofrece un fundamento normativo para el hecho de que, en la práctica, la carga de la prueba de la culpa es soportada por el acreedor /paciente.

Sin embargo, ambas explicaciones se valen de una interpretación muy rígida de la regla contenida en el artículo 1698 del CC.CH. (1757 CC.CO), y no logran explicar completamente el juego del artículo 1547.3 del CC.CH. en relación con las obligaciones de resultado (en la primera de las tesis expuestas) y en las de medios (en la segunda de ellas). Ciertamente, un estudio acabado del alcance del principio del cual se deriva la regla contenida en el artículo 1698 del CC.CH. (1757 CC.CO) excede la proyección de esta primera aproximación dogmática, empero, no podemos dejar de notar que en el medio chileno el tema de las cargas probatorias no ha tenido el tratamiento que amerita<sup>27</sup> y, por ello, nos permitiremos algunas acotaciones.

Las teorías tradicionales sobre la carga de la prueba, como la lectura que habitualmente se hace del artículo 1698 del CC.CH. (1757 CC.CO) han sido superadas porque, aun concediendo que como enunciados orientadores son aceptables, dejan sin explicar ciertos supuestos. Así, algunos han hecho notar que los hechos que gozan de presunciones legales no requieren de prueba; que no es cierto que el demandado tenga necesariamente la carga de las excepciones, ya que si de los hechos

---

una obligación debe ser probado por quien lo alega.

No obstante lo dicho, para autores como Brantt (2010, pp. 206 y ss.), la diligencia propia del artículo 1547 CC.CH. (1604 CC.CO) sería la que se manifiesta en su función *promotora* y que, por tanto, estaría presente tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado. Lo paradójico del asunto consiste en que esta autora, no obstante sustentar una opinión distinta (en cuanto a la diligencia que comprende el artículo 1547) de la del autor citado en el párrafo anterior, llega a la misma conclusión en lo referente a la carga de la prueba (que esta no varía) acudiendo precisamente a la misma interpretación del artículo 1698 del CC.CH. (artículo 1757 CC.CO).

La paradoja viene a demostrar que para estos autores, independiente de la diligencia que contenga el artículo 1547 del CC.CH., es la interpretación clásica del artículo 1698 (1757 del CC.CO) el aspecto que los lleva a sostener retóricamente que la carga de la prueba no se altera.

<sup>27</sup>No pudimos encontrar en la literatura nacional ninguna monografía al respecto. Algunos párrafos con relación al tema y dentro del contexto de la reforma procesal civil pueden verse en Tavolari (2007, pp. 45 y ss.).

invocados por el demandante se deducen excepciones, el juez habrá de reconocerlos de oficio (por todos cfr. Fábrega, 1997, p. 96).

En el derecho procesal contemporáneo, el principio general de la carga de la prueba es que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* (hechos constitutivos)<sup>28</sup>, mientras que al demandado, la de aquellos otros que sirven para desvirtuarla o neutralizarla (hechos extintivos o, desde otra mirada, constitutivos de la pretensión defensiva). El principio así enunciado adquiere un carácter más general y, por lo mismo, puede ser aplicado de manera más eficaz a cualquier tipo de pretensión, que la regla positiva –que no principio–<sup>29</sup>, del cual se induce en el ordenamiento chileno (art. 1698 del CC.CH., 1757 del CC.CO.).

El Código Civil como el Código Procesal Civil chileno contienen el principio general de las cargas probatorias, pero se abstienen de una regulación detallada de la materia; por lo que corresponde a la ciencia *llenar esa laguna* (Rosenberg, 1956). La generalidad del principio impone a la doctrina y a la jurisprudencia “la carga” de determinar cuáles son los hechos constitutivos de la específica pretensión de reparar los perjuicios que se producen en el contexto de una relación médico-paciente, sea esta de índole contractual o extracontractual. En este contexto, decía Jordano Fraga (1991) *que aquella regla general procesal de la carga de la prueba es, precisamente por su carácter procesal, una norma neutra desde la perspectiva del Derecho sustantivo. Lo cual quiere decir, que la*

---

<sup>28</sup>Siguiendo esta tendencia, así lo recoge el artículo 265 del proyecto de ley que pretende reformar el Código de Procedimiento Civil (Boletín n° 6567-07) cuando prescribe: *Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.*

*El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder.*

<sup>29</sup>A pesar de la conveniencia de codificar el principio enunciado, el mismo puede y debe ser aplicado sin necesidad de una reforma legislativa, pues, como se ha dicho, el artículo 1698 del CC. no es un principio probatorio contrario al principio enunciado, sino la concreción que del mismo se hizo específicamente para la pretensión de cumplimiento. De allí que el principio que ordena que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* se encuentra plenamente vigente en el ordenamiento chileno.

*aplicación de tal norma procesal presupone, lógicamente, la previa calificación de los hechos a probar, como constitutivos o extintivos-obstativos, pero tal calificación no se hace por el Derecho procesal, sino que ese derecho remite al derecho sustantivo: es éste el que señala, para cada pretensión, su hecho constitutivo y su hecho obstativo, y sobre tal calificación extraprocésal, opera la aplicación de la norma general procesal, que la presupone (p. 75).*

Así las cosas, y desde nuestra perspectiva, en la pretensión resarcitoria –que estructuralmente difiere de la del cumplimiento– la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor, pues *en la simple defensa negativa, el demandado está exento de ese peso, pues será el actor quien deba probar el fundamento del derecho que alega* (Paillas 2002, p. 34). Y ello sobre la base de que el principio inducido del artículo 1698 del CC.CH. se aplica *a posteriori*, sobre las clasificaciones previas de los hechos efectuadas por las normas sustantivas, lo que en nuestro caso implica que en las pretensiones de resarcimiento el demandante no solo debe probar la existencia de la obligación, sino el hecho de su incumplimiento por el demandado, pues *el supuesto de hecho* del artículo 1556 del CC.CH. (artículo 1613 del CC.CO) permite calificar el incumplimiento como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria.<sup>30</sup>

Respecto del derecho español, que –dicho sea de paso– presentaba una norma prácticamente idéntica al artículo 1698 del CC.CH, Guasp (1968) hacía notar la dificultad que generaba en la práctica distinguir entre hechos constitutivos y extintivos y, renunciando a cualquier consideración aislada sobre los elementos de la prueba, sostenía que *es preciso fijarse únicamente en la situación relativa del sujeto y el tema probatorio, es decir, en la posición que el dato a probar ocupa respecto a las partes sobre las que la carga de la prueba pesa en concreto. Como la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre un litigante de que el juez no se convenza de ciertos datos procesales, el perjuicio no puede sufrirlo sino la parte a quien favorezca el convencimiento del juez sobre el dato* (p. 326).

---

<sup>30</sup>Esta solución es compartida en ordenamientos jurídicos que tienen prácticamente las mismas normas que el nuestro en lo que a la carga de la prueba se refiere. Tan solo a título ilustrativo puede verse el trabajo de Luna (2004, pp. 87 y ss.) para el derecho español y el de Le Tourneau (2006, pp. 27 y ss.).

En síntesis, conviene tener siempre presente que la carga de la prueba es una instrucción para el juez sobre el contenido del fallo que debe dictar cuando no tiene certeza sobre la veracidad de una afirmación de hecho que se emitió en el transcurso del proceso. Así, la sentencia deberá dictarse inapelablemente en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba respecto de los hechos no probados o no suficientemente aclarados durante el proceso (Lépori, 2008, pp. 51 y ss.).

La noción carga de la prueba solamente de manera indirecta determina cuál de la partes debe desplegar más vehementemente acciones conducentes a probar o negar el hecho fijado por el juez en el auto de prueba, pues seguramente ambas partes deben desplegar conductas activas en el probatorio. Lo anterior se comprende perfectamente si no perdemos de vista que solamente se decidirá sobre la carga de la prueba luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final de proceso en la sentencia definitiva.

b. *La carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medio y en las obligaciones de resultado*

Si se comparte lo dicho hasta ahora, se tendrá que aceptar que en nuestro ordenamiento la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones en que el deudor solo comprometió un actuar diligente y no un resultado corresponde al paciente/acreedor. Y es que al pesar sobre este la carga de la prueba del incumplimiento, y al no poder disociar conceptualmente la negligencia que supone la prueba del incumplimiento de la negligencia necesaria para atribuir responsabilidad, la conclusión no puede ser otra: *pesa sobre el paciente/acreedor la carga de la prueba de la culpa.*

El razonamiento descrito empieza a verse con pulcritud en nuestros tribunales de justicia. Así, en una sentencia en el caso *Kitti Gallardo Plaza con Néstor López Pérez*, nuestra Corte Suprema afirmó, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2010, que

[...] conviene recordar que la responsabilidad en sede contractual se erige sobre varios supuestos que han de concurrir en su totalidad para que ella pueda ser declarada, a saber: que el deudor infrinja su obli-



gación –sea que no la cumpla o la haga parcial o tardíamente–; que tal infracción provenga de su dolo o culpa; que el deudor sea capaz de responsabilidad contractual; que el referido incumplimiento cause daño al acreedor y si la obligación es de no hacer, que el deudor esté constituido en mora o que haya ejecutado el hecho<sup>31</sup>.

## Y luego agrega

que, teniendo en cuenta lo anterior y, atendiendo que los jueces del mérito dejaron asentado que no resultó demostrada la primera de las exigencias mencionadas en el párrafo anterior –el incumplimiento de una obligación– sobreviene evidente colegir lo inconducente de encaminar estas reflexiones a lo relativo a la atribución y ejercicio del peso de la prueba de la diligencia del contratante responsable de la culpa leve, a la que toca el artículo 1547 del Código de Bello, como pretende la recurrente, aún habida consideración de la noción general que existe sobre el particular, esto es, que en materia contractual dicha culpa se presume; puesto que ninguna relevancia significará dar por acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad, si es que antes de ello, como sucede en el caso *sub lite*, no fue decretada por los sentenciadores la inobservancia de un deber contractual por parte del demandado y que este comportamiento –por acción u omisión– haya producido el perjuicio invocado por la actora<sup>32</sup>.

<sup>31</sup>*Kitti Gallardo Plaza con Néstor López Pérez*, Corte Suprema, Casación en el fondo, 11 de diciembre de 2010, rol 7504-2008.

<sup>32</sup>*Idem*. Igual de contundente fue la Corte Suprema en el caso *Sociedad Administradora de Recursos Hídricos Río Elqui Ltda. c/ Torres Godoy, Juan H. y Otro* (Sentencia de 12 de octubre de 2010, rol n° 2350-09) cuando afirmó que [...] *ha de tenerse en cuanta que son varios los presupuestos que hacen viable la indemnización de perjuicios, a saber: el incumplimiento de una obligación, ya por acción u omisión [...] y que [...] aún en el evento que los sentenciadores hayan incurrido en error al no calificar de negligente, del modo que se propone el recurso, la conducta desplegada por los demandados en el giro de los cheques que en fotocopias se allegaron a la causa, es claro que las exigencias de la responsabilidad contractual hacían necesario comprobar, además, la existencia de un incumplimiento a los deberes contractuales de los demandados y la existencia de los perjuicios cuyo resarcimiento se persigue. NOVENO: [...] aún cuando se tuviera por efectivo el yerro de derecho que se denuncia en el recurso, esto es, que los demandados procedieron con culpa leve al ejecutar los negocios comprendidos en el mandato que le confiriera la actora, no sería esta una circunstancia que por sí sola habilitara el hacer lugar a la demanda tal como se pide concretamente por la impugnante, toda vez que, llegado a este punto, se haría necesario tener por justificados los demás supuestos de la indemnización de perjuicios impetrada, a saber: el incumplimiento de una obligación [...]* UNDÉCIMO: [...] *De todo ello, se sigue que la impugnante ha construido su recurso mirando casi exclusivamente el elemento normativo de la culpa que no se tuvo por establecida respecto de los demandados, en circunstancias que, de haber cifrado la gravitación de su arbitrio procesal en el incumplimiento contractual de estos últimos, aquella venía por añadidura, por lo menos en*



Si se siguen los planteamientos hasta aquí expuestos, la carga de la prueba de la culpa así distribuida no presenta incompatibilidad alguna con el artículo 1547.3 del CC.CH., puesto que como ya demostramos en la primera parte de este trabajo, el citado precepto no le sería aplicable a este tipo de obligaciones. Con lo dicho se otorga cobertura dogmática a las posiciones que no encontraban justificación para presumir la culpa cuando no se había prometido un resultado. En este sentido, ya decían los hermanos Mazeaud que en las obligaciones de actividad *la verificación del cumplimiento no puede ser instantánea y, en cierto modo, material; exigiría un examen atento y constante sobre la conducta del deudor. Entonces, no solo no cabe presumir responsable al médico cuando no mejora el estado de su enfermo, sino que ni siquiera tiene que justificar que haya prestado cuidados que presenten las cualidades requeridas. Las consideraciones de mejor aptitud para la prueba que la explicaban para las obligaciones de resultado, esa carga, dejan de funcionar* (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, 1962, p. 405).

Ahora, respecto de las llamadas obligaciones de resultado, la solución es un poco más compleja, pues las distintas posibilidades de exoneración que se admitan ante el incumplimiento harán variar la respuesta en torno a la función que desempeña la culpa en el actual sistema de responsabilidad contractual. Así, podría sostenerse que una vez probado el incumplimiento por el acreedor/paciente, al médico deudor no le quedaría otra posibilidad que probar la causa extraña o el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad, pues la culpa no tendría en este esquema ninguna función. Si se admite esta tesis, en todos los casos en que se establezca una obligación de resultado, nos encontraríamos en casos de responsabilidad objetiva.

---

*principio, por la inversión del onus probandi que supone lo preceptuado en el artículo 1547 antes referido [...] DUODÉCIMO: [...] "En efecto, pesa sobre el mandante la necesidad de probar que el mandatario ha infringido esa obligación, y sólo una vez que se acredite surgirá la del mandatario en orden a probar que ha empelado el cuidado suficiente o que ha concurrido un caso fortuito o una fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad. Esta inversión aparente del onus probandi, que resulta extraña a primera vista por tratarse de una responsabilidad contractual en que debiera presumirse la culpa del deudor, se explica con arreglo a las normas generales, porque para hacer efectiva la responsabilidad del deudor toca al acreedor allegar al proceso las pruebas dirigidas a establecer que concurren, en la especie, los elementos constitutivos de la responsabilidad que persigue" (Stitchkin, 1950, p. 393). Así, cada vez que el comitente pretenda atribuir responsabilidad al mandatario por incumplimiento de este deber general de diligencia y cuidado, además de acreditar la existencia del mandato, deberá comprobar aquélla trasgresión.*

Sin embargo, esta solución deja sin aplicación alguna la presunción de culpa que el artículo 1547.3 del CC.CH. “supuestamente” consagra, y hace que en nuestro medio pasemos de no admitir más que excepcionalmente casos de responsabilidad objetiva a poner en este régimen a todos aquellos incumplimientos en los que se vea involucrada una obligación de resultado. La objeción recién planteada podría salvarse aceptando que el artículo 1547.3 del CC.CH. no contiene realmente una presunción de culpa, y que solamente regula la carga de la prueba liberatoria del caso fortuito. Eso sí, esta solución obliga a sostener que el legislador utilizó como sinónimos diligencia y caso fortuito, lo que tampoco resultaría tan extraño, ya que desde la estricta lógica, probar que desplegamos la diligencia que nos es exigida en el incumplimiento de una obligación es lo mismo que acreditar que la causa de su incumplimiento nos es ajena.<sup>33</sup>

Con todo, de momento no vemos inconveniente en aceptar que en algunos casos, acreditado el incumplimiento, el deudor podría liberarse probando mediante su diligencia que la causa del daño le es ajena, aunque no pueda identificar el hecho que efectivamente causó el daño<sup>34</sup>, mientras que en otros no se le permita exonerarse más que probando el caso fortuito<sup>35</sup>. Una solución como esta permite salvar la incongruencia que implicaría sostener que un mismo artículo reciba en su primer inciso la teoría de la tripartición de las culpas, mientras que en su inciso tercero prescriba un régimen de responsabilidad objetiva.

Una tesis como la descrita se podría fundamentar desde el texto del artículo 1547.3 del CC.CH., aceptando que incluso en las obligaciones de resultado no se exige una certeza de un 100%, sino que es suficiente

---

<sup>33</sup>Lo más probable es que para el codificador la “ausencia de culpa” (prueba de la diligencia) y el *casus* fuesen conceptos sinónimos. Así, cuando el incumplimiento se debía a una causa extraña (sin culpa), se hablará de “incumplimiento inimputable”, y cuando la causa del incumplimiento no le sea ajena al deudor, se hablará de “incumplimiento imputable”.

<sup>34</sup>Para ejemplificar esta forma de exoneración se puede pensar un caso en que un médico revisa personalmente la sangre que posteriormente es utilizada en una transfusión, y que resulta contaminada. En el caso, el médico podría exonerarse probando diligencia, demostrando que pese a haber utilizado todos los medios de que disponía, científicamente no pudo detectar el error (es el llamado “riesgo del desarrollo”).

<sup>35</sup>Esta fórmula deja, cuando menos conceptualmente, menos espacio a la responsabilidad objetiva.

que sea alcanzado razonable o normalmente. En este contexto se suelen catalogar como obligaciones de resultado operaciones simples que normalmente entrañan poco riesgo, como las extracciones dentales o las apendicetomías.<sup>36</sup>

No podemos concluir estas reflexiones sin antes prevenir al lector de que el esquema probatorio descrito precedentemente no debe llevar a pensar que la víctima se encuentra en una posición sumamente gravosa o –como se ha dicho– que se le impone una carga probatoria diabólica. Como se sabe, los jueces cuentan con buenos instrumentos técnicos, como las presunciones judiciales, que les permiten alivianar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente cuando la particularidad del caso así lo amerite. Adicionalmente, ya empiezan a aparecer en nuestro entorno construcciones doctrinarias como la teoría de la *culpa virtual* o la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, que en la práctica pueden hacer que el juez ordene, respecto de un hecho concreto, que rinda la prueba *la parte que tiene para ello mayor facilidad, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado* (Montero, 2007, citado en Tavorlari, 2007, p. 46).

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES SUMARIAS

1. La tesis de que la distinción no tiene cabida en nuestro ordenamiento porque el artículo 1547.3 del CC.CH. regula la carga de la prueba de la culpa con carácter general no es aceptable. Básicamente, la tesis no se sustenta porque el precepto citado solo se refiere a un determinado tipo de obligaciones: las obligaciones de resultado.
2. Si bien es cierto que el artículo 2158 del CC.CH. exige al acreedor paciente que le pruebe la culpa al mandatario, el mismo no puede ser aplicado con carácter general a todos los casos de responsabilidad médica, puesto que fue diseñado para ciertos casos que tienen como presupuesto que el asunto encomendado al mandatario/médico haya sido efectivamente ejecutado. No se podría aplicar a los casos en que el médico no llega a operar, ni cuando

---

<sup>36</sup>Sobre la aleatoriedad del acto puede verse Gamarra (1999, p. 22).

interviene tardíamente, ni –en general– cuando la obligación que se incumple es de resultado.

3. En las obligaciones de medios, el probar el incumplimiento equivale a probar la culpa del galeno. La carga de esta prueba le corresponde al paciente/acreedor, pues según los principios del derecho procesal contemporáneo, al acreedor le corresponde la prueba del supuesto de hecho de la norma en la que fundamenta su pretensión. Como el incumplimiento es el hecho supuesto del artículo que en nuestro ordenamiento fundamenta la pretensión reparatoria (1556 del CC.CH.), la solución no puede ser otra.
4. Por el contrario, tratándose de obligaciones de resultado, sí se podría distinguir la prueba del incumplimiento de la prueba de la culpa. De allí que si se quiere conservar la idea de una culpa presunta en el articulado del Código Civil habría que aceptar –cuando menos en algunos casos– que el galeno/deudor se pueda exonerar probando diligencia, pese a no haber conseguido el resultado prometido. Si ante la prueba del incumplimiento solo se permite la exoneración del facultativo/deudor mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, entonces todas las obligaciones de resultado serían casos de responsabilidad objetiva o sin culpa. Y ello llevaría a afirmar la inexistencia de una presunción de culpa en el sistema de responsabilidad contractual chileno.
5. La regla que distribuye la carga de la prueba de la culpa en nuestro ordenamiento no atiende preferentemente a la ubicación de la acción de responsabilidad civil en uno de los dos grandes ámbitos de responsabilidad (contractual/extracontractual), sino a su caracterización como una obligación de medios o de resultado. En este sentido, nos parece que en el futuro nos acostumbraremos a leer en los fallos que

"en el terreno civil, la noción de daño se vincula tanto por la responsabilidad contractual como con la extracontractual, existiendo entre ellas unidad genérica y diferencias específicas, y que, en consecuencia, siendo la diferenciación que subsiste entre ellas, la existencia o no de un vínculo jurídico anterior entre las partes, la cuestión procesal relativa a la prueba no marca una sustancial diferenciación entre

ambas responsabilidades civiles, pues en lo civil, la responsabilidad existe cada vez que una persona debe indemnizar el daño sufrido por otra<sup>37</sup>.

## REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones* (5ª ed.). Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. (2005). *De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Agoglia, M., Boragina, J. y Meza, J. (1993). *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baraona, J. (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1). Santiago (Chile): PUC.
- Barros, E. (2009). El contrato y el hecho que causa daño como antecedente de la responsabilidad. *Estudios de Derecho Civil. IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué* (Carlos Pizarro, coord.). Santiago (Chile): Legal Publishing.
- Barros, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Bello, A. (1932). *Obras completas*, t. III, *Proyecto de Código Civil*, t. I. (p.177). Santiago (Chile): Universidad de Chile. La redacción definitiva del actual artículo 1547 del CC. no apareció hasta el proyecto de 1847.
- Brantt, Z. M. (2010). *El caso fortuito en el derecho de la responsabilidad civil contractual*. Santiago (Chile): Legal Publishing.
- Cabanillas, A. (1993). *Obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch.
- Cárdenas, H. A. (2009). La recepción jurisprudencial de la summa división obligaciones de medios/obligaciones de resultado en la jurisprudencia nacional, y otros factores unificadores de la responsabilidad civil médica. *Estudios de Derecho Civil. IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué* (Carlos Pizarro, coord.). Santiago (Chile): Legal Publishing.
- Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de derecho procesal civil* (t. III, n° 45). Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado.
- Fábrega, J. (1997). *Teoría general de la prueba*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

---

<sup>37</sup>*Tapia Miranda con Dr. Elgueta y Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de octubre de 2005, rol 6.877-2002, confirmada por Corte Suprema, sentencia del 8 de enero de 2007, rol 6.554-2005.

- Gamarra, J. (1999). *La responsabilidad civil médica 1* (p. 22) Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Esmein, "Obligations", VI-1ª parte. En *Traité pratique de droit civil français de Planiol y Ripert*. París, 1952, nº 378 ter.
- Guzmán, A. (1982). *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago (Chile): Edit. Universidad de Chile.
- Guasp, J. (1968). *Derecho procesal civil*. Madrid: Edit. Instituto de Estudios Políticos.
- Jordano Fraga, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de una jurisprudencia reciente). En *ADC*, t. XLIV, fascículo I. Madrid.
- Jordano Fraga, F. (1997). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- Jourdain, P. y Viney, G. (1996). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité* (2ª ed., sus la direction de Jacques Ghestin). Paris: LGDJ.
- Le Tourneau, ph. (2006). *La responsabilidad civil profesional*. Trad. de Javier Tamayo. Bogotá: Legis.
- Lépori, I. (2008). Cargas probatorias dinámicas. En *Las cargas probatorias dinámicas* (obra colectiva, J. Peyrano, dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Luna, A. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Mazeaud, H., Mazeaud L. y Tunc, A. (1962). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (t. I, vol. II, 5ª ed., trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo). Buenos Aires: Ejea.
- Meza Barros, R. (1980). *Responsabilidad civil*. Santiago (Chile): Edeval.
- Montero, Z. (2007). Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución. En *Justicia*, 82 (IV), 7 (citado en Tavolari, 2007, p. 46).
- Paillas, E. (2002). *Estudios de derecho probatorio* (2ª ed.). Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Peñailillo, D. (2009). Responsabilidad Contractual Objetiva. En *Estudios de Derecho Civil. IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué* (Carlos Pizarro, coord.). Santiago (Chile): Legal Publishing.
- Pizarro, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios o de diligencia. *Revista de Derecho* (PUCV, XXXI). Valparaíso: PUCV.
- Pothier, R. J. (1824). *Tratado de las obligaciones* (2ª ed. francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de la Cuevas). Buenos Aires: Heliastrea.

- Rosenberg, L. (1956). *Las cargas probatorias* (2ª ed., trad. de Ernesto Krotoschin). Buenos Aires: Ejea.
- Stitchkin, D. (1950). *El mandato civil*. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Tamayo, J. (1990). *Culpa contractual*. Bogotá: Temis.
- Tapia, M. (2005). *Código Civil 1855-2005*. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia, O. (1941/2006). *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes, Memoria de Prueba* (1ª reimpresión). Concepción: Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana.
- Tavolari, R. (2007). Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno. En *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia* (Andrés de la Oliva y Diego Palomo coords.). Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Yzquierdo, M. (2001). La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *Derecho Sanitario*, 9 (1). Madrid: Asociación Justas de la Salud.