

TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

ENRIQUE BARROS BOURIE

TOMO I

**Segunda edición actualizada
en colaboración con**

**MARÍA IGNACIA BESOMI ORMAZÁBAL
y FELIPE CHAHUÁN ZEDAN**

ÍNDICE

Página

CONTENIDO DEL TOMO I

I. Introducción a la responsabilidad extracontractual	11
II. Hecho imputable.....	69
III. Culpa	83
IV. Daño	237
V. Causalidad	421
VI. Responsabilidad estricta o por riesgo	503
VII. Responsabilidad del Estado.....	545
VIII. Privacidad y honra.....	609
IX. Abuso de derecho	707

CONTENIDO DEL TOMO II

X. Algunos regímenes especiales de responsabilidad	793
Responsabilidad médica	794
Accidentes del trabajo	843
Accidentes del tránsito	870
Responsabilidad civil por productos defectuosos	908
Responsabilidad por defectos y ruina de edificios	937

	Página
Responsabilidad por daños al medio ambiente	957
Responsabilidad de directores y gerentes de sociedades.....	998
Responsabilidad por ilícitos contra el orden de la competencia y por competencia desleal	1069
XI. Acciones a que da lugar el daño	1089
XII. Responsabilidad contractual y extracontractual	1211
XIII. Contratos relativos a la responsabilidad civil.....	1309
Bibliografía	1347
Índice analítico.....	1421

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Luego de catorce años desde la primera edición, ha llegado el momento de revisar y actualizar esta obra. Además de los cambios legislativos, se ha atendido a la jurisprudencia y doctrina posterior a su publicación.

En esta segunda edición se ha conservado el horizonte hermenéutico de la obra: la doctrina y jurisprudencia chilenas; la historia de las instituciones civiles; el derecho comparado más razonado, y la reflexión filosófico-jurídica acerca de los fines y estructura básica del derecho privado.

En cuanto a las fuentes, el libro mantiene la tradicional apertura de la cultura jurídica chilena a la doctrina comparada. Por eso, las tradiciones francesa, alemana y anglosajona, además de la española, constituyen fuentes doctrinarias muy relevantes. La doctrina hispanoamericana ha sido considerada en su mérito. El análisis de la jurisprudencia posterior a la primera edición ha sido objetivo fundamental en esta revisión.

El enfoque general de la obra es que el derecho de la responsabilidad civil cumple fines de justicia correctiva, de prevención general y también distributivos. Sin embargo, se asume que no es correcto, ni pragmáticamente razonable, atribuir responsabilidad si el daño no puede ser atribuido al demandado. Por eso, aunque sus normas puedan tener diversas funciones, no se debe confundir el derecho privado de la responsabilidad civil, que supone una relación personal entre el autor del daño y la víctima, con otros instrumentos institucionales de protección y prevención de daños (como son las sanciones penales o administrativas, los seguros privados obligatorios o la seguridad social).

Reitero mi reconocimiento a mis exalumnos de la Universidad de Chile, que incentivaron mi vocación jurídica. En especial, mis antiguos ayudantes Daniela Accatino, Francisco González, Andrea Guendelman, Andrés Jana, Juan Carlos Marín, Mauricio Tapia, Eduardo Ugarte, Alejandro Vicari, quienes contribuyeron en diversas etapas de gestación de la obra, desde los apuntes de clase hasta la primera edición. Agradezco también a los profe-

sores Cristián Banfi, Hernán Corral, José Luis Diez, Juan Carlos Ferrada y José Miguel Valdivia, quienes contribuyeron con notas críticas a capítulos específicos. Reitero los reconocimientos por la investigación jurisprudencial de William García y de Adrián Schopf, quien además contribuyó decisivamente a la construcción formal de la primera edición; y a Javier Rojas por sus aportes a la segunda.

Esta segunda edición es el resultado de un trabajo de dos años de intensa y permanente colaboración con María Ignacia Besomi Ormazábal y Felipe Chahuán Zedan, con quienes he trabajado en la revisión general de la obra, y que junto a Beltrán Flores e Isabel Yáñez me asistieron tanto en la investigación de la doctrina científica y de la abundante jurisprudencia de los últimos catorce años, como en la revisión crítica de los contenidos.

ENRIQUE BARROS BOURIE

Santiago de Chile, enero de 2020

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

§ 1. EL LUGAR DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES

1. La responsabilidad extracontractual como relación obligatoria.

a) Desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en *imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona*.¹

b) A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal e infraccional, donde se contemplan ilícitos de mero peligro y se sancionan conductas tentadas y frustradas, *sin daño no hay responsabilidad civil*. Por eso, el daño es condición esencial de la responsabilidad patrimonial.²

Pero el daño es también el *objeto* de la acción, porque la acción indemnizatoria persigue la reparación en dinero de los perjuicios sufridos (*infra* N° 141). Las otras acciones, diferentes de la acción indemnizatoria, que se conceden a la víctima, como las de prevención del daño o de restitución en naturaleza al estado anterior al hecho del demandado, también están dirigidas a remover o poner término al daño (*infra* § 58).

c) El principio que inspira el orden de la responsabilidad patrimonial es *alterum non laedere*.³ Sin embargo, como ocurre con los otros componentes de la idea de justicia en el texto clásico de Ulpiano, el principio de que no

¹ Kelsen 1934 83, Kelsen 1960 125. Kelsen no entrega en la *Teoría Pura del Derecho* un concepto sustantivo de responsabilidad civil, sino enfatiza la conexión lógica entre un hecho condicionante (el daño que un agente causa a otro en infracción de un deber de cuidado) y una consecuencia jurídica a quien causó el daño (obligación reparatoria).

² Excepcionalmente, la acción que surge de un ilícito civil puede estar dirigida a la restitución de un *beneficio* y no a la reparación de un daño, pero en tal caso difícilmente puede aun hablarse de *responsabilidad* (*infra* § 61).

³ Digesto 1.1.10: “Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho. (1) Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno

debemos dañar al prójimo es demasiado general para definir por sí solo las condiciones de la responsabilidad.

En nuestra vida de relación estamos expuestos a incontables riesgos, en cuya ocurrencia intervienen terceros: contraemos por contagio casual una enfermedad; fracasamos en la postulación a un trabajo o a una beca, porque otro tenía mejores antecedentes; sufrimos un accidente en un establecimiento de comercio, porque las baldosas han sido recién enceradas; perdemos dinero, porque los administradores de una sociedad hacen malos negocios. El derecho de la responsabilidad civil establece los criterios y requisitos para que esos daños puedan ser normativamente atribuidos al tercero que los ha provocado, de modo que se justifique otorgar a la víctima una acción reparatoria.

d) Según un principio reiterado en el Código Civil (artículos 1437, 2284, 2314 y 2329),⁴ la atribución de responsabilidad civil supone que el demandado haya incurrido en culpa, sea en la forma de dolo (delito civil) o de negligencia (cuasidelito civil). Pero la ley también establece, respecto de ciertos riesgos, hipótesis de responsabilidad basadas en la mera causalidad entre el hecho del demandado y el daño (responsabilidad estricta u objetiva). En uno y otro caso, establecidos los hechos respectivos, la ley da por constituida una *relación obligatoria* entre quien provocó el daño y quien lo sufrió.⁵ A diferencia de la responsabilidad contractual, el antecedente de la extracontractual es un deber general de cuidado y no una obligación preexistente (de primer grado), cuya infracción está sujeta a protección mediante acciones y demás remedios establecidos por la ley o el contrato.⁶

e) La obligación del civilmente responsable es usualmente indemnizatoria, esto es, tiene por objeto dar una suma de dinero que repare o compense los perjuicios sufridos por el acreedor; pero también puede tener por objeto que el deudor haga lo necesario para restituir al acreedor en naturaleza a la situación anterior a los perjuicios causados o no haga hacia adelante aquello que ha provocado el daño.

lo suyo. (2) La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto”.

⁴ En lo sucesivo, a menos que se exprese o que del contexto resulte que se hace referencia a otro cuerpo normativo, cada vez que en este texto se cite un artículo, debe entenderse que se hace referencia al Código Civil chileno.

⁵ Destacando esa relación obligatoria, se ha resuelto que “la responsabilidad es un concepto jurídico que en su acepción civil implica la obligación en que se encuentra una persona de reparar y satisfacer el perjuicio o daño sufrido por otra” (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38); también se ha fallado que “la responsabilidad es la obligación en que se coloca una persona en orden a reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado” (Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2^a, 83).

⁶ Barros 2007 721.

Así, la responsabilidad civil puede dar lugar a distintos tipos de *acciones*. La más generalizada es la que persigue la *indemnización* en dinero por los perjuicios sufridos. Pero también en sede extracontractual se reconoce una acción para que se *restituya* materialmente a la víctima a la situación anterior al daño; y una para *hacer cesar* el daño que está actualmente ocurriendo.

Este libro está construido sobre la base de que la acción indemnizatoria es la más general de las acciones de responsabilidad. Las acciones restitutorias y de cesación del daño serán analizadas en particular en el capítulo sobre las acciones a que da lugar el daño normativamente atribuible al demandado (*Capítulo XI*).

2. Preguntas que plantea la responsabilidad por daños. a) Algunos ejemplos cotidianos pueden ayudar a descubrir los tipos de preguntas que plantea a abogados y jueces el juicio de responsabilidad civil:

1) Un avión se precipita a tierra a consecuencia de un desperfecto técnico, causando la muerte de su tripulación y de sus pasajeros.

2) Un niño, que juega con una varilla metálica mientras camina por un puente que pasa sobre una línea férrea, muere electrocutado al alcanzar uno de los cables eléctricos que alimentan el ferrocarril.

3) Una caldera industrial colapsa y ocasiona la muerte al trabajador que la manipulaba.

4) Una botella de gaseosa estalla provocando la pérdida de un ojo del consumidor que se disponía a abrirla.

5) Un automóvil atropella a un peatón que cruza la vía a pesar de que el semáforo le indicaba detenerse.

6) Un hombre mayor sufre un colapso al presenciar un atropello mientras camina por la calle.

7) Un empresario pierde una importante oportunidad de negocios al quedar atrapado durante dos horas en un taco resultante del accidente causado por un tercero que conducía a exceso de velocidad.

8) Una anciana, a quien cuesta mucho conciliar el sueño, despierta cada vez que en el departamento superior llega tarde un joven bullicioso.

Casos tan diferentes entre sí plantean una pregunta común: aceptado que un tercero ha intervenido causalmente en la ocurrencia de un daño, ¿procede que la víctima sea indemnizada por ese tercero?

La respuesta está determinada por las condiciones que el derecho establece para que haya lugar a la responsabilidad civil: ¿basta que el tercero haya intervenido de cualquier modo en la ocurrencia del accidente, o es necesario, además, que su conducta sea reprochable? Este primer orden de preguntas define los principales *sistemas de atribución de responsabilidad*: el de responsabilidad estricta u objetiva, que (en su forma más simple) solo exige una relación causal para que surja la obligación indemnizatoria, con

la consecuencia de que quien desempeña una actividad asume todos los riesgos de accidentes que se derivan de realizarla; y el de responsabilidad por culpa, que exige, además, que el autor del daño haya actuado con negligencia o mala fe.

A su vez, la responsabilidad por *culpa* plantea la pregunta por los criterios para trazar la línea divisoria entre la diligencia y la negligencia. En el caso 2), ¿fue negligente la compañía ferroviaria al no tender una red protectora sobre los cables eléctricos, a efectos de impedir un accidente como el sufrido por el niño juguetero? O, al revés, ¿resulta excesivo exigir ese grado de prevención, porque son los padres quienes deben evitar que su hijo esté en situación de sufrir ese daño?

Cualquiera sea el sistema de responsabilidad, se ha visto que es necesario que la víctima haya sufrido un *daño*. Por cierto que los daños a que estamos expuestos por la acción de terceros son de las índoles más diversas: desde las recíprocas molestias de convivencia, en gran medida inevitables, como el caso 8), hasta la muerte del marido que mantiene a la familia, como puede ser el caso 3). Surgen entonces preguntas como las siguientes: ¿qué daños se indemnizarán?; ¿por qué conceptos tiene la cónyuge del trabajador fallecido una pretensión indemnizatoria?; ¿puede ser reparado en dinero el sufrimiento de esa mujer o la pérdida de calidad de vida asociada a la pérdida del ojo por quien abría la botella de gaseosa?; y si así fuere, ¿cómo se avalúa la pérdida de un ojo?

También es común a todos los sistemas de responsabilidad la pregunta por la conexión que debe haber entre el hecho del tercero y el daño. La doctrina ha llamado *causalidad* a este requisito de la responsabilidad, que se traduce en la exigencia de que exista alguna relación de razonable cercanía entre ambos factores. Así, por ejemplo, ¿puede atribuirse el daño en el caso 4) a la conducta del embotellador o solo del fabricante de la botella?; ¿debe extenderse la responsabilidad hasta efectos dañinos más bien extraordinarios, como ocurre en el caso 6)?; ¿sobre quién recae el riesgo en el caso 1), si no se puede determinar la causa precisa del defecto técnico que hizo colapsar al avión?

En los casos 1) y 4) existen contratos de transporte y compraventa, respectivamente: ¿están obligadas las víctimas a fundar su acción en el contrato o pueden escoger entre esta y la acción de responsabilidad extracontractual? Y en los casos 3) y 4): ¿tiene influencia la condición particular de la víctima (trabajador y consumidor, respectivamente) a efectos de establecer la responsabilidad del causante del daño?

b) Las preguntas anteriores muestran cómo el derecho de la responsabilidad civil ha debido evolucionar hacia un complejo conjunto de principios y reglas, que a veces apuntan en direcciones diferentes. En circunstancias que el Código Civil solo plantea criterios muy generales de responsabilidad,

es inevitable que los aspectos más precisos de este ordenamiento hayan sido desarrollados en gran medida por la doctrina y la jurisprudencia.

3. Responsabilidad contractual y extracontractual. a) La distinción de Gayo entre el contrato y el ilícito como fuentes de las obligaciones ha constituido por casi dos mil años la gran división del derecho de obligaciones.⁷ Solo con el correr del tiempo la doctrina ha encontrado en el enriquecimiento sin causa, también de origen romano, un tipo de obligaciones de generalidad comparable a esa gran división (*infra* N° 4).⁸

Los efectos del contrato incluyen la acción para exigir su cumplimiento y la acción indemnizatoria que se sigue de su incumplimiento. En nuestro Código Civil ambas materias están tratadas bajo el epígrafe ‘Del efecto de las obligaciones’ (artículos 1545 y siguientes). En esta identificación de la responsabilidad civil con el incumplimiento contractual se muestra cómo el derecho de obligaciones, y de la responsabilidad civil en particular, se desarrolló a partir de la doctrina del contrato.⁹

En contraste, la responsabilidad extracontractual está desarrollada en un breve título, al final de las fuentes de las obligaciones (artículos 2314 y siguientes); y, siguiendo el modelo original del Código francés, está construida bajo una cláusula general de responsabilidad por culpa o dolo y no contiene reglas especiales acerca de los efectos de la responsabilidad.

b) Tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son *fuentes de responsabilidad civil*: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante. En circunstancias que muchas de las preguntas son análogas en ambas sedes y que las normas legales sobre responsabilidad contractual sirven de referencia para construir los efectos de la responsabilidad extracontractual, parte de la doctrina (especialmente francesa) ha sostenido que la responsabilidad civil debe ser tratada bajo un estatuto único, que incorpore las hipótesis de

⁷ Inst. Gayo 3.88.

⁸ En este libro se asume que las categorías del cuasidelito y del cuasicontrato carecen de sustento normativo material. En la medida que la culpa es un requisito genérico de responsabilidad, que comprende indistintamente el dolo y la negligencia, carece de sentido práctico distinguir entre ‘delitos’ y ‘cuasidelitos’ civiles. La categoría del cuasicontrato, por su parte, es puramente residual y comprende diversas hipótesis de actos lícitos no convencionales que dan lugar a obligaciones restitutorias (*infra* N° 4).

⁹ Este es el desarrollo del derecho de las obligaciones en el tratado sobre las obligaciones de Pothier 1761 (1ª parte, Capítulo II) y en el Código francés en su versión original (Libro III, Título III, Capítulo III). El mismo desarrollo ya se muestra en la sistematización tardía del derecho romano (Inst. Just. 3.13 y siguientes); a pesar de que la pandectística alemana del siglo XIX, que dio forma al BGB, intentó construir una parte general del derecho de obligaciones, no pudo evitar que sus normas atiendan preferentemente a la relación contractual.

responsabilidad contractual y extracontractual.¹⁰ A pesar de que buena parte de las diferencias que tradicionalmente han sido planteadas entre ambos tipos de responsabilidad han sido superadas por la evolución doctrinaria y jurisprudencial (*infra* § 65 b), la experiencia muestra la conveniencia de cuidar la especificidad del contrato como instituto básico en una economía de intercambios, lo que lleva a mirar con recelo la construcción de un sistema unitario de responsabilidad.

c) Parece haber una *diferencia analítica* entre la obligación indemnizatoria que surge del incumplimiento de un contrato y del ilícito extracontractual. Mientras en el contrato existe una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada, en sede extracontractual la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad.¹¹ En otras palabras, la obligación de reparación que nace del ilícito extracontractual es principal, por mucho que

¹⁰ El tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual se ha generalizado en Francia luego del tratado de los hermanos Mazeaud (Mazeaud *et al.* 1963); con una aproximación semejante, Yzquierdo 1993 83. En nuestro sistema jurídico se acostumbra seguir el esquema de Pothier, que el Código chileno toma del francés, donde bajo el epígrafe ‘De los efectos de las obligaciones’ se tratan esencialmente preguntas de responsabilidad contractual, dejando para la responsabilidad extracontractual el tratamiento diferenciado de sus elementos particulares (con énfasis en las diferencias con la responsabilidad contractual). Tras la reforma al derecho de contratos y al régimen general y prueba de las obligaciones francesa (*Ordonnance* N° 2016-131, 10 de febrero de 2016), bajo el título de *reparación del perjuicio resultante de la inexecución de un contrato* (artículos 1231 y siguientes), el Código francés regula específicamente los elementos básicos de la responsabilidad contractual. Un proyecto de reforma de la responsabilidad civil de 13 de marzo de 2017 vuelve sobre el tratamiento conjunto de la responsabilidad contractual y extracontractual. Con todo, más allá de ciertas reglas comunes, también en este proyecto se establece una diferenciación muy clara de ambos tipos de responsabilidad.

¹¹ La distinción entre obligaciones principales y derivadas fue planteada por Pothier 1761 N° 183; sobre su reconocimiento en la tradición analítica inglesa, especialmente en John Austin, Birks en Birks 1997 23. En Chile se ha fallado que “las fuentes de donde emana la responsabilidad civil, son las mismas que el artículo 1437 del Código Civil señala como origen de las obligaciones, y entre ellas aparecen las que surgen a consecuencia de la violación de un vínculo de obligación preexistente y aquellas constituidas por la comisión de un hecho ilícito, ajena a todo vínculo jurídico anterior, mediando dolo o imprudencia” (CS, 6.11.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 181). También se ha expresado que “la culpa contractual y extracontractual están regidas por leyes diversas, que tienen alcance y extensión distintas. La primera se produce por incumplimiento o retardo del deudor de una obligación que nace del contrato, del cuasicontrato o de la ley. Y la segunda no tiene ningún nexo entre una parte y otra; se genera por hechos de personas extrañas entre sí, que no se pueden prever mediante convenciones preexistentes” (CS, 3.7.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, 252). Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido que “la responsabilidad contractual es la que emana de la existencia de un vínculo previo entre la parte que reclama la indemnización y aquella a la cual se demanda, y la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva de un hecho ilícito que ha inferido injuria o daño en la persona o propiedad de otro. En ambos casos, establecidos sus requisitos de procedencia, conducen al resarcimiento respectivo, pero en la primera de ellas necesariamente debe existir una vinculación entre las partes y, en la segunda tal nexo no se presenta” (CS, 2.10.2003, F. del M. 515, 2956); en el mismo sentido, CS, 11.5.2004, GJ 287, 247; y CS, 7.10.2004, GJ 292, 220.

esa obligación esté vinculada a la infracción de un deber general de cuidado del autor del daño.¹² Por regla general la responsabilidad surge cuando alguien causa daño a otro habiendo infringido un deber de cuidado (*infra* § 9). De ahí que lo relevante sean las diferencias entre ese deber de cuidado que no ha sido específicamente convenido y las obligaciones que emanan de un contrato.¹³

La obligación principal que nace de un contrato consiste en cumplir lo convenido, de modo que la obligación indemnizatoria surge solo una vez que el deudor ha incumplido esa obligación contractual (de primer grado). La responsabilidad contractual es un remedio que el derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento de lo pactado. Así se explica que en materia contractual la acción de responsabilidad complemente o sustituya a la acción que tiene por objeto el cumplimiento en naturaleza de la obligación principal. La obligación indemnizatoria (obligación de segundo grado) tiene precisamente por fundamento y medida el incumplimiento de la obligación principal (o de primer grado).¹⁴

Esta diferencia no es puramente teórica. En materia contractual lo determinante es el acuerdo de las partes, al que la ley atribuye efecto obligatorio (artículo 1545). Ese acuerdo contractual determina el alcance de las obligaciones y, subsecuentemente, la responsabilidad que se sigue del incumplimiento. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la

¹² Una discusión actual en la filosofía del derecho privado, particularmente intensa en la tradición analítica anglosajona, es si la responsabilidad estricta está vinculada con algún deber de resultado. En un extremo, se ha argumentado que la responsabilidad estricta es inconsistente con la idea de derecho privado, entre otras razones porque su imposición supone proteger los derechos del demandante sin referencia a un deber del demandado cuya conceptualización sea inteligible. Bajo esta postura, el deber del demandado de no incurrir en la conducta que causa daño no se manifiesta con anterioridad a la ocurrencia del daño; solo retrospectivamente, en razón del infortunio del daño, se puede calificar la conducta del demandado como ilícita (Weinrib 2012 179). En la posición contraria, se ha defendido la inteligibilidad de deberes de resultado (*duties to succeed*), sobre la base de que pueden haber razones categóricas e imperativas para lograr resultados. De hecho, las razones para esforzarnos usualmente serían parasitarias (o instrumentales) a las razones que tenemos para lograr resultados (Gardner 2001 113). Una tercera posición admite la legitimidad de la responsabilidad estricta, pero considera que su imposición está desvinculada de la infracción a deberes previos (Smith 2014 189). Desde esta última perspectiva resulta obvio que el concepto de ilícito, representado por la culpa en el régimen ordinario de responsabilidad, no es aplicable a la responsabilidad estricta, que simplemente deriva de la causalidad.

¹³ Atendido que el deber de cuidado no es homologable a una obligación contractual, conviene referirse al primero como *deber*, en cambio, a la segunda como una *obligación*. Al respecto Hart señala que las obligaciones se caracterizan porque pueden ser voluntariamente creadas, por tenerse respecto a un sujeto en particular y no surgir en razón del carácter del comportamiento al que obligan sino en razón de la relación entre las partes (Hart 1955 175).

¹⁴ Barros 2007 721. Sobre la diferente estructura de estas relaciones obligatorias, *infra* N° 787.

fuerza de la responsabilidad contractual es la *convención* que opera como un mecanismo de autovinculación, mientras que en sede extracontractual lo determinante es el *derecho*, que heterónomamente pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio de nuestra libertad cuando este resulta en un daño a un tercero.¹⁵

d) La más fuerte *crítica a la distinción entre el contrato y el ilícito extracontractual* ataca el corazón de la doctrina del contrato como acuerdo de voluntades. Se asume que en el tráfico contractual contemporáneo es usual que los acuerdos solo residan en los aspectos esenciales del negocio, de modo que sus efectos están en gran medida determinados por la ley y por los deberes que impone la buena fe. Es el caso, por ejemplo, de los contratos que se convienen mediante un mero comportamiento social típico, como subir a un microbús o comprar en un supermercado; o que están sujetos a condiciones generales de contratación, propuestas por la parte que hace una oferta contractual general y estandarizada. A ello se agregó cíclicamente durante el siglo pasado una tendencia a la regulación administrativa del contrato.

El acento en estos aspectos no negociados del contrato llevó a una parte de la doctrina, especialmente en la década de 1970, a proponer la incorporación de la categoría del contrato bajo el estatuto (supuestamente más general) de la responsabilidad por daños. El argumento principal ha sido que el elemento convencional del contrato tiende a desaparecer; sea de hecho, a consecuencia de las prácticas contractuales (como ocurre en los contratos masivos sujetos a condiciones generales de contratación), sea en razón de regulaciones legales o administrativas que limitan la facultad negociadora de las partes (como ocurre con el contrato dirigido).¹⁶

La experiencia, sin embargo, ha mostrado la conveniencia de mantener separadas ambas fuentes de obligaciones. Por elemental que pueda ser el consentimiento en algunas formas contractuales, el contrato cumple una función y responde a una lógica interna diferente a la de la responsabilidad extracontractual,¹⁷ de modo que, especialmente al momento de determinar las condiciones de la responsabilidad, es relevante si se trata

¹⁵ Mill *On Liberty* Capítulo III.

¹⁶ Véanse, especialmente, Atiyah 12979 y Gilmore 1974 *passim*. En Chile, se ha fallado que “la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano” (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38).

¹⁷ Una función distintiva del derecho de contratos es que, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, está dirigido a defender la práctica social de las promesas. Un argumento de por qué las promesas brindan una razón positiva para afirmar la obligatoriedad de los contratos en Fried 2015 y Raz 1981 916.