REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Transmisibilidad de la acción por daño moral
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila



Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO (julio-diciembre) 2016: 189-193 ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción - Chile

INTERÉS PARA DEMANDAR LA NULIDAD ABSOLUTA. BASTA QUE EXISTA AL MOMENTO DE LA DEMANDA

Doctrina

No es obstáculo para que los herederos puedan ejercitar la acción de nulidad absoluta el hecho que su interés nazca en el momento de morir el causante y que no lo hayan tenido antes puesto que la ley no señala plazo o época determinada en que se debe producir ese interés, sólo se exige que se tenga en el momento de alegar la nulidad absoluta.

Corte Suprema, 20 de julio de 2016.[1]

Comentario

En otras oportunidades hemos tenido la ocasión de referirnos al interés que debe tener quien pretenda alegar la nulidad absoluta de un contrato, exigido por el artículo 1683 del Código Civil. En el número 238 de esta *Revista de Derecho* comentamos la sentencia de 22 de octubre de 2015 que hace un análisis de las condiciones de dicho interés (pp. 231 y ss.);[2] también en el número 227-

[1] Corte Suprema, 20 de julio de 2016, Rol N° 9699-2015.

[2] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2015, N° 238, pp. 229-234 (N° 2).

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

228 (pp. 275 y ss.)[3] comentamos otra sentencia relativa a la misma materia, como también sobre la misma cuestión planteada en la sentencia cuya doctrina se ha transcrito lo hicimos en el número 214 (p. 197)[4] y antes en el número 211 (p. 269 y ss.).[5] Más extensamente hemos tratado la cuestión en un artículo titulado precisamente "Todo el que tenga interés en ello… Sobre el artículo 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad".[6] Debería ser bastante para el punto de derecho abordado en la sentencia precedente.

Sucede sin embargo, que esta sentencia interesa porque viene a contradecir en forma manifiesta lo que debía considerarse doctrina ya establecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La cuestión es que aquel que pretende alegar la nulidad de un contrato, debe tener un interés en ello, el que debe ser invocado en la demanda y probado en el juicio. Esa es cuestión uniforme en el derecho comparado.[7]

Pero se exige además que ese interés *sea actual* y por ello, la jurisprudencia más constante en los últimos años ha exigido que "el interés que debe acreditar quien pretende la nulidad ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, es decir, que sea coetáneo y no posterior a su verificación, porque sólo de esa manera se produce la necesaria conexión entre ese interés y el vicio que se arguye".[8] Y esto es así porque "quien no tenía un interés subjetivo o una posición jurídica reconocida que se vea amenazada por la realización de dicho contrato… no ha sufrido perjuicio con el acto aparente ya que no tenía el interés, como se exige, al tiempo en que se habría producido la infracción motivante de la nulidad, de modo que el actor carece del requisito necesario para accionar".[9] Y es que "el interés ha de tener origen en la celebración del

[3] Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2010, Nº 227-228, pp. 275-280 (Nº 1).

[4] Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2003, Nº 214, pp. 194-201 (Nº 5).

[5] Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2002, Nº 211, pp. 269-273 (Nº 3).

[6] V. Domínguez Águila, Ramón, "Todo el que tenga interés en ello… (sobre el artículo 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)", en Mantilla, Fabricio; Pizarro, Carlos (Coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Universidad del Rosario – Universidad Diego Portales, Bogotá, Colombia, 2008, pp. 541-559.

[7] V. art. 1742 del Código Civil de Colombia, art. 387 del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, art. 1421 del Código de Italia, art. 286 del Código de Portugal y el nuevo art. 1180 del reformado Código Civil francés, como ejemplos.

[8] Corte Suprema, 9 de mayo de 2002, rol 1146-2001, sobre la cual nuestro "Comentario…" en esta *Revista de Derecho* Nº 211, cit. (n. 5).

[9] Corte Suprema, 20 de agosto 2007, rol 3770-2004.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acto o contrato nulo".[10] Más recientemente la Corte Suprema ha insistido en que el interés para demandar la nulidad absoluta "ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, es decir que sea coetáneo y no posterior a su verificación, porque sólo de esa manera se produce la necesaria conexión entre el vicio y el interés que se arguye".[11] También se ha insistido en ello al resolverse que "debe tratarse de un interés real y no meramente hipotético, ser coetáneo y no sobreviniente a la celebración del acto que se pretende anular y mantener actualidad a la fecha en que se pide la declaración de nulidad" y que se requiere que "este interés nazca precisamente de la lesión que sufre su patrimonio al ejecutarse o celebrarse el contrato en contravención a la ley y que es la causa de que su patrimonio se vea perjudicado; en otras palabras, que dicho interés tenga en esa contravención, determinante a su vez del perjuicio pecuniario, su causa jurídica y necesaria".[12]

De este modo, ha sido doctrina establecida que el interés que alega el demandante de nulidad absoluta, ha de existir ya al tiempo de celebrarse el contrato nulo y subsistir hasta la interposición de la demanda.

En ello hay además casi unanimidad en la doctrina. El profesor Pablo Rodríguez Grez escribe, a este propósito, que el interés "ha de tener origen en la celebración del acto o contrato" y agrega: "Que el interés sea coetáneo a la celebración del acto significa que el provecho económico no es un elemento sobreviniente, que se incorpora al acto después de su perfeccionamiento, sino contemporáneo a su conclusión".[13] El profesor Hernán Corral Talciani escribe que: "Se ha exigido también que el interés exista al momento de la celebración del contrato cuya nulidad se pretende y no sobrevenga en una etapa posterior… Pensamos que el interés no sólo debe estar presente al momento de la celebración del contrato nulo, sino que debe ser actual, es decir, permanecer a la fecha en que se intenta la acción de nulidad.[14] En el mismo sentido escribe el profesor Rodrigo Barcia Lehmann.[15]

[10] Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de octubre de 2003, en *R.D.J.*, T. 100, sec. 2ª. p. 118; y sentencia de 20 de abril de 2004, en *R.D.J.*, T. 101, sec. 2ª, p. 23.

[11] Sentencia de 18 de agosto de 2010, rol 386-2009; en el mismo sentido, Sentencia de 10 de junio de 2010, Rol Nº 8130-2008.

[12] Corte Suprema, 22 de octubre de 2015, rol 5183-2015.

[13] Rodríguez Grez, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 210.

[14] Corral Talciani, Hernán, "El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante", en Guzmán Brito, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 671-689.

[15] Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. El Acto Jurídico,* Edit. Jurídica de

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tan solo es discordante lo que se escribe en la obra *De la Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno*, de don Arturo Alessandri Besa,[16] porque allí se sostiene la misma doctrina de la sentencia que comentamos, obra por lo demás en que se funda la dicha sentencia y debido al argumento de la *no distinción* en el artículo 1683. Pero ya se sabe, lo peligroso es acudir a él sin más. Lo curioso es que en la edición original de la obra del señor Alessandri Besa se sostenía un parecer contrario. Allí puede leerse lo siguiente: "De esta circunstancia, o sea de la necesidad de que este interés nazca precisamente del vicio que origina la nulidad, se deriva como consecuencia lógica, que el interés en alegarla debe existir al tiempo de producirse la nulidad, es decir, al momento en que se comete la violación de ley que trae como consecuencia la nulidad absoluta del acto". Y agrega el autor: "Por consiguiente, el que alega la nulidad absoluta debe tener interés en ello en el momento mismo en que se ejecuta el acto o se celebra el contrato en que se comete la infracción que acarrea su nulidad. Si ese interés se manifiesta posteriormente, como consecuencia de acto efectuados después de la celebración del acto o contrato nulo, debe rechazarse la petición de nulidad absoluta, porque en realidad el peticionario no tiene el "interés" que exige el artículo 1683 del Código Civil".[17]

El Código de Minería, en su artículo 97, a propósito de la nulidad de una concesión minera, prescribe que: "Cualquiera persona que tenga interés actual podrá pedir la nulidad de una concesión minera, con exclusión de su dueño, fundada en alguna de las causales establecidas en el art. 95".

"Para estos efectos se entiende que el interés es actual cuando éste existía al momento en que se produjo el vicio en que se fundamenta la acción de nulidad y, además, subsiste a la fecha en que se interpone dicha acción".

Es que, lo que habilita para pedir la nulidad absoluta es la alteración que el negocio viciado produce en una situación o derecho existente y que es lesionado por aquél. Ha de tratarse de un interés jurídico, es decir, en estrecha relación con la causa de la nulidad, o en relación de causa a efecto con ésta[18] y ello sólo se produce si el interés es, al menos, coetáneo al acto nulo ya que sólo entonces puede afirmarse que el contrato nulo afecta dicho interés y por

Chile, Santiago, 2007, p. 132.

[16] ALESSANDRI BESA, Arturo, *De la nulidad y rescisión en el derecho civil Chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 3ª ed., T. I, N° 600, 607 y 651.

[17] ALESSANDRI BESA, Arturo, *De la nulidad y rescisión en el derecho civil Chileno,* cit. (n. 16), p. 553 ss.

[18] Así, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, Francois, *Leçons de Droit Civil - Obligations*, Montchrestien, Paris, 1998, 9ª. Edición, Nº 308.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ello justifica el derecho a crítica del contrato que ejerce el demandante de la nulidad.

De este modo, los herederos, como era el caso de la sentencia comentada, no habrían podido demandar la nulidad absoluta de actos celebrados por su causante y anteriores a su muerte, basándose exclusivamente en el interés que les ha surgido por el hecho de transformarse en tales herederos. Antes de la muerte del causante no tienen interés por esa sola causa en atacar los contratos celebrados por su causante.

La sentencia en cuestión ofende pues los principios elementales que han determinado en el legislador la exigencia de un interés para demandar la nulidad absoluta de un contrato y contraviene una jurisprudencia ya firmemente establecida sin razón alguna que justifique la contradicción. Cuando existe una jurisprudencia establecida, han de existir razones importantes que impliquen la necesidad de variar la norma jurídica que surge de aquella jurisprudencia. La simple aseveración de que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho no basta para incurrir en contradicciones con lo ya establecido porque las necesidades de la seguridad jurídica se oponen a ello.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO (Concepción) 2016: 195-201 ISSN 0303-9986

TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN POR DAÑO MORAL

Doctrina

Del carácter personalísimo del daño moral no se deriva que la acción para reclamarlo sea intransmisible, aunque el daño en sí mismo lo sea. Aunque el daño sea personal, de ello no se deriva el carácter intransmisible de la acción indemnizatoria, pues el contenido de ésta es de índole patrimonial. Debe excluirse el argumento que la función satisfactoria de la indemnización por daño moral sólo se lograría en la víctima directa. Desde el momento que aceptamos que verificado el daño moral nace una acción para reclamar la indemnización, existe un carácter patrimonial que se introduce. Dado que lo que se busca es la indemnización en dinero cabe reputar la acción indemnizatoria como una acción mueble, la que constituye un bien que se encuentra en el patrimonio del causante desde que se verifican las condiciones para reclamar la indemnización por el daño moral ocasionado. No podría justificarse el rechazo a la transmisibilidad en función del daño moral, pues como cualquier acción indemnizatoria, lo que se busca con su ejercicio es el pago de una cantidad de dinero que refleje el daño ocasionado. La acción debiera en sí misma calificarse de personalísima para que no pudiera transmitirse. El Código Civil establece en casos excepcionales dicha intransmisibilidad. Así ocurre con el fideicomiso, el usufructo y el uso o habitación. Estos derechos importan un desmembramiento o limitación de la

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

propiedad, razón por la cual no se transmiten. En otros casos la intransmisibilidad se basa en un criterio de confianza, repudiando el codificador la sucesión. Así ocurre con el albaceazgo, dado el carácter de confianza que se radica en el albacea. Sin embargo en la especie, no concurre ninguno de estos criterios para entender que la acción indemnizatoria sea intransmisible. El legislador no lo ha dicho en forma expresa, lo que puede entenderse, dado el surgimiento tardío de la indemnización del daño moral, pero tampoco se justifica asignarle el carácter de intransmisible por razones económicas o de confianza. Asignarle el carácter intransmisible a la acción, lo que constituye una excepción a la regla general, requiere un fundamento, que hasta el momento no se ha otorgado.

Queda por hacerse cargo de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de Accidentes del Trabajo, según el cual "los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables". En relación a este precepto, debe considerarse que al referirse a los derechos que se confieren al trabajador se alude a aquellos de índole social, en particular las prestaciones médicas, por incapacidad, invalidez y por supervivencia contempladas en el Título V, pero no alcanza a las acciones indemnizatorias previstas en el artículo 69.

Por consiguiente, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina, en la especie, la posibilidad de los herederos de reclamar la indemnización del daño moral padecido por el causante, debiendo entenderse la acción transmisible conforme a los artículos 951 y 1097 del Código Civil, sin que sea óbice lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 16.744.

Por estas razones se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia.

Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016.[1]

Comentario.

¿Es transmisible a los herederos la acción para la reparación del daño moral?

Con anterioridad la Corte Suprema había resuelto uniformemente que no es transmisible. Así, las sentencias de 27 de junio de 2007, de 27 de noviembre de 2007; de 23 de diciembre de 2011; de 23 de septiembre de 2011;

[1] Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016, Rol Nº 33.990-2016, sentencia de unificación de jurisprudencia laboral (tercera sala).

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de 29 de septiembre de 2011; de 24 de diciembre de 2014.[2] La doctrina más actual en nuestro derecho decide también que es intransmisible (así, Enrique Barros Bourie, en su *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*;[3] véase nuestro artículo, *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*;[4] aunque el profesor Pablo Rodríguez da varias razones para sostener la transmisibilidad, en su *Responsabilidad Extracontractual*[5]). La sentencia que se comenta de la tercera sala de la Corte Suprema modifica la solución ya constante en las sentencias que han sido referidas.

La cuestión de la transmisibilidad de la acción por daño moral ha recibido dispares soluciones. Una tesis sostiene la transmisibilidad absoluta de la acción por daño moral. Desde que el daño se ha producido, la víctima adquiere un crédito de reparación y ese crédito es transmisible a los herederos de la misma, como todos los demás que integran su patrimonio. Si bien el daño moral es personal, el crédito de reparación no lo es. Esta parece ser la solución que ahora acoge la tercera sala de la Corte Suprema.

Otra tesis sostiene una transmisibilidad mitigada pues distingue la situación en que la víctima falleció en el instante mismo del hecho causante, caso en el cual no nace ninguna acción para ella y por lo mismo nada puede transmitir respecto al daño moral. Pero si ha sobrevivido un instante siquiera, la acción logra nacer y ésta es transmisible por ser patrimonial. Era la tesis de don Arturo Alessandri[6] siguiendo en ello lo que se sostenía en la obra clásica de los Hermanos Mazeaud en Francia.[7] Es la tesis seguida por un sector de la doctrina en Italia.[8] También algunos autores argentinos seguían esa tesis

[2] Corte Suprema, 27 de junio de 2007, Rol N° 309-2006; Corte Suprema, 27 de noviembre de 2007, Rol Nº 6196-2006; Corte Suprema, 23 de diciembre de 2011, Rol Nº 6669-2009; Corte Suprema, 23 de septiembre de 2011, Rol Nº 2073-2009; Corte Suprema, 29 de septiembre de 2011, Rol Nº 2073-2009; Corte Suprema, 24 de diciembre de 2014, Rol Nº 1878-2014.

[3] Barros Bourie, Enrique, *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, N° 743.

[4] Domínguez Águila, Ramón, "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral", *Revista Chilena de Derecho*, 2004, N° 3, pp. 493 y ss.

[5] Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 366 ss.

[6] Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 388.

[7] Tesis que esa obra mantuvo en todas sus ediciones, véase la última: Mazeaud, Henri; Mazeaud, León; Mazeaud, Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Ed. Montchrestien, Paris, 1970, 6ª ed., T. 2, N° 1909 y ss.

[8] V. Petti, Giovanni B., *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, UTET, Torino, 1999, pp. 236 ss.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bajo el antiguo Código Civil, aunque los artículos 1078 y 1099 se oponían a la transmisibilidad.[9] No obstante la mayoría de la doctrina ha postulado que la acción por daño moral es intransmisible y no puede cederse.[10] Pero el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación señala específicamente lo que se indemniza en caso de fallecimiento de la víctima a los herederos y el art. 1741 sólo concede acción personal a los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. Pero no se establece la transmisibilidad de la acción de la víctima.

El Decano Alessandri daba como razón de la transmisibilidad atenuada, además, el que no había ley que estableciera la intransmisibilidad de la acción. Este argumento lo recoge la sentencia que se comenta. Pero no es argumento de fuerza. En efecto, la transmisibilidad o no de una acción no depende de si la ley la declara transmisible o no transmisible sino de la naturaleza del derecho protegido por la acción, según resulta de la correcta aplicación del principio de la continuación de la persona por sus herederos. Tampoco la ley ha establecido la intransmisibilidad de la acción alimenticia; pero no podría sostenerse que por ello los herederos podrían demandar alimentos que el causante no demandó en vida.

Con anterioridad, algunas de las sentencias que señalamos daban como argumento en contra de la transmisibilidad lo dispuesto en el art. 88 de la Ley 16.744 y que dispone que: "Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables". La sentencia actual rechaza ese argumento porque sostiene que esa disposición hace referencia a las prestaciones que la ley referida concede en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Pero se olvida, al sostener ello, que precisamente la acción por daño moral es concedida claramente por el art. 69 letra a), de forma que es un derecho "concedido por esta ley". Lo curioso de la argumentación de la Corte Suprema es que, desde otro punto de vista, para la prescripción de la acción por daño moral se aplica el art. 79 de la ley y no el art. 2332 del Código Civil, porque se trata de un derecho concedido por esa ley especial.[11]

[9] Así, Bueres, Alberto J., "Los problemas de la transmisión del crédito a la indemnización por daño moral, y la relación de tal crédito con el patrimonio de su titular", en Bueres, Alberto J.; Kemelmajer de C., Aida (Coords.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, T. I, pp. 194-217.

[10] Así, Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcela, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, T. I, pp. 549 y ss. y los autores citados allí en nota 708.

[11] Así, por ejemplo, de la misma tercera sala: Corte Suprema, 25 de julio de 2015, Rol Nº 23.497-2014, que rechaza unificación de jurisprudencia.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La tesis de la intransmisibilidad nos parece más aceptable y justificada, no obstante los argumentos de la sentencia de la tercera sala de la Corte Suprema.

Esta vez nos limitamos a resumir esa argumentación.

Desde luego, si la acción fuera transmisible es porque tendría un neto carácter patrimonial. Por ende podría también cederse y ser objeto de negociación privada por la víctima si está en vida y por sus herederos si ha fallecido, podría el crédito de indemnización ser embargado y aun subastado para que lo adquiera un tercero. Pero como bien se decía por unos autores: "Sería tan chocante ver a una víctima ceder a un tercero el precio de sus sufrimientos, como ver que esos acreedores se apoderaban de semejante valor. Cuanto sea un perjuicio moral se encuentra fuera del comercio; los créditos que puedan surgir de ello permanecen unidos indisolublemente a la persona de la víctima".[12] Además, si ella fuese transmisible, lo sería a sus herederos, que en nuestro derecho no son sólo los parientes cercanos, padres o hijos y nietos, pueden ser parientes hasta el sexto grado de consanguinidad que seguramente jamás conocieron a la víctima y aun, teóricamente, el Fisco; pero como dice Mariano Yzquierdo Tolsada: "No creo yo que el Estado nos ame tanto como para considerarse perjudicado por nuestra muerte".[13]

La noción misma de daño moral tal cual ahora se le concibe, le da un carácter personalísimo. Bien decía el ilustre argentino Brebbia que "lo que caracteriza jurídicamente a los daños extrapatrimoniales no es ese sufrimiento de carácter particular al que se alude, sino la violación de algunos derechos inherentes a la personalidad de un sujeto".[14]

Podrá objetarse, como lo hace la sentencia que se comenta, que si la idea de daño moral está unida al titular, cuando éste fallece lo que se transmite no es el derecho, sino la acción destinada a obtener la reparación patrimonial de la agresión experimentada. Pero ello no impide considerar que el interés protegido por dicha acción no es el económico, sino el personalísimo, de forma que la patrimonialidad de la prestación a que será obligado el hechor del daño no justifica la transmisibilidad de la acción.

Pero hay una cuestión aún más decisiva: el objeto de la reparación del daño moral. La finalidad de conceder derecho a su reparación no es

[12] Mazeaud, Henri; Mazeaud, León; Mazeaud, Jean, cit. (n. 7), T. 2, N° 1921.

[13] Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 378.

[14] Brebbia, Roberto, *El daño moral*, Ed. Orbir, Rosario, 1967, 2ª ed., p. 241.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la indemnización del daño causado. La indemnización es propia del daño patrimonial que, como es traducible en dinero, puede ser reintegrado al patrimonio mediante la indemnización, que se llama precisamente así porque la víctima queda, después de ella, indemne. Pero el daño moral, por su propia naturaleza no puede ser indemnizado. Se produce así, al decir de una eminente autora, una suerte de "afectación de la indemnización de reparación de los daños personales a la sola víctima".[15] Ello es porque la suma que se pague por tal daño moral no lo repara, sino que solamente lo compensa. Como bien dice una sentencia del Tribunal Supremo de España, "el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material… pero gracias a él puede la víctima del perjuicio moral, según sus gusto y temperamento, procurarse sensaciones agradables que vendrán a compensar las dolorosas o desagradables".[16] Una sentencia de la Corte de Santiago dice al respecto que: "Ahora bien, por afectar a bienes extrapatrimoniales o inmateriales y, por lo mismo, no apreciables en dinero, la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en una situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquél. En consecuencia la indemnización por daño moral está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, una satisfacción de reemplazo",[17] y escriben dos eminentes autores: "es bien evidente que, para cumplir verdaderamente esta función, la indemnización debe ser reclamada y obtenida por la víctima misma. Si lo es por sus herederos ello no aporta ningún alivio a los sufrimientos experimentados y no da ninguna satisfacción moral a quien los ha sufrido. Su sólo efecto sería permitir a los sucesores hacer dinero de un sufrimiento que no es el suyo y del que su autor tal vez no habría querido él mismo demandar reparación, lo que parece particularmente antipático, sino francamente inmoral".[18]

Al entregarse la reparación a los herederos ¿qué se repara, qué se compensa con ella, de qué modo ella mitigaría el daño causado a quien ya no está en el mundo de los vivos? Para el heredero es sólo una fuente de ganancia sin causa y sin función compensadora.

Agréguese a ello que los herederos disponen, además, de la acción personal

[15] LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "Le droit et la morale dans l´indemnisation des dommages corporels", Dalloz, 1992, chron. p. 165, reproducido en CARVAL, Suzanne, *La construction de la responsabilité civile*, PUF, Paris, 2001, pp. 295 y ss.

[16] Tribunal Supremo Español, 7 de febrero de 1962 (R.A.J. 672).

[17] Corte de Apelaciones de Santiago, 18 noviembre de 2002, *RDJ*, T. 99 (2002), sec. 2ª, p. 138.

[18] VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2010, 3ª edic., Nº 171.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se les concede como víctimas indirectas para la reparación del daño por ellos sufrido, a la que, de acuerdo a la sentencia que se critica, se sumaría la indemnización que se habría debido al causante. Quedan así en mejor situación que éste, que de vivir sólo recibiría una indemnización.

Es por esas y otras razones que la doctrina comparada mayoritaria no acepta la transmisibilidad de la acción por daño moral.[19] Bien dice el art. 1916 inc. 3 del Código Civil mexicano: "La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida".

Entendemos pues que la sentencia que se comenta va en contra de toda la concepción de la reparación por daño moral y no debería significar una vuelta definitiva a la jurisprudencia que ya estaba establecida.

[19] Así, por ejemplo, para la doctrina francesa: PRADEL, Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 2004, Nº 341.; FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean Luc; SAVAUX, Eric, *Droit Civil - Les Obligations. 2 Le Fait Juridique*, Sirey-LGDJ, Paris, 2003, 10ª edición, N° 369; CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. 4. Les Obligations*, PUF, Paris, 2000, 22a. edic., Nº 211; VINEY - JOURDAIN, cit. (n. 18), Nº 170 ss.; AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*. À jour de la réforme *du droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2016, 8ª edición, Nº 220; LAMBERT-FAIVRE, cit. (n. 15), y LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 1996, 3ª edición, N° 158 y ss., entre otros. Para la doctrina española, v. PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, "La indemnización por causa de lesiones o muerte", *Anuario de Derecho Civil,* 1989, pp. 647; VILLA Y BLANCO, Martín, "Sobre la transmisibilidad de las obligaciones "ex cuasi delicto", *Revista de Derecho Privado*, 1992, pp. 662-665; ROCA I TRIAS, Encarna, *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 3ª edición, pág. 173.