



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y  
SEGURIDAD SOCIAL

# **Indemnización del lucro cesante, en el despido por causales no imputables a su voluntad, de los vendedores comisionistas**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales**

AUTORES:

Tarek Leoz Moyano  
Rodrigo Logan Soto  
Julia Ugarte Cancino

PROFESOR GUÍA: Claudio Palavecino Cáceres

Santiago, Chile

2011

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: DEL VENDEDOR COMISIONISTA Y DE SU COMISIÓN .....	4
1.1 <u>El vendedor comisionista como figura de origen mercantil</u> .....	4
1.1.1 El vendedor comisionista como especie de mandatario comercial, figura a su vez perteneciente a la familia de los auxiliares o colaboradores empresariales.....	5
1.1.2 La relación entre auxiliar de comercio y representación.....	7
1.1.3 Auxiliares del comercio independientes .....	9
1.1.3.1 <u>Corredores</u> .....	11
a) Corredores en el Código de Comercio.....	11
b) Corredores de bolsas de valores y agentes de valores.....	12
i. <i>Normas especiales relevantes en torno a la figura de los corredores de bolsa</i> .....	12
ii. <i>Conclusiones interpretativas de las normas especiales aplicables a los corredores de bolsa</i> .....	15
c) Corredores de seguros .....	15
i. <i>Normas del Código de Comercio atinentes a los corredores de seguros y agentes de venta</i> .....	17
ii. <i>Normas del DFL N° 251</i> .....	17

iii.	<i>Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros</i>	20
iv.	<i>Normas administrativas de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)</i>	20
v.	<i>Conclusiones de las normas en referencia pertenecientes al corredor de seguros</i>	21
d)	Entidades de Asesoría Previsional y Asesores Previsionales independientes regidos por el Decreto Ley N° 3500 o Ley de AFP	22

## **1.2 El comisionista como auxiliar de comercio y su regulación comercial.....25**

<b>1.2.1</b>	<b>Figura del comisionista como especie de mandato. Conceptos y elementos principales.....</b>	<b>25</b>
1.2.1.1	<u>Concepto legal de comisión comercial.....</u>	27
<b>1.2.2</b>	<b>Concepto de vendedor comisionista, en base a los elementos legales mercantiles.....</b>	<b>28</b>
<b>1.2.3</b>	<b>Aspectos relevantes del estatuto comercial general aplicable al vendedor comisionista.....</b>	<b>28</b>
1.2.3.1	<u>Remuneración.....</u>	29
a)	Comisión simple.....	29
b)	Comisión de garantía.....	29
1.2.3.2	<u>Provisión de fondos y efectos necesarios .....</u>	31
1.2.3.3	<u>Devolución de anticipos, gastos e intereses que importó la comisión .....</u>	31
1.2.3.4	<u>Derecho legal de retención.....</u>	31
1.2.3.5	<u>Riesgo y Responsabilidad.....</u>	31
1.2.3.6	<u>Representación.....</u>	31
1.2.3.7	<u>Extinción o expiración del contrato de comisión mercantil .....</u>	32

a) Revocación del mandante.....	32
b) Renuncia del comisionista.....	33
c) Muerte del comisionista persona natural.....	33
d) La rescisión.....	33
i. <i>Rescisión por el principal o comitente</i> .....	34
ii. <i>Rescisión invocada por el factor o comisionista dependiente</i> .....	34
<b>1.2.4 Precisiones de la jurisprudencia en torno al concepto y elementos legales mercantiles de la figura del comisionista .....</b>	<b>35</b>
<b><u>1.3 Distinción entre comisionista dependiente e independiente.....</u></b>	<b>37</b>
<b>1.3.1 La relación jurídico-laboral y sus elementos como presupuestos ineludibles para conceptualizar la figura del comisionista dependiente.....</b>	<b>38</b>
1.3.1.1 <u>Subordinación</u> .....	39
1.3.1.2 <u>Ajenidad</u> .....	39
1.3.1.3 <u>Continuidad</u> .....	40
<b>1.3.2 Comisionista independiente v/s dependiente.....</b>	<b>40</b>
1.3.2.1 <u>Comisionista independiente</u> .....	40
1.3.2.2 <u>Comisionista dependiente o agente de ventas</u> .....	41
1.3.2.3 <u>Conclusión</u> .....	42
<b><u>1.4 Tipos de vendedores comisionistas en función del mercado en el cual se desempeñen .....</u></b>	<b>42</b>
<b>1.4.1 Vendedores de seguros y normas del DFL N° 251 de 1931.....</b>	<b>43</b>
1.4.1.1 <u>Compañías de seguros del primer grupo</u> .....	43
1.4.1.2 <u>Compañías de seguros del segundo grupo</u> .....	44
1.4.1.3 <u>El agente de ventas o vendedor de seguros</u> .....	44
a) Agente de ventas dependiente de compañías de seguros.....	44
b) Agente intermediador dependiente de corredores de seguros.....	44

c) Los requisitos para la autorización de intermediar en el comercio de los seguros son aplicables para los agentes de ventas e intermediadores similares.....	45
<b>1.4.2 Agentes de ventas de seguros previsionales.....</b>	<b>45</b>
<b>1.4.3 Agentes de ventas que prestan servicios para Isapres.....</b>	<b>46</b>
1.4.3.1 <u>La duración del contrato de salud como criterio de duración del lucro cesante del agente de ventas de Isapres.....</u>	47
<b>1.5</b>	<b><u>La</u></b>
<b><u>comisión</u>.....</b>	<b>49</b>
<b>1.5.1 Las comisiones en el Código de Comercio.....</b>	<b>49</b>
<b>1.5.2 Las comisiones como remuneración en el Código del Trabajo.....</b>	<b>49</b>
1.5.2.1 <u>Concepto legal laboral de comisión.....</u>	50
<b>1.5.3 Comisiones y criterio de la Dirección del Trabajo.....</b>	<b>52</b>
1.5.3.1 <u>En cuanto a su concepto.....</u>	52
1.5.3.2 <u>En cuanto a su devengo.....</u>	52
1.5.3.3 <u>En cuanto al riesgo de la insolvencia sobreviniente del cliente.....</u>	54
1.5.3.4 <u>En cuanto a la base de cálculo de las comisiones.....</u>	56
<b>1.5.4 Jurisprudencia atinente a los vendedores comisionistas.....</b>	<b>57</b>
1.5.4.1 <u>Fallos previos a la dictación de la ley N° 20.281 de 2008, a propósito de demandas de vendedores comisionistas que solicitaban en su favor el beneficio de la semana corrida.....</u>	57
1.5.4.2 <u>Situación posterior a la dictación de la ley N° 20.281 de 2008, que extendió expresamente el beneficio de de la semana corrida a trabajadores remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables.....</u>	61
a) Criterio interpretativo de la Dirección del Trabajo.....	62
b) Realidad de la Jurisprudencia.....	64
1.5.4.3 <u>En cuanto a la necesidad de acreditar la existencia de la relación laboral para distinguir entre un servicio civil o comercial y uno laboral propiamente tal .....</u>	70
<b>1.5.5 Las comisiones en la contratación de agentes o ejecutivos de ventas.....</b>	<b>72</b>
1.5.1.1 <u>Ejecutivo de cuenta corriente bancaria, con remuneraciones variables.....</u>	72

1.5.1.2	<u>Agente de ventas o vendedor comisionista dependiente para Corredor de reaseguros</u> .....	74
1.5.1.3	<u>Agente de ventas independiente para Compañía de seguros</u> .....	74
1.5.1.4	<u>Vendedor comisionista independiente de productos tangibles para Empresa del ramo</u> .....	76
1.5.1.5	<u>Promotor y vendedor comisionista dependiente de productos tangibles para Empresa del ramo</u> .....	76

**CAPÍTULO II: DEL LUCRO CESANTE EN GENERAL .....77**

<b>2.1</b>	<b><u>Contexto de lucro cesante en cuanto especie de daño civil</u></b> .....	<b>77</b>
<b>2.1.1</b>	<b>Primer concepto preliminar: daño civil</b> .....	<b>77</b>
2.1.1.1	<u>El daño civil y su alcance en materia contractual y extracontractual</u> .....	80
<b>2.1.2</b>	<b>Segundo nivel de conceptos preliminares: daño patrimonial y daño moral</b> .....	<b>81</b>
2.1.2.1	<u>Daño moral</u> .....	81
a)	Concepto doctrinario .....	81
b)	Carácter difuso del daño moral y los intereses cuya vulneración abarca .....	83
c)	Daño moral derivado del daño corporal v/s daño moral a causa de lesiones a derechos de la personalidad.....	85
d)	El daño moral en nuestra jurisprudencia actual procede tanto para para el ámbito de la responsabilidad extracontractual como la contractual .....	86
e)	El daño moral en materia contractual es subsumible dentro del concepto de daño emergente .....	87
2.1.2.2	<u>Daño patrimonial. Concepto doctrinario actual</u> .....	88
2.1.2.3	<u>Principio de reparación integral del daño patrimonial. Reparación equitativa del daño moral</u> .....	89
2.1.2.4	<u>Requisitos generales de reparabilidad del daño civil</u> .....	92
a)	Cuestión previa: requisitos o elementos de la responsabilidad civil.....	92
b)	Condiciones o requisitos que hacen procedente la reparación del daño civil.....	93
c)	Requisito certeza o certidumbre.....	94
d)	Requisito licitud del interés vulnerado .....	98

e) Requisito daño debe ser directo.....	99
f) Requisito daño debe ser avaluable en dinero.....	102
g) Requisito relevancia.....	104
h) Requisito daño debe ser personal.....	106
i) Requisito daño debe ser causado por persona distinta al afectado.....	107
j) Requisito daño no debe estar reparado.....	108
k) Requisito daño no debe estar reparado y el denominado cúmulo de indemnizaciones.....	110
l) Aclaración final sobre los requisitos del daño para ser reparado.....	113
2.1.2.5 <u>Alternativas de las acciones de reparación en materia de responsabilidad civil</u> .....	113
a) Pretensión reparatoria en naturaleza o por especie.....	113
b) Acción compensatoria o indemnizatoria por equivalencia de los perjuicios .....	114
2.1.2.6 <u>Prueba del daño. Aspectos generales en base al criterio de tribunales y autores</u> .....	117
<b>2.1.3 Daño emergente y lucro cesante como especies de daño patrimonial ...</b>	<b>119</b>
2.1.3.1 <u>Concepto de daño emergente</u> .....	120
<b>2.2 <u>Concepto de lucro cesante propiamente tal</u> .....</b>	<b>122</b>
<b>2.2.1 Concepto doctrinario patrio de lucro cesante .....</b>	<b>123</b>
<b>2.2.2 Concepto de lucro cesante en la jurisprudencia .....</b>	<b>125</b>
<b>2.2.3 Alcance del requisito de certeza en el lucro cesante .....</b>	<b>126</b>
2.2.3.1 <u>El elemento certeza se presenta como razonable certeza o probabilidad objetiva</u> .....	127
2.2.3.2 <u>El requisito de la certeza del lucro cesante en la Jurisprudencia</u> .....	130
<b>2.2.4 Prueba del lucro cesante .....</b>	<b>130</b>
<b>2.2.5 Evaluación del lucro cesante. Criterios y rol prudencial del juez. Importancia para la hipótesis del derecho a reparación del lucro cesante del vendedor comisionista.....</b>	<b>134</b>
2.2.5.1. <u>Primer elemento: base de cálculo</u> .....	134
2.2.5.2 <u>Segundo elemento: duración o proyección hacia el futuro</u> .....	135

2.2.5.3 <u>Fórmula de cálculo del monto total del lucro cesante y su relación con la hipótesis del presente estudio</u> .....	135
2.2.5.4 <u>Criterios alternativos para limitar la proyección temporal o duración del lucro cesante del vendedor comisionista</u> .....	137
2.2.5.5 <u>Consideración final: la indemnización del lucro cesante, como la de todo daño, bajo el estatuto de la responsabilidad civil tiene una función reparatoria y no previsional</u> .....	139
<b>2.3 <u>Jurisprudencia en torno al lucro cesante civil y comercial. Rechazo mayoritario y tendencia reciente a su aceptación paulatina</u></b> .....	<b>140</b>
<b>2.3.1 Criterios del rechazo de la indemnización compensatoria del lucro cesante</b> .....	<b>141</b>
2.3.1.1 <u>Rechazo por exigencia rígida de su certeza o certidumbre</u> .....	141
2.3.1.2 <u>Rechazo por insuficiencia probatoria de su monto</u> .....	143
2.3.1.3 <u>Consecuencias del rechazo de la reparación del lucro cesante</u> .....	143
<b>2.3.2 Criterios de acogida</b> .....	<b>145</b>
2.3.2.1 <u>Se acoge el lucro cesante en base al alivio probatorio de la certeza de su ocurrencia</u> .....	145
2.3.2.2 <u>Se acoge aliviando o eximiendo al demandante de probar su monto exacto, recurriendo el juez a parámetros o criterios objetivos de evaluación</u> .....	146
<b>CAPÍTULO III. DEL LUCRO CESANTE EN MATERIA LABORAL</b> .....	<b>149</b>
<b>3.1 <u>El daño en materia laboral y las indemnizaciones tarifadas legales del despido</u></b> .....	<b>149</b>
3.1.1 <b>Recepción de la idea del daño para el plano laboral. Tipos de daño</b> ...149	
3.1.2 <b>Casos de daño patrimonial laboral</b> .....	<b>149</b>
3.1.2.1 <u>Por incumplimiento de obligaciones económicas del contrato de trabajo</u> .....	150
3.1.2.2 <u>Por incumplimiento de obligaciones previsionales asociadas del contrato de trabajo</u> .....	152
3.1.3 <b>El daño moral laboral</b> .....	<b>154</b>



3.1.3.1 <u>Daño moral contractual derivado del incumplimiento de obligaciones económicas</u> .....	154
3.1.3.2 <u>Daño moral contractual derivado del incumplimiento de obligaciones ético-jurídicas</u> .....	154
<b>3.1.4 Cese del vínculo contractual laboral e indemnizaciones a que da lugar</b> .....	<b>155</b>
3.1.4.1 <u>Breve aproximación histórica a las normas del despido</u> .....	155
3.1.4.2 <u>Naturaleza de las indemnizaciones del despido. Discusión doctrinaria</u> .....	159
a) Indemnizaciones con ocasión del término de la relación laboral.....	159
b) Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.....	163
3.1.4.3 <u>Cuantía o magnitud</u> .....	163
3.1.4.4 <u>Situación especial del Despido Indirecto del art. 171 del Código del Trabajo</u> .....	163
<b>3.2 Realidad de la Jurisprudencia en torno al lucro cesante laboral</b> .....	<b>164</b>
<b>3.2.1 Reclamo del lucro cesante con ocasión del despido</b> .....	<b>165</b>
<b>3.2.2. Lucro cesante derivado de accidentes del trabajo</b> .....	<b>171</b>
<b>CAPÍTULO IV. EL LUCRO CESANTE DEL TRABAJADOR VENDEDOR COMISIONISTA Y SU INDEMNIZACIÓN</b> .....	<b>182</b>
<b>4.1 <u>Hipótesis del presente estudio: la no percepción de comisiones que se hubieran devengado, de no haber concluido inesperadamente el contrato de trabajo, originan un lucro cesante para el comisionista vendedor</u></b> ....	<b>182</b>
<b>4.1.1 Elementos que configuran el lucro cesante del vendedor comisionista</b> .....	<b>182</b>
4.1.1.1 <u>Relación laboral</u> .....	182
4.1.1.2 <u>Estipulación expresa de pago de comisiones por venta</u> .....	183
4.1.1.3 <u>Ventas de bienes o servicios u operaciones análogas perfeccionadas</u> .....	184
4.1.1.4. <u>Cese anticipado o inesperado del vínculo contractual entre comisionista y su contraparte por decisión o voluntad del empleador o bajo las causales de despido indirecto</u> .....	185

4.1.1.5 <u>Al momento del cese de del vínculo contractual, el vendedor comisionista ha perfeccionado ventas que reportarán, bajo un escenario de normal curso de los acontecimientos un ingreso económico actual y futuro para el empleador</u> .....	186
4.1.1.6 <u>Se origina un lucro cesante para el trabajador</u> .....	187
a) El lucro cesante del vendedor comisionista.....	187
b) Método de cálculo del lucro cesante del vendedor comisionista. Escenarios.....	188
<b>4.2 <u>El lucro cesante del vendedor comisionista cuyo contrato culmina por voluntad del empleador es un daño patrimonial que debe ser indemnizado por el empleador</u></b> .....	<b>191</b>
<b>4.2.1 Fundamento de la pretensión reparatoria</b> .....	<b>191</b>
4.2.1.1 <u>Evitar enriquecimiento sin causa</u> .....	191
4.2.1.2 <u>Principio de la reparación integral del daño</u> .....	192
<b>4.2.2 Argumentos en contra de la pretensión reparatoria</b> .....	<b>194</b>
4.2.2.1 <u>La dificultad de probar la certeza y monto del lucro cesante</u> .....	194
4.2.2.2 <u>El riesgo futuro de la insolvencia del cliente</u> .....	195
4.2.2.3 <u>La posibilidad de que el vendedor comisionista encuentre nuevamente empleo</u> .....	195
4.2.2.4 <u>Las indemnizaciones tarifadas legales del despido subentienden el daño y por lo tanto son indemnizatorias y reparatorias de éste</u> .....	195
<b>4.3 <u>Régimen de responsabilidad aplicable</u></b> .....	<b>195</b>
<b>4.3.1 Cuestión previa: diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual</b> .....	<b>196</b>
a) Fuente de la obligación reparatoria.....	196
b) Capacidad.....	197
c) Momento a partir del cual se configura o presupuesto gatillante.....	198
d) Culpa.....	198
e) Daño.....	200

f) Relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento.....	200
g) Prescripción de la acción.....	201
h) Derecho del demandante a solicitar reserva de la discusión en torno a la especie y monto de los perjuicios a indemnizar. Alcance del artículo 173 del CPC, en relación con el artículo 235 número 6 del mismo cuerpo legal.....	201
<b>4.3.2 Posición primera: La fuente del lucro cesante es el incumplimiento de una obligación del contrato individual de trabajo. Consecuencias .....</b>	<b>205</b>
<b>4.3.3 Posición segunda: La fuente del lucro cesante es el despido. Consecuencias.....</b>	<b>206</b>
<b>4.3.4 Nuestra posición.....</b>	<b>208</b>
<b>4.4 <u>Derecho del trabajador comisionista despedido por voluntad del empleador a optar entre el modelo indemnizatorio tarifado legal laboral o uno que incluya la compensación del lucro cesante.</u>.....</b>	<b>209</b>
<b>4.4.1 Consecuencias económicas de la opción .....</b>	<b>211</b>
<b>4.4.2 Consideración final.....</b>	<b>213</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>214</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>216</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente memoria, obedece a un esfuerzo e interés por abordar la problemática de la desvinculación laboral del trabajador vendedor comisionista por causales no imputables a su voluntad y sus consecuencias indemnizatorias en relación con aquellas situaciones en que dicha desvinculación puede provocar daños patrimoniales para dicho trabajador que inmediatamente antes del despido ha cerrado operaciones de ventas generarán ganancias ciertas y sostenidas para el empleador y que sin embargo, dejará aquél de percibir la comisión sobre dichas ganancias, que por estricto rigor contractual tenía derecho a percibir, de haber seguido vinculado contractualmente a éste.

Para abordar la problemática antes esbozada, en los tres primeros capítulos se efectuará un estudio interpretativo de las diversas fuentes jurídicas formales vigentes, a la luz de la doctrina y jurisprudencia en aspectos preliminares que nos permitirán entender el marco conceptual de las instituciones vinculadas al problema objeto de estudio, tales como; la comisión y el mandato en su dimensión mercantil y laboral; el estatuto jurídico del daño y la responsabilidad civil, con especial detención en el daño patrimonial conocido como “lucro cesante”, sus elementos y requisitos de reparabilidad; la recepción de la idea del daño en materia laboral, en especial el lucro cesante; para finalmente abordar derechamente el problema del posible daño patrimonial sufrido por el trabajador comisionista despedido por voluntad del empleador y su eventual derecho a reclamar judicialmente la correspondiente indemnización reparatoria de dicho daño bajo el estatuto sustantivo de la responsabilidad civil, como una pretensión independiente del régimen de indemnizaciones legales especiales del despido reguladas en el Código del Trabajo; de establecerse lo anterior, cuáles serían los fundamentos jurídicos legitimantes de la pretensión reparatoria; determinar y argumentar si es asimilable o no el daño patrimonial por las comisiones futuras que el dependiente comisionista dejará de percibir al concepto de lucro cesante; de ser justificable lo anterior, identificar luego las condiciones de reparación de dicho daño patrimonial; a continuación precisar si la pretensión reparatoria del lucro cesante del vendedor se enmarca dentro del campo normativo de la responsabilidad civil por

incumplimiento contractual o, por el contrario, el de la responsabilidad aquiliana derivada de la comisión de ilícitos civiles, con las consiguientes sus consecuencias concretas, tanto a nivel sustantivo como procesal; precisar el alcance de la incompatibilidad indemnizatoria establecida en el inciso segundo del artículo 176 del Código del Trabajo y, finalmente, sostener el derecho a opción que tiene el trabajador vendedor comisionista, quien ocasión del despido, sufre un daño patrimonial, en el sentido de elegir entre la vía de la pretensión reparatoria regulada por el estatuto sustantivo de la responsabilidad civil o bien reclamar bajo el estatuto especial laboral las indemnizaciones tarifadas legales contempladas en el Código del Trabajo . Todo lo anterior, se analizará teniendo a la vista tanto las normas positivas aplicables como los criterios interpretativos doctrinarios y jurisprudenciales existentes.

Para todas las aristas del problema antes señalado, la presente investigación establece las siguientes hipótesis y objetivos:

- 1, Fundamentar en base a argumentos jurídicos la pretensión de la reparación del daño patrimonial sufrido por el trabajador vendedor comisionista, consistente en la pérdida de comisiones devengadas y derivadas de las operaciones de ventas que generarán utilidades ciertas y futuras para la entidad empleadora con posterioridad al despido por causas no imputables al trabajador.
2. Asimilar el daño patrimonial sufrido por el trabajador comisionista a raíz del despido, al concepto de lucro cesante.
3. Establecer el régimen de responsabilidad aplicable al reclamo judicial indemnizatorio y sus consecuencias prácticas.
- 4.- Analizar, bajo la premisa de que el lucro cesante del vendedor comisionista es de naturaleza contractual, el modo en que dicho estatuto se conjuga con el régimen jurídico laboral, tanto en sus principios orientadores generales, como en la normativa positiva en torno a las indemnizaciones por término de la relación laboral.

Para desarrollar las hipótesis antes descritas, la presente memoria contempla una estructura de cuatro capítulos, a saber:

Capítulo I: Del vendedor comisionista y de su comisión,

Capítulo II: Del lucro cesante en general,

Capítulo III: Del lucro cesante en material laboral, y

Capítulo IV: El lucro cesante del trabajador vendedor comisionista y su indemnización.

# CAPÍTULO I

## DEL VENDEDOR COMISIONISTA Y DE SU COMISIÓN

### 1.1 El vendedor comisionista como figura de origen mercantil

Previo al establecimiento de un concepto de la figura del vendedor comisionista, es preciso aclarar que dicha figura tiene su arraigo en la actividad comercial existente desde la época de la antigua República romana. En efecto, la figura ofrece una primera manifestación en el *institor*, suerte de mandatario del *pater familias*.

En dicha época y avanzando a la etapa siguiente del Imperio, con su carácter expansivo, el tráfico de bienes y servicios por tierra y por mar colocó al *pater familias* en la necesidad de encomendar o encargar la celebración de acuerdos en torno a dicho tráfico, tanto a su *filius* como a un esclavo<sup>1</sup>, mediante el acto expreso o tácito denominado *praepositio*, el cual ha sido definido en doctrina como un “acto de `puesta al frente´ de un establecimiento marítimo o terrestre con más o menos limitaciones”<sup>2</sup> o como la “colocación notoria que una persona hace de otra extraña, o de un *filius familias*, o de un esclavo propio en el puesto de administrador general de su patrimonio (*procurador omnium bonorum*), de gerente de comercio, almacén u otro centro o área de negocios (*institor*) o de capitán de una embarcación destinada al comercio (*magíster navis*)”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> PRADO PUGA, Arturo. El poder del factor... Op. cit.,. El autor al respecto sostiene: “En este ámbito es posible pensar en los orígenes del *institor*, que, al igual que la figura del denominado *magíster navis* o patrón de nave, atiende a las necesidades de auxilio del *pater familias* con carácter de agentes jurídicos (...)”: ver p. 29.

<sup>2</sup> PRADO PUGA, Arturo. El poder del factor ... Op. cit., p. 34. El autor cita en este punto a VALIÑO DEL RÍO, E.

<sup>3</sup> PRADO PUGA, Arturo. El poder del factor ... Op. cit., 34. el autor recoge esta definición de ARIAS RAMOS, J.

La primitiva figura del *institor* evoluciona hasta convertirse la del mandato comercial y que fue incorporada en el Código de Comercio chileno de 1865, como una figura que pertenece a una categoría mayor, cual es la de los auxiliares o colaboradores comerciales, siendo esta última indispensable en el actual escenario comercial globalizado y diversificado, con predominancia de intercambio de servicios y venta de intangibles, por lo que “es imposible que el empresario contemporáneo “(...) pueda abarcar todos y cada uno de los aspectos y fases de su industria.”<sup>4</sup>.

### **1.1.1 El vendedor comisionista como especie de mandatario comercial, figura a su vez perteneciente a la familia de los auxiliares o colaboradores empresariales**

En la óptica mercantil, sostuvimos recientemente que la figura del vendedor comisionista es una especie o manifestación de una categoría mayor, cual es la del mandato comercial y este a su vez se inserta dentro del nivel más amplio que reúne a los colaboradores o auxiliares de comercio.

SANDOVAL LÓPEZ define a los auxiliares empresariales como “el conjunto de individuos que en forma directa o indirecta colaboran con el comerciante y que están unidos a él por diversas relaciones jurídicas”<sup>5</sup> constituyendo “el personal de la empresa comercial.”<sup>6</sup>. PALMA ROGERS los define como aquellos que “ayudan al comerciante en el cumplido y eficaz desempeño de su actividad”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 267.

<sup>5</sup>SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Tomo I. Actos de comercio. Noción general de empresa individual y colectiva. Colección Manuales Jurídicos. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 6a. ed. Actualizada, 2006, p. 101.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 266.



En lo relativo a la naturaleza civil o comercial del encargo, parte de la doctrina afirma que esta lo será según sea la intención del empresario que encarga la colaboración. En consecuencia, la colaboración será mercantil cuando el negocio materia del encargo así lo sea para quien encarga la intermediación perfeccionamiento de un acto o contrato<sup>8</sup>, por lo resulta indiferente que el negocio objeto del encargo sea mercantil para el colaborador, o para el cliente con quien pretenda preparar o perfeccionar dicho negocio. En este sentido, opinan autores como VARELA VARELA y SANDOVAL LÓPEZ<sup>9</sup>.

En cuanto al objeto o finalidad de la colaboración, cabe aclarar que el auxiliar se obliga a la facilitación- intermediación o bien a la celebración-perfeccionamiento de negocios de interés para el empresario auxiliado. Así es como los autores distinguen entre mediadores y representantes. Los primeros son auxiliares comerciales que se dedican “en forma habitual y profesional...(a) facilitar la conclusión de actos o negocios mercantiles.”<sup>10</sup>, por lo que el mediador “no concluye por sí mismo el negocio con su cliente, pues una vez producido el acercamiento entre la persona que le dio el encargo y la otra que se interesa contratar con ésta, el mediador desaparece y la convención se lleva a término entre las dos partes interesadas.”<sup>11</sup>, por lo que el mediador “no es parte de las operaciones comerciales, sino que se limita a acercar a quienes tienen interés en contratar.”<sup>12</sup> Los segundos por su parte son colaboradores que forman parte de las operaciones encargadas, actuando en el perfeccionamiento del negocio, pero a

---

<sup>8</sup> La naturaleza del acto, la intención o ánimo del que actúa y la calidad de empresario son elementos distintivos que subyacen en la enumeración de actos de comercio del artículo 3 del Código de Comercio, no obstante las figuras contractuales comerciales adicionales reguladas en leyes especiales posteriores al cuerpo legal de 1865.

<sup>9</sup> Raúl Varela sostiene: “la comerciabilidad del mandato le da, pues, el carácter mercantil que el acto tenga para el mandante.” . En VARELA VARELA, Raúl. Derecho Comercial. Santiago, Ed. Universitaria, 1961, p. 134 y SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial.. Op. cit., p. 102. En sentido contrario, Julio Olavarría, citado por Sandoval López.

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 267.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial.. Op. cit., p.101

nombre del representado, dentro del límite de las facultades delegadas por éste. Así es como se sindicó a los mediadores como colaboradores físicos y a los representantes como colaboradores jurídicos. De lo anterior se colige que en general, los auxiliares independientes (que luego trataremos) son mediadores o colaboradores físicos entre el empresario y el cliente, en tanto que los auxiliares dependientes laboralmente con el empresario auxiliado, son colaboradores jurídicos suyos y por tanto, representantes de éste, aunque “con mayores o menores poderes”<sup>13</sup>. Todo lo anterior es igual a asociar cualidades y dar por establecidos los binomios mediador-independiente v/s representante dependiente, asociaciones que tienen en todo caso matices o excepciones y que a continuación trataremos.

### **1.1.2 La relación entre auxiliar de comercio y representación**

Especial atención debe darse a la relación entre auxiliar de comercio y representación<sup>14</sup>. En general, el actuar del colaborador puede ser tanto a nombre y riesgo propio como por cuenta y riesgo ajeno, vale decir esto último, en representación del empresario que solicita su auxilio, quien resulta en definitiva obligado. En relación a este elemento, PALMA ROGERS sostiene, a propósito de los auxiliares dependientes (que a continuación trataremos) que éstos “no son comerciantes, ya que no se obligan personalmente”, con lo que podría concluirse por defecto, que el autor entiende la representación un ingrediente característico del colaborador dependiente laboralmente del empresario auxiliado. A nuestro entender, la representación es transversal a todas las figuras de auxilio comercial y no privativas del auxiliar dependiente, en base a tres normas que reconocen aquélla aunque como elemento accidental : a) en la comisión, figura que si bien es una especie de mandato y auxiliar independiente sin representación del comerciante, el art. 254 del Código de Comercio le da cabida a la representación al señalar que el colaborador puede actuar “a nombre de sus comitentes” y b) en la correduría o corretaje general, figura de colaboración regulada en el Título III del Libro I del C. de C. (artículos 48 a 80), cuyo artículo 48 la define

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> Modalidad de los actos jurídicos cuyo efecto es radicar los derechos y obligaciones derivados de éste en el patrimonio del tercero representado y no en el del representante quien celebró materialmente el acto.

como de “mediación”; se da cabida a la representación como elemento accidental, pudiéndose añadir “por medio de cláusulas accidentales”, en los términos del art. 1.444 del Código Civil y por expresa habilitación de los artículos 75 y 76 del Código de Comercio<sup>15</sup>. En nuestra opinión y en base a la normativa comercial, la representación es un elemento que se manifiesta con mayor intensidad en la colaboración de carácter dependiente, aunque siempre supeditada aquélla a la expresa voluntad del comitente de ser representado y dentro de los límites del mandato o delegación de facultades, facultades que en todo caso serán más amplias para el caso del factor de comercio, al tenor del artículo 340 del C. de C y mucho más limitadas para el dependiente simple, según lo dispuesto en el artículo 343 de dicho cuerpo legal; todo lo cual es consistente con la idea de subordinación, dependencia económica y el carácter de ajenidad del vínculo laboral, lo cual es igual a decir que el servicio del auxiliar dependiente es a nombre, por cuenta y a riesgo del empresario-empleador.

En otro sentido, la modalidad de la representación muchas veces sirve para distinguir el tipo de colaborador comercial –más allá de su carácter independiente o dependiente- y, en consecuencia, el estatuto normativo aplicable, siendo afín el binomio comisión- representación. Así por ejemplo, frente a casos de confusión entre corretaje o comisión, nuestros tribunales han sostenido que si el intermediario actúa “en su propio nombre, sin la intervención directa del que hace el encargo, importa comisión y no corretaje.”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Cuyos textos reproducimos: “Art. 75. El corredor no puede demandar a su nombre el precio de las mercaderías vendidas por su intermedio, ni reivindicarlas por falta de pago. Sin embargo, si el corredor obrare como comisionista, quedará sujeto a todas las obligaciones y podrá ejecutar todos los derechos que nazcan del contrato.

Art. 76. El carácter de intermediario no inhabilita al corredor para desempeñar las funciones de mandatario del vendedor y recibir como tal el precio de las mercaderías vendidas por su mediación.”

<sup>16</sup> Criterio interpretativo contenido en los siguientes fallos: 1) Corte Suprema, 21.03.1905. En Gaceta Jurídica, año 1905, t. I, N° 32, p. 412 y Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 2, sección 1ª, p. 345; y 2) Corte Suprema, 16.10.1916. En Gaceta Jurídica, año 1916, 2º semestre, N° 142, p. 505 y Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 14, sección 1ª, p. 261.

### 1.1.2 Auxiliares del comercio independientes

Tanto SANDOVAL LÓPEZ como PALMA ROGERS clasifican a los auxiliares o personal empresarial en dos grandes categorías: a) la de los colaboradores independientes y b) la de los auxiliares dependientes, ligados éstos últimos laboralmente al empresario.

El Código de Comercio chileno -vigente en su estructura básica hasta nuestros días- reguló las diversas especies de auxiliares o colaboradores mercantiles tanto independientes como dependientes, tales como el corredor, el martillero (hoy derogado en virtud de la ley 18.118 de 1982) y el mandato comercial.

En estricto rigor geográfico, en nuestro Código de Comercio se regulan varias de las categorías específicas de la figura del auxiliar de comercio, en el orden siguiente:

1.- En el Título Preliminar, relativo a las Disposiciones Generales, el artículo 3º, el cual enumera los actos de comercio<sup>17</sup> y que en el numeral cuarto establece como acto de tal carácter a “la comisión o mandato comercial”<sup>18</sup>,

2.- En el Libro I, signado “DE LOS COMERCIANTES Y DE LOS AGENTES DEL COMERCIO”, Título III “DE LOS CORREDORES” (artículos 48 a 80),

3.- En el Libro II, “DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES EN GENERAL” (artículos 96- 822), Título V, DEL TRANSPORTES POR TIERRA, LAGOS, CANALES O RIOS NAVEGABLES (artículos 166 a 232), a propósito de las figuras del porteador y el patrón o barquero, cuyo antecedente es el *magíster navis*

---

<sup>17</sup> Norma que sirve de base para sustentar el carácter real y objetivo del Derecho Comercial en Chile, “en cuanto las leyes mercantiles rigen el acto en sí mismo con independencia de la profesión de la persona que lo realiza”. Al respecto, ver PALMA ROGERS, Op. cit., p. 31 y ss.

<sup>18</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, Chile. En línea: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974>>

romano, de la cual nos referimos anteriormente como figura remota de los mandatarios del *pater familias*, y

4.- En el mismo Libro II, “DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES EN GENERAL”, el Título VI titulado “Del Mandato Comercial”, que abarca desde los artículos 233 al 347, contempla en su Párrafo 1 sobre definiciones y clasificaciones (Arts. 234 al 238), los elementos básicos de esta especie de auxiliar comercial.

La regulación del Código de Comercio perteneciente a las diversas clases de auxiliares mercantiles debe, no obstante, complementarse con diversas fuentes posteriores que brindaron regulación para colaboradores mercantiles que actúan en mercados específicos, tales como los corredores de bolsa, de seguros y asesores previsionales, que trataremos en un acápite posterior.

Pasando a caracterizar la figura del auxiliar de comercio independiente, es posible afirmar que lo esencial en esta forma de colaboración, es el carácter discontinuo y libre con que se desempeña el colaborador, pudiendo ser además, tanto una persona natural como jurídica. PALMA ROGERS resalta para esta forma de colaboración la ausencia del “lazo permanente de unión ni subordinación jerárquica.”<sup>19</sup>, lo cual es nítido cuando el colaborador es una persona jurídica o bien una persona natural que ejerce dicha colaboración, de modo autónomo, pudiendo tener bajo su dependencia, otras personas naturales quienes le asisten en su actividad de colaboración<sup>20</sup>. A juicio del autor, los agentes auxiliares independientes siempre “ejercen una profesión de carácter mercantil”, vale decir, son comerciantes en base a la interpretación y relación de los artículos 3º y 7º del C. de C.<sup>21</sup>. Al respecto cabe señalar que, algunas formas de

---

<sup>19</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 268.

<sup>20</sup> Esto se desprende del actual estado de las normas especiales del mercado de los seguros, AFP e Isapres, las cuales contemplan y distinguen entre las figuras de los agentes de ventas en oposición a los corredores y asesores, considerándose se a estos últimos como auxiliares de comercio, y por lo tanto, personas naturales o jurídicas que colaboran en la intermediación de dichos mercados, de modo totalmente autónomo. En un acápite posterior de este Capítulo se tratarán dichas figuras.

<sup>21</sup> A propósito del corretaje y por analogía con los otros actos de comercio de colaboración mercantil, sea como mediador o como representante: “El carácter mercantil de la profesión de corredor resulta

colaboración mercantil, tales como el mandato, la comisión (artículo 3 N° 4 del Código de Comercio) y el corretaje o correduría (artículos 3 N° 11 y N° 12 del Código de Comercio), si bien quedaron expresamente establecidas como actos de comercio, en el sentido de que es de tal naturaleza el acuerdo en virtud del cual se establece la colaboración entre el empresario y su auxiliar, para autores como SANDOVAL LÓPEZ Y VARELA VARELA, puede sin embargo ser civil o mercantil el negocio encomendado, según sea la intención del empresario que encarga la colaboración<sup>22</sup>.

Los autores mercantiles anotan dentro de la categoría auxiliar de comercio a los corredores de comercio, comisionistas, agentes de negocios y martilleros.

Por la pertinencia de nuestro estudio, sólo ahondaremos en los corredores, para tratar en un numeral aparte la figura del comisionista.

#### 1.1.3.1 Corredores

##### a) Corredores en el Código de Comercio

El artículo 48 del C. de C. los define como “oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos.”, con lo que se subraya su carácter de colaborador físico, mediador y facilitador de negocios en los que no toma participación. PALMA ROGERS comenta que son “comerciantes que profesionalmente se ocupan en facilitar la celebración de negocios comerciales ajenos. Su trabajo consiste en acercar a las personas dispuestas a realizar un negocio, poniéndolas de acuerdo con la presentación de las muestras, haciendo desaparecer las diferencias de los precios que una pide y la otra ofrece, tratando que desaparezcan las discrepancias en cuanto a las condiciones de entrega, forma de pago, etc. Son órganos que transmiten la voluntad de los clientes, a la cual

---

claramente manifestado en el Código, cuyo artículo 3º, en su inciso N° 11, declara acto de comercio el corretaje. De donde resulta que la persona que se dedica a esta actividad con ánimo profesional es comerciante, de acuerdo con la definición del artículo 7.º”. *Ibíd.*, p. 269.

<sup>22</sup> Nota al pie N° 9 de esta obra.

nada pueden agregar de su iniciativa para modificarla.”<sup>23</sup>. SANDOVAL LÓPEZ añade que el corredor, en cuanto mediador “contribuye enormemente a la preparación y celebración misma del contrato.”<sup>24</sup>.

En la actualidad el corredor participa como mediador de negocios relativos a la contratación de bienes intangibles o servicios de carácter cuantioso o masivo, tales como corredores de la bolsa y de seguros, donde se superponen estatutos jurídicos de con marcada orientación de orden público económico y que pasamos brevemente a comentar.

b) Corredores de bolsas de valores y agentes de valores

El primer estatuto que reguló esta actividad de intermediación fue el DFL N° 251 de 1931 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. En 1981 este cuerpo normativo se deroga parcialmente, en virtud de la dictación de la ley N° 18.045 que contiene las nuevas disposiciones sobre Mercado de Valores.

*i. Normas especiales relevantes en torno a la figura de los corredores de bolsa*

Como artículos<sup>25</sup> clave de la Ley 18.045 figuran los siguientes:

- Artículo 1: en el cual se expresa que “A las disposiciones de la presente ley queda sometida la oferta pública de valores y sus respectivos mercados intermediarios, los que comprenden las bolsas de valores, los corredores de bolsas y los agentes de valores (...)”.
- Artículo 4 bis: En los mercados de valores se entenderá por: a) Mercado secundario formal: aquél en que los compradores y vendedores están

---

<sup>23</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 269.

<sup>24</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial... Op. cit., p. 114.

<sup>25</sup> El Título VI, relativo a los Corredores de Bolsa y de los Agentes de Valores contiene el grueso de las disposiciones pertinentes.

simultánea y públicamente participando en forma directa o a través de un agente de valores o corredor de bolsa en la determinación de los precios de los títulos que se transan en él (...)"

- Artículo 23 letra b): "Los corredores de bolsa respecto de estas acciones (las no inscritas en el Registro de Valores) estarán obligados a destacar avisos en sus oficinas que indiquen que se trata de valores sin inscripción y que carecen de información obligatoria, sin perjuicio de poder dar la información fidedigna que de ellos tengan.

- Artículo 24: "Son intermediarios de valores las personas naturales o jurídicas que se dedican a las operaciones de corretaje de valores... podrán dedicarse también a la compra o venta de valores por cuenta propia con ánimo de transferir derechos sobre los mismos. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en esta ley, cada vez que un intermediario opere por cuenta propia, deberá informar esta circunstancia a la o las personas que concurran a la negociación y no podrá adquirir los valores que se le ordenó enajenar ni enajenar de los suyos a quien le ordenó adquirir, sin autorización expresa del cliente.

Los intermediarios que actúan como miembros de una bolsa de valores, se denominan corredores de bolsa y aquellos que operan fuera de bolsa agentes de valores."

- Art. 27: Las personas jurídicas pueden ser corredores de bolsa o agentes de valores, siempre que incluyan en su nombre la expresión corredores de bolsa o agentes de valores respectivamente y tengan como exclusivo objeto el señalado en el artículo 24 de la presente ley, pudiendo realizar además, las actividades complementarias que les autorice la Superintendencia."
- Artículo 30: "Los corredores de bolsa y los agentes de valores deberán constituir una garantía previa al desempeño de sus cargos, para asegurar el correcto y cabal cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios



de valores, en beneficio de los acreedores presentes o futuros que tengan o llegaren a tener en razón de sus operaciones de corretaje.”

- Art. 33: “Las transacciones de valores en que participen corredores de bolsa o agentes de valores, deberán ajustarse a las normas y procedimientos establecidos en la ley, a los que determine la Superintendencia por instrucciones de general aplicación, y en su caso, conforme a lo dispuesto en los estatutos y reglamentos internos de las bolsas de valores o de las asociaciones de agentes de valores de que sean miembros. (...) Toda orden para efectuar una operación de bolsa se entenderá respecto del comitente, efectuada sobre la base de que éste queda sujeto a los reglamentos de la bolsa respectiva aprobados por la Superintendencia.

Los corredores de bolsa y los agentes de valores que actúen en la compraventa de valores, quedan personalmente obligados a pagar el precio de la compra o a hacer la entrega de los valores vendidos y en caso alguno se les admitirá la excepción de falta de provisión. Estos intermediarios no pueden compensar las sumas que recibieren para comprar valores, ni el precio que se les entregare de los vendidos por él, con las cantidades que les deba su cliente, comprador o vendedor.

- Artículo 34 de la ley, que establece que “Los corredores de bolsa y los agentes de valores serán responsables de la identidad y capacidad legal de las personas que contrataren por su intermedio; de la autenticidad e integridad de los valores que negocien, de la inscripción de su último titular en los registros del emisor cuando esto sea necesario y de la autenticidad del último endoso, cuando proceda.”.
- Artículo 37. Se reserva el uso de las expresiones "corredores de bolsa" y "agentes de valores" u otras semejantes que impliquen la facultad de intermediar en valores, para las personas y entidades autorizadas de conformidad a la presente ley para desempeñarse como tales.

- Art. 38, en el cual se define a las bolsas de comercio como “entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros la implementación necesaria para que puedan realizar eficazmente, en el lugar que les proporcione, las transacciones de valores mediante mecanismos continuos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan en conformidad a la ley”. Las bolsas de valores tienen la forma de sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, se les aplican las normas de la Ley N° 18.046 (artículos 2, 7, 12, 14, 21, 31, 33, 36, 47, 49, 50 bis, 52, 53, 59, 63, 69, 69 bis, 74, 76, 79, 82, 83, 129, 132 y 135).

*ii. Conclusiones interpretativas de las normas especiales aplicables a los corredores de bolsa*

De los artículos citados, se colige que los corredores de bolsa tienen un campo de acción limitado legalmente a la intermediación para la compra y venta de acciones de sociedades anónimas y otros valores mobiliarios, con clara responsabilidad legal por la identidad y capacidad de ejercicio de sus clientes. Cuando la ley señala que “quedan personalmente obligados a pagar el precio de la compra o a hacer la entrega de los valores vendidos” se establece implícitamente una garantía (asegurada con la garantía prendaria en UF que deben constituir al inicio de sus actividades) de pago al cliente vendedor y de entrega de los valores al comprador, por lo que el riesgo económico de insolvencia lo soporta el corredor y no el cliente vendedor de las acciones a través del corredor, lo cual ya está presente implícitamente en las reglas de los comisionistas para vender<sup>26</sup>. Por último, éstos intermediarios pueden ser tanto personas naturales como jurídicas.

c) Corredores de seguros

---

<sup>26</sup> Entiéndase artículo 308 del Código de Comercio, cuyo texto reza: “Aun cuando el comisionista estuviere autorizado tácita o expresamente para vender a plazo, sólo podrá verificarlo

El estatuto jurídico aplicable al corredor se seguros está contenido en las siguientes fuentes:

- i. Código de Comercio. Libro II , Título VIII, Del Seguro en General y de los Seguros Terrestres en Particular; Libro III, Título VII, De los Seguros Marítimos”;
- ii. D.F.L. N° 251, de 1931, Ley sobre Compañías de Seguros, normas que se encuentran vigentes y que no fueron derogadas por leyes posteriores, a diferencia del corretaje de valores, según se comentó recientemente;
- iii. D.S. de Hacienda N° 863, de 1990, Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros;
- iv. Normas administrativas, tales como las denominadas “normas de carácter general” y Circulares, emitidas por la Superintendencia de Valores y Seguro<sup>27</sup>;

---

<sup>27</sup> El listado con las normas administrativas de la SVS concerniente al mercado de seguros en Chile se cita en las páginas 6 y 7 de la Circular 1679 de 10 de septiembre de 2003 de dicha entidad:

“Normas administrativas: (textos vigentes)

- 1.- Norma de Carácter General N° 49, de 9.9.94, y sus modificaciones, relativa a contratación directa de seguros por las compañías o a través de agentes de ventas. (\* no aplicable para Liquidadores de siniestros).
- 2.- Norma de Carácter General N° 50, de 9.9.94, y sus modificaciones, relativa: 1) a las personas que participen en la intermediación por cuenta de corredores de seguros; 2) a la obligación de informar sobre diversificación de negocios y sobre pólizas de seguros para responder del cumplimiento de sus obligaciones y 3) a la comercialización del seguro obligatorio de accidentes personales de la Ley N° 18.490. (\* no aplicable para Liquidadores de siniestros).
- 3.- Norma de Carácter General N° 80, de 3.4.98, y sus modificaciones, relativa a instrucciones para sociedades corredoras de seguros filiales de bancos o personas relacionadas. (\* no aplicable para Liquidadores de siniestros).
- 4.- Circular 570, de 19.12.85: Sólo Art. 11 (\* no aplicable para liquidadores de siniestros).
- 5.- Circular 659, de 21.10.86: Liquidación siniestros SOAP
- 6.- Circular 1.094, de 30.9.92: Prórroga de plazo de liquidación de siniestros.
- 7.- Circular 1.390, de 20.5.98: Instrucciones relativas a intermediación de seguros. (\*no aplicable para liquidadores de siniestros).
- 8.- Circular 1.457, de 9.11.99: Normas sobre promoción, publicidad y oferta de seguros y de beneficios asociados y otras materias.
- 9.- Circular 1.487, de 17.6.2000: Instrucciones sobre tramitación de consultas y reclamos relativos a seguros.
- 10.- Circular 1.583, de 21.1.2002, y sus modificaciones, sobre garantía que deben constituir los liquidadores de seguros.

- v. Ley N° 18.490, de 1986, Seguro Obligatorio de Accidentes Personales causados por vehículos motorizados.
  - vi. D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros;
- i. *Normas del Código de Comercio atinentes a los corredores de seguros y agentes de venta*

Hay que distinguir:

- Seguro en General: en esta sección del Código alude a la figura del corredor como un intermediador entre la compañía aseguradora y el asegurado, quien puede autorizar la póliza o documento justificativo del seguro (arts. 514 y 549).
- Seguros Marítimos: de modo similar a la sección sobre seguro en general, hace una breve referencia a la intervención del corredor en la celebración del contrato de seguro, en calidad de intermediador (artículos 1.173 y 1.176).

- 
- 11.- Circular 1.584, de 21.1.2002: Normas respecto a pólizas de seguros que deben contratar los corredores de seguros para el desempeño de su actividad. (\* no aplicable para liquidadores de siniestros).
  - 12.- Circular N° 1.587, de 30.1.2002: Instrucciones sobre promoción y oferta de seguros a través de sistemas de comunicación a distancia.
  - 13.- Circular N° 1.602 de 15.5.2002, y sus modificaciones: Imparte normas sobre forma y contenido de los estados financieros de las sociedades de corretaje de seguros y su envío a través del sistema de envío de información en línea (SEIL) (\* no aplicable para liquidadores de siniestros).
  - 14.- Circular 1.652, de 11.2.2003, y sus modificaciones: Establece F.E.C.U. para informar producción intermediada por los Corredores de Seguros (personas naturales). (\* no aplicable para liquidadores de siniestros).
  - 15.- Oficio Circular 53, de 8.1.92: Relativo al art. 17 Reglamento Sanitario de los Alimentos.
  - 16.- Oficio Circular 7981, de 30.11.2000: Consentimiento y manifestación de voluntad en los contratos de seguros.
  - 17.- Oficio Circular 059, de 24.8.2001: Exigencias a las renunciaciones en los seguros (\* no aplicable para liquidadores de siniestros).
  - 18.- Oficio Circular N° 114, de 23.7.2002, relativo al cumplimiento del art. 34 de la Ley del Tránsito (N° 18.290).
  - 19.- Oficio Circular N° 146, de 10.1.2003: Instrucciones respecto de la indemnización de siniestros de vehículos motorizados.”

ii. *Normas del DFL N° 251*

Los corredores de seguros son mediadores, en cuanto son colaboradores de asesoría para la compañía aseguradora, siendo esta última siempre mercantil, lo cual se colige del juego del artículo 4° del DFL N° 251 DE 1931 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio unido al art. 1° de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, de 1981, que disponen lo siguiente:

- Artículo 3 letra g): “Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia: Mantener un registro de los auxiliares del comercio de seguros, en el que deberán inscribirse quienes deseen desarrollar la actividad de corredor de seguros o de liquidador de siniestros, para lo cual deberán cumplir los requisitos establecidos en esta ley”
- Artículo 44 bis: “No podrán participar en las actividades regidas por esta ley como directores, gerentes, administradores, apoderados o representantes legales de una entidad aseguradora, reaseguradora, corredora de seguros, liquidadora de siniestros o administradora de mutuos hipotecarios, ni ejercer la actividad de corredor de seguros o de liquidador de siniestros...” De la lectura de la norma se colige que el corredor de seguros puede ser tanto una entidad, lo cual equivale a una persona jurídica, como una persona natural, pro en ambos casos el corredor puede a su vez contar bajo su dependencia un equipo de trabajo.

Otros artículos clave del DFL N° 251 que distingue entre la persona del agente de venta de seguro, el corredor de seguro y la compañía de seguro propiamente tal, son el 57 y el 58 que a continuación transcribimos para luego comentar:

- Artículo 57 del DFL N° 251: “Los seguros pueden ser contratados ya sea directamente con la entidad aseguradora, a través de sus agentes de ventas, o por intermedio de corredores de seguros independientes de éstas...”

Podrán ser agentes de ventas las personas que se dediquen a la comercialización o venta de seguros por cuenta de una compañía, no pudiendo prestar esos servicios en más de una entidad aseguradora en cada grupo de seguros (...) (Inciso 2°).

Tales agentes deberán inscribirse en un registro especial que llevará la Superintendencia o la entidad aseguradora... y podrá exigírseles los mismos requisitos establecidos para los corredores de seguros... (Inciso 3°).

Serán de responsabilidad de la entidad aseguradora las infracciones, errores, u omisiones en que puedan incurrir los agentes de ventas en el desempeño de su actividad. (Inciso 4°).

Los corredores de seguros son auxiliares del comercio de seguros, que deben asesorar a la persona que desea asegurarse por su intermedio, ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses e ilustrándola sobre las condiciones del contrato, debiendo asistirle durante toda su vigencia, especialmente en las modificaciones que eventualmente correspondan y al momento de producirse un siniestro. Deben también asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables y entregándole toda la información que posean del riesgo propuesto (Inciso 5°).

Los corredores deberán entregar a todos sus clientes información respecto de la diversificación de sus negocios y de las compañías con que trabajen, en la forma que determine la Superintendencia..." (Inciso 6°).

- Artículo 58: "Para ejercer su actividad, los corredores de seguros deberán inscribirse en el Registro<sup>28</sup> que al efecto lleve la Superintendencia y cumplir con los siguientes requisitos: (...)
  - c) acreditar conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros... y estar en posesión de licencia de educación media..."

---

<sup>28</sup> Denominado "registro de auxiliares del comercio de seguros" cuya regulación administrativa se contiene en la Circular N° 1679 de 2003 de la SVS.

d) constituir una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguro que determine la Superintendencia... para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los asegurados que contraten por su intermedio. (Inciso 1°).

A las personas que participen en la intermediación de seguros por cuenta de los corredores se les podrá exigir los mismos requisitos que a los agentes de ventas de las compañías y les serán aplicables las mismas sanciones que a éstos últimos. (Inciso 4°).

Finalmente, el artículo 60 reafirma el carácter de intermediario y la autonomía de la figura del corredor de seguros al disponer que: “Los corredores están obligados a remitir a la compañía aseguradora las primas y documentos que reciban por las pólizas que intermedien a más tardar dentro de los dos días hábiles siguientes a su entrega, salvo poder escrito de la compañía. Les queda prohibido firmar, cancelar, anular o dejar sin efecto, o hacer modificar en cualquier forma la vigencia, cobertura, prima o modalidad de pago de las pólizas que intermedien, sin autorización escrita del asegurado.”

### iii. *Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros*

En el artículo 9 señala que “Son corredores de seguros las personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, actúan como intermediarios independientes en la contratación de pólizas de seguros con cualquier entidad aseguradora, obligándose a asesorar a las partes en la forma que establece la ley y este Reglamento”

### iv. *Normas administrativas de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)*

Cabe señalar que existen las denominadas “normas de carácter general” emitidas por la Superintendencia de Valores y Seguros bajo la forma de Circulares. Destaca la siguiente:

- Circular N° 1390 de 20 de mayo de 1998: “Reglas sobre intermediación de seguros en dependencias de terceros. Los corredores de seguros que intermedien seguros en dependencias de otra entidad, deberán celebrar con ella un contrato o convenio, que permita la utilización de las dependencias, dejando constancia que las actuaciones o gestiones relativas a la intermediación, se realizan bajo la exclusiva responsabilidad del corredor.”

En todo caso, los corredores deberán mantener la independencia de su actividad, evitando confusión con el negocio o servicio que preste la entidad en cuyas dependencias se realiza la intermediación.”

La promoción, publicidad y oferta de seguros que intermedie el corredor, no podrá estar condicionada a la de productos o servicios ofrecidos por la entidad que proporciona las dependencias.”

#### *v. Conclusiones de las normas en referencia pertenecientes al corredor de seguros*

De las todas las normas recién expuestas contenidas en las diversas fuentes cabe concluir lo siguiente:

1. Se distingue entre compañía de seguro, corredor independiente y agente de venta de seguros.
2. La persona del corredor de seguros, es claramente un intermediario comercial independiente quien, puede ser tanto una persona natural o jurídica, indistintamente; cuyo giro es asesoría tanto para el asegurado o consumidor del seguro como para la compañía de seguros.
3. El corredor de seguros puede tener bajo su dependencia a personas siempre naturales, quienes forman su equipo de trabajo.
4. El agente de venta de seguro, quien siempre será una persona natural, presta servicios para la compañía de seguro. Si dichos servicios se prestan con las



características del vínculo laboral, podrá haber contrato de trabajo, en tanto que si los servicios del agente son prestados en forma libre y por resultado de venta, estaremos en presencia de un vínculo más bien civil, sin perjuicio de que al manifestarse los elementos de la continuidad y la subordinación, podría degenerar en vínculo laboral. Sin perjuicio de lo anterior, no se puede desconocer la idea de dependencia laboral al usarse la voz “por cuenta de una compañía” en el artículo 57 inciso 2° del DFL N° 251, la cual también sugiere o va de la mano con la calidad de representante que el agente de ventas ostenta respecto de la compañía de seguros para la cual presta servicios.

5. Las personas naturales que prestan servicios para el corredor, se asimilan a los agentes de venta que prestan servicios por cuenta de las compañías de seguros, por lo que se reproduce lo señalado en el párrafo anterior.

d) Entidades de Asesoría Previsional y Asesores Previsionales independientes regidos por el Decreto Ley N° 3500 o Ley de AFP

Incluimos a estas entidades dentro de la categoría corredores, en cuanto se dedican a intermediar en forma autónoma entre oferentes y consumidores en el mercado previsional chileno.

En este mercado, existe una regulación mixta, toda vez que el artículo 57 inciso 7° del DFL N° 251 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, dispone: “Para la intermediación de seguros previsionales se requerirá la inscripción en el registro de Asesores Previsionales a que se refiere el Título XVII del decreto ley N° 3.500, de 1980. Dichos intermediarios quedarán sujetos a las exigencias y requisitos que para los Asesores Previsionales se establecen en el mencionado decreto ley.” La doble fiscalización y regulación se explica porque en Chile existen dos grandes modalidades de pensión: retiro programado en una AFP o renta vitalicia pactada con una compañía de seguros.

El denominado Registro de Asesores Previsionales, en adelante “RAP”, creado en virtud de la Reforma Previsional de la ley N° 20.255 de 2008, la cual incorporó un nuevo título al Decreto Ley N° 3.500 sobre nuevo Sistema de Pensiones (AFP) de 1980, en términos simples es un mecanismo de empadronamiento y fiscalización de personas naturales o jurídicas (lo cual se desprende de la frase “las personas o entidades” del artículo 172 del DL N° 3.500) que desarrollen la actividad de asesoría previsional.

El RAP, se lleva en forma conjunta por las entidades de fiscalización del mercado de Seguros y Previsional de Vejez, representado por las Superintendencias de Pensiones (SAFP) y de Valores y Seguros (SVS).

La actividad del asesor previsional es en esencia de intermediación entre las empresas proveedoras de servicios en el mercado previsional, a saber, las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Compañías de Seguros, las que, llegada la edad de pensionarse por vejez de los cotizantes activos en Chile, ofrecen pensiones de vejez bajo las dos grandes modalidades denominadas Retiro Programado y Rentas Vitalicias, respectivamente; y el cotizante activo y en estado de pensionarse.

La actividad del asesor previsional está definida en el artículo 171 del DL N° 3.500 del siguiente modo: “La asesoría previsional tendrá por objeto otorgar información a los afiliados y beneficiarios del Sistema, considerando de manera integral todos los aspectos que dicen relación con su situación particular y que fueren necesarios para adoptar decisiones informadas de acuerdo a sus necesidades e intereses, en relación con las prestaciones y beneficios que contempla esta ley. Dicha asesoría comprenderá además la intermediación de seguros previsionales. Esta asesoría deberá prestarse con total independencia de la entidad que otorgue el beneficio...”.

Señalamos recientemente que la ley permite que la intermediación previsional la desempeñen tanto personas naturales, a las cuales se les denomina “Asesores

Previsionales”, como por personas jurídicas, denominadas “Entidades de Asesoría Previsional” (Párrafo 2 del Título XVII del DL N° 3500, artículos 173 a 177).

Toda persona que pertenezca a una Entidad de Asesoría Previsional (sociedad) o los Asesores independientes, deberán cumplir con requisitos previos a su inscripción, incluyendo la rendición de un examen de “conocimientos suficientes” (artículo 174 letra d) DL 3.500).

- Entidades de Asesoría Previsional: son organizaciones empresariales, las cuales deberán tener la forma de sociedad con objeto limitado, lo cual se desprende del artículo 173 del DL N° 3.500 que dispone: “Las Entidades de Asesoría Previsional serán sociedades constituidas en Chile con el objeto específico de otorgar servicios de asesoría previsional a los afiliados y beneficiarios del Sistema”. En cuanto organización empresarial, para funcionar y cumplir su objeto social, deberá contar con la presencia de socios, administradores, representantes legales y personal de servicio.

Es dable afirmar que las personas naturales que presten servicios para esta empresa, podrán hacerlo bajo el estatuto civil o el laboral, según sean las características del vínculo contractual. El artículo 174 emplea expresamente la voz “dependientes” de las Entidades de Asesoría Previsional que se desenvuelven como asesores previsionales.

- Asesores Previsionales: por defecto, son personas naturales que se desempeñan como intermediarios previsionales en forma independiente. Tienen la prohibición expresa de participar paralelamente como directores, gerentes, apoderados o dependientes de una sociedad de Asesoría Previsional, de una Administradora de Fondos de Pensiones, aseguradora, reaseguradora, liquidadora de siniestros o entidades que conformen el grupo empresarial de estas sociedades (artículo 174 inciso 3° DL 3.500).

En cuanto a la responsabilidad, el artículo 176 dispone: “Las Entidades de Asesoría Previsional y los Asesores Previsionales responderán hasta de la culpa leve en el cumplimiento de las funciones derivadas de las asesorías previsionales que otorguen a los afiliados o sus beneficiarios y estarán obligadas a indemnizar los perjuicios por el daño que ocasionen. Lo anterior, no obsta a las sanciones administrativas que asimismo pudieren corresponderles.”

Por último, la actividad de asesoría que se ofrece al público, se formaliza bajo la figura de un “contrato de prestación de servicios entre la Entidad de Asesoría Previsional o el Asesor Previsional y el afiliado o sus beneficiarios...” (art. 178 DL 3.500). Los honorarios o costo de este servicio no podrán ser pagados por el afiliado “con cargo a la cuenta de capitalización individual”, salvo que el afiliado esté en estado de pensionarse y haya seleccionado modalidad de pensión de retiro programado pero con un límite de tasa que es fijada periódicamente en forma conjunta por la SVS y la SAFF, debiendo siempre ser “inferiores a los que se determinen para la modalidad de renta vitalicia.” (art. 179 DL 3.500).

## **1.2 El comisionista como auxiliar de comercio y su regulación comercial**

### **1.2.1 Figura del comisionista como especie de mandato. Conceptos y elementos principales**

La figura del mandato comercial sosteníamos es una especie de auxiliar o colaborador mercantil y a la vez un género que reúne diversas especies, siendo una de éstas la comisión, por lo que entre el mandato comercial y la comisión existe una relación de género a especie.

La regulación positiva del mandato dentro del Código de Comercio se da de modo inorgánico en diversas normas aisladas, para luego tratarse de modo sistemático. En efecto, la figura genérica del mandato la encontramos normada aisladamente en diversas normas, tales como:

- Artículo 2 N° 4: Se enumera como acto de comercio, equiparándose impropriamente la voz comisión a la de mandato comercial. Entre el mandato y la comisión hay una relación de género a especie.
- Artículo 43: sobre exhibición de libros de contabilidad como medio de prueba en juicio mercantil, al señalarse que puede ser “en el lugar donde los libros se llevan y a presencia del dueño o de la persona que él comisione”, dando a entender que el comerciante tiene bajo su dependencia a un comisionista.
- Artículo 61: se refiere a la prueba, aludiendo a “la celebración de un negocio por comisión de diversas personas...”.
- Artículo 75: “El corredor no puede demandar a su nombre el precio de las mercaderías vendidas por su intermedio, ni reivindicarlas por falta de pago.  
Sin embargo, si el corredor obrare como comisionista, quedará sujeto a todas las obligaciones y podrá ejecutar todos los derechos que nazcan del contrato.”
- Artículos 198 y 217 (pertenecientes al Título VI del Libro I, sobre el contrato de transporte): se refieren al “cargador o su comisionista”.

A continuación, en el libro II, sobre los contratos y obligaciones mercantiles en general, el Título VI, regula sistemáticamente la figura del mandato comercial y dos de sus tres especies legales<sup>29</sup>, a saber, la comisión y el mandato de los factores y dependientes, desde el artículo 233 al 347.

---

<sup>29</sup> El Artículo 234 distingue las figuras específicas del mandato, al señalar: “Hay tres especies de mandato comercial: La comisión, El mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio, La correduría, de que se ha tratado ya en el Título III del Libro I.”

Antes de señalar el concepto legal mercantil de comisión, es preciso señalar que esta figura se regula en siete párrafos dentro del Título VI del Libro II del cuerpo en comento:

- Párrafo 2. “Reglas generales relativas a la comisión”, artículos 238 al 242;
- Párrafo 3. “Disposiciones comunes a toda clase de comisionistas”, artículos 243 al 290;
- Párrafo 4. “De los comisionistas para comprar”, artículos 291 al 301;
- Párrafo 5. “De los comisionistas para vender”, artículos 302 al 317;
- Párrafo 6. “De los comisionistas de transportes por tierra, ríos o canales navegables”, artículos 318 al 324;
- Párrafo 7. “Disposiciones comunes a los factores y dependientes del comercio”, artículos 325 a 337, y
- Párrafo 9. “Reglas especiales relativas a los dependientes del comercio”, artículos 342 a 347.

#### 1.2.1.1 Concepto legal de comisión comercial

La comisión mercantil se conceptualiza, en base al artículo 235 del C. de C., como “un mandato mercantil especial que se caracteriza por referirse a negocios de comercio individualmente determinados”<sup>30</sup>, donde lo importante, para tener naturaleza comercial, no consiste en que el comisionista sea comerciante, sino más bien que la naturaleza del acto específico encargado sea de naturaleza mercantil, según las categorías del artículo 3º del Código de Comercio. En efecto, el citado artículo 235 del Código de

---

<sup>30</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 83.

Comercio dispone: “El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”.

### **1.2.2 Concepto de vendedor comisionista, en base a los elementos legales mercantiles**

Primero es preciso señalar que existe un concepto legal sobre la persona del comisionista, toda vez que en el artículo 236 del cuerpo legal mercantil, se define a aquél como “la persona que desempeña una comisión”<sup>31</sup>; norma en la cual luego se enuncian las cuatro clases de comisionistas, una de las cuales es el “comisionista para vender”<sup>32</sup>.

No obstante la definición legal antes expuesta, en base a los elementos legales comerciales del mandato señalados en un punto anterior, y considerando lo dispuesto en los artículos 243 a 290 del Código de Comercio, sobre disposiciones comunes a toda clase de comisionistas, unido esto a las normas específicas de los comisionistas para vender, contempladas en los artículos 302 a 317 del antedicho cuerpo normativo, podría definirse al vendedor comisionista como *la persona encargada por otra denominado comitente, para realizar servicios consistentes en ventas y otras operaciones análogas de bienes y servicios, cambio de una remuneración económica denominada comisión, calculada sobre el valor de la operación; debiendo aquél ejecutar la operación encargada, bajo las instrucciones del comitente, pero asumiendo personalmente el riesgo del negocio, evitando causar daños a este último, pudiendo, sin embargo, actuar, en representación de éste en virtud de expresa estipulación al efecto.*

### **1.2.3 Aspectos relevantes del estatuto comercial general aplicable al vendedor comisionista**

---

<sup>31</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, Chile. Op. cit.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

Del juego de las disposiciones legales contenidas en el Código de Comercio aplicables al mandatario comisionista<sup>33</sup>, se aprecian los siguientes elementos:

#### 1.2.3.1 Remuneración

Se deduce de los artículos 239 (reglas generales de la comisión) y 275 (disposiciones comunes de toda clase de comisionistas) del Código de Comercio, estableciéndose como un elemento de la naturaleza de la figura.

Del artículo 275 del C. de C. se desprende que en materia de la remuneración y su magnitud, hay que estar a lo pactado expresamente. A falta de voluntad manifiesta, a la costumbre del lugar donde se verificó la operación encargada. Finalmente, de no poder aplicarse los criterios anteriores, será el juez de la causa quien fije la “cuota usual...calculándola sobre el valor de la operación, incluso los gastos.”<sup>34</sup>.

Como norma específica del comisionista para vender, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 317 del cuerpo en comento, en el cual, se usa la voz “comisión”, sin definirse, pero distinguiendo entre la comisión simple y la de garantía.

##### a) Comisión simple

En el artículo 317 antes señalado se establece que la comisión simple es el derecho vendedor que efectivamente asegura “la solvencia de los deudores” sin correr “riesgo alguno”. Es un elemento de la naturaleza de la comisión mercantil que, al tenor del artículo 1444 del Código Civil se entiende “pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”.

##### b) Comisión de garantía

---

<sup>33</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Op. cit., pp. 112 y ss.

<sup>34</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, Chile. Op. cit.



Por su parte, la comisión de garantía es un estipendio a favor del vendedor sólo “cuando haya sido estipulada”, vale decir, es un elemento accidental, pero que además exige la concurrencia fáctica de dos requisitos legales disyuntivos entre sí, a saber, el primero, que “las ventas fueren hechas a condición de entregar el precio en el acto de recibir las mercaderías”, vale decir, cuando en los hechos, el vendedor recauda inmediatamente el precio íntegro de la venta, desapareciendo con ello el riesgo de pérdida económica tanto para él como para el comitente vendedor, lo cual es igual a decir, que conforma un premio por el perfeccionamiento del contrato de compraventa como acto de ejecución instantánea. El segundo presupuesto cuya verificación otorga derecho a comisión de garantía a favor del comisionista consiste en que “al tiempo de recibir los efectos vendidos a plazo, el comprador pagare el precio con descuento”, vale decir, se una situación que en la jerga bancaria se conoce como prepago de la deuda, posible en operaciones de venta bienes y servicios (como por ejemplo la venta o “colocación” de créditos de consumo a cargo de vendedores y ejecutivos de cuenta bancarios) con pago del precio en cuotas, vale decir, como contrato de tracto sucesivo, en el que el deudor del precio decide anticipar el pago del saldo en cuotas que adeuda.

La comisión de garantía refuerza la idea de que, en la comisión mercantil, la regla general consiste en que el riesgo por la insolvencia sobreviniente del comprador pertenece casi absolutamente al comisionista vendedor, y sólo por excepción dicho riesgo lo soporta el comitente vendedor, de modo que sólo por voluntad expresa de las partes, puede retribuirse adicionalmente la buena gestión del comisionista equivalente a una minimización o eliminación del riesgo económico o, en sentido inverso, como una recaudación inmediata o próxima, aún a costa de rebajar el precio inicial de la operación. En este punto es pertinente adelantar, que bajo la óptica laboral, un comisionista dependiente no puede asumir directamente, con cargo a su remuneración fija, ni aún por pacto expreso, el riesgo económico de la operación, aspecto que se tratará en un acápite posterior, por lo que la percepción de comisiones, conforma un premio por operación formalmente perfeccionada, sin considerar el riesgo por insolvencia sobreviniente del comprador (cliente) y un beneficio remuneratorio adicional al sueldo base, el cual no puede ser inferior al mínimo legal vigente, por lo que la mala gestión de dicho dependiente, usualmente manifestada como incumplimiento de metas,

se traduce en lo inmediato, en la no percepción de comisiones durante el mes a remunerar, y de sostenerse este incumplimiento, como un incumplimiento tal que puede ser considerado como grave por el juez laboral y justificante del despido, bajo la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo.

#### 1.2.3.2 Provisión de fondos y efectos necesarios

El artículo 272 (disposiciones comunes de la comisión) del C. de C. establece este derecho, por cuyo incumplimiento por parte del comitente, habilita al comisionista para renunciar a su encargo “en cualquier tiempo o suspender su ejecución”.

#### 1.2.3.3 Devolución de anticipos, gastos e intereses que importó la comisión

Se desprende de las normas comunes a todo comisionista, contenidas en los artículos 273 y 274 del Código de Comercio.

#### 1.2.3.4 Derecho legal de retención

Se colige de la norma común dispuesta en el artículo 284 del C. de C., como un derecho y a la vez garantía del pago efectivo y preferente “de sus anticipaciones, costos y salario”.

#### 1.2.3.5 Riesgo y Responsabilidad

En lo concerniente al régimen legal mercantil de responsabilidad al interior de la comisión para vender, la regla general es que el riesgo pertenece al comisionista, por lo que éste debe responder tanto de la pérdida o deterioro culpable de la mercadería existente en su poder como por la insolvencia sobreviniente del comprador, criterio que se desprende del juego de los artículos 248, 249 (disposiciones comunes), 308 y 312 (reglas especiales comisión para vender) del Código de Comercio.

#### 1.2.3.6 Representación

Se concluye que es una modalidad o elemento accidental que debe pactarse expresamente, quien, según los términos del artículo 259 del Código de Comercio, “en caso de duda, se presume que... ha contratado a su nombre”, lo cual es consistente con el riesgo por incumplimiento o insolvencia del comprador, el cual pertenece, por regla general al comisionista.<sup>35</sup>

#### 1.2.3.7 Extinción o expiración del contrato de comisión mercantil

Es pertinente recordar que en nuestro Código Civil se establecen en el artículo 1545, las dos causas genéricas para invalidar o cesar los efectos de un contrato, el consentimiento mutuo y las causas legales. En el ámbito especial de lo mercantil, tenemos que en el Código de 1865, figuran las siguientes causales como caminos autorizados para disolver o terminar el mandato, en cuanto figura de auxilio o colaboración general, y la comisión como figura específica:

##### a) Revocación del mandante

A diferencia de la figura civil del artículo 2.163 del C.C., no es libre, pues hay privación del derecho a revocar cuando la comisión “aceptada interesa al comisionista por la remuneración a que tiene derecho y a los terceros por la celebración del acto encargado.”<sup>36</sup>. Rigen al respecto dos normas expresas: la primera es el artículo 241 al disponer “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”; la segunda norma es el artículo 277 del C. de C, al señalar: “Revocada la comisión antes de evacuar el encargo, el

---

<sup>35</sup> En este sentido es aclaratoria la sentencia de 1905 emitida por la Corte Suprema, en la cual se establece que “el comisionista que obra en nombre propio es responsable del cumplimiento del contrato...” En Gaceta Jurídica de 1905, t. I, N° 32, p. 41. Ver REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS. CÓDIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Tomo I Código de Comercio, p.96.

<sup>36</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Op. cit., pp. 112 y ss.

comitente abonará al comisionista una retribución proporcional a la parte en que éste se hubiere ejecutado en encargo recibido”.

b) Renuncia del comisionista

Rigen los artículos 2.167 del Código Civil, 242 y 272 del Código de Comercio. En términos generales, se permite dar término a la comisión por renuncia del auxiliar, pero con una importante limitación, dado que el artículo 242 del Código de Comercio señala: “la renuncia no pone término a la comisión toda vez que cause al comitente un perjuicio irreparable, sea porque no pueda proveer por sí mismo a las necesidades del negocio cometido, sea por la dificultad de dar un sustituto al comisionista”. Por su parte, el artículo 272 contiene una causal expresa de renuncia al disponer: “Cuando la comisión requiera provisión de fondos, y el comitente no la hubiera verificado en cantidad suficiente (...)”

c) Muerte del comisionista persona natural

Aquí opera el criterio inverso al establecido en el artículo 2.163 N° 5 del Código Civil, en el sentido de que en dicha norma se gatilla la terminación del mandato por la muerte del mandante. El artículo 240 del C. de C. despeja toda duda al disponer: “La comisión no se acaba por la muerte del comitente: sus obligaciones y derechos pasan a sus herederos”. Parte de la doctrina sostiene que si el comisionista es persona jurídica “subsiste la comisión, a menos que la muerte del encargado de cumplirla ponga término a la sociedad.”<sup>37</sup>.

d) La rescisión

Opera como causal especial de terminación del mandato comercial en el caso de que el encargado sea factor o comisionista dependiente. Hay que distinguir entre las

---

<sup>37</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Op. cit., p. 113.

causales de rescisión invocables por el principal y las que pueden alegarse por los factores o comisionistas dependientes:

i. *Rescisión por el principal o comitente*

Rige al regla del artículo 333 del C. de C., la cual dispone: “Sólo son causas legales de rescisión por parte del principal:

1a Todo acto de fraude o abuso de confianza que cometa el factor o dependiente;

2a La ejecución de algunas de las negociaciones prohibidas al factor o dependiente;

3a Las injurias o actos que, a juicio del juzgado de comercio, comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses del comitente.”

Nuestros tribunales han entendido que la voz “rescisión” significa “terminación o disolución del contrato celebrado entre las partes.”<sup>38</sup>

ii. *Rescisión invocada por el factor o comisionista dependiente*

Hay que estar a lo establecido en el artículo 334 del C. de C., el cual consagra tres causales:

“1ª Injurias o actos que habla el número 3º del precedente artículo;

2ª Maltratamiento inferido por el principal y calificado de bastante por el juzgado de comercio;

3ª La retención de sus salarios en dos plazos continuos.”

A nuestro entender, las causales de rescisión del mandato por parte del principal del artículo 333 del Código de Comercio evidencian el origen comercial de la figura del

---

<sup>38</sup> REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS. CÓDIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Tomo I Código de Comercio, p. 92. Se cita al pie de página en esta aseveración a SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Derecho comercial Santiago, Chile: Jurídica, 2006- 7a. ed. actualizada. Manuales Jurídicos, Tomo I, p. 106.

vendedor comisionista dependiente<sup>39</sup>, figura que luego, de forma gradual va siendo absorbida por el Derecho Laboral. De hecho, con la dictación de la Ley laboral N° 4.059 de 1924, en su artículo 29 se hace expresa remisión al artículo 333 del Código de Comercio como una de las circunstancias de terminación del contrato de trabajo del empleado<sup>40</sup>. Poco, después, en virtud del Código del Trabajo de 1931, la figura del vendedor comisionista dependiente, en parámetros laborales, es asimilable a la categoría de empleado particular, siéndole aplicables las causales de terminación del contrato de trabajo que lo vincula al comitente, establecidas en los artículos 163, 164 y 166 de dicho cuerpo legal, lo cual implica una tácita derogación de las normas comerciales aplicables al comisionista dependiente, resaltando asimismo que el Código laboral de 1931 dispuso la derogación expresa del estatuto civil aplicable al criado doméstico, figura tratada en el Código Civil a propósito del arrendamiento.

#### **1.2.4 Precisiones de la jurisprudencia en torno al concepto y elementos legales mercantiles de la figura del comisionista**

---

<sup>39</sup> A diferencia de otras figuras de trabajo dependiente, cuya regulación matriz la encontramos en el Párrafo 7 del Título XXXVI del Código Civil, relativo al arrendamiento de criados domésticos, hoy derogado por disposición expresa (artículo 174) del Código del Trabajo de 1931 o DFL N° 178 (D.O. 28 de mayo de 1931)

<sup>40</sup> La ley N° 4.059 sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares, publicada con fecha 27 de septiembre de 1924, dispone: “De la terminación del contrato. Art. 29. El contrato de trabajo a que se refiere esta ley, termina por las causales generales de espiración y, en especial, por las señaladas en el artículo 333 del Código de Comercio.”. Entiéndase que las causales generales serían las del artículo 1545 del Código Civil, vale decir, mutuo consentimiento y otras legales, siendo éstas últimas asimilables a los modos de extinguir las obligaciones del artículo 1567 de dicho cuerpo legal y las restantes causales de desahucio o terminación que el codificador civil dispuso para las diversas figuras contractuales que se ejecutan en un período de tiempo prolongado. Así por ejemplo, en el arrendamiento de cosas se establecen las causales de “expiración” del arrendamiento, empleándose a veces como sinónimo del vocablo “terminación” (artículos 1932, 1938, 1956 y 1964) y “desahucio” (arts. 1945, 1949, 1951, 1954, 1955, 1956, ) en tanto que para la figura particular del arrendamiento de casas, almacenes y otros edificios, los términos “desahucio” (1976) y “cesar inmediatamente” (1977); en tanto que para el arrendamiento de servicios inmateriales, se emplean las frases “poner fin al servicio cuando quiera” (art. 2009) y “su mala conducta da motivo para despedirle” (art. 2010), aclarándose en el artículo 2012 que las normas de este contrato “se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas.”, En el mandato civil, se trata la “terminación” en el artículo 2163. En la sociedad, se establecen las causales de “disolución” en el artículo 2098. Como último ejemplo, citamos la “disolución” de la sociedad conyugal tratada en el artículo 1764 (dentro de esta situación, de la “disolución” del matrimonio).

En torno a la definición legal mercantil antes transcrita, nuestros tribunales superiores de justicia han hecho ciertas precisiones. Primero, respecto de la relación género a especie del mandato y la comisión, nuestra jurisprudencia ha señalado que “De la definición dada por el artículo 235 del Código de Comercio se infiere que, no obstante el hecho de tratarse esta materia en el Título VI del Libro II (...) y que el número 4 del artículo 3º del mismo califica indistintamente como acto de comercio a la comisión o mandato comercial, considerándolos como sinónimos, es del caso que en el terreno del derecho existen profundas diferencias entre el mandato, que es el género, y la comisión, que es una de las especies del mandato con características propias que le dan una fisonomía especial.”<sup>41</sup> . Segundo, que la figura de la comisión de cobranza es un contrato regido por el Código de Comercio y no por el Código del Trabajo.<sup>42</sup>

En cuanto a la interpretación jurisprudencial del artículo 236, la voz “comisionista” usada en dicho precepto, nuestros tribunales señalan que: “es quien recibe comisiones, aunque no sea habitualmente”<sup>43</sup>.

Respecto del sentido del artículo 239, cuyo texto reza “La comisión es por su naturaleza asalariada”, en una oportunidad nuestros tribunales interpretaron dicho precepto al establecer que “según la costumbre mercantil, el salario de los dependientes del comercio es mensual”<sup>44</sup>, criterio que debe entenderse complementado con una interpretación del artículo 6º del Código en comento, cuyo texto señala: “ Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o

---

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte de Chillán, de 25 de mayo de 1943. Gaceta Jurídica, 1943. 1er sem., Nº 54, p. 268. Citada en REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1994, p. 92.

<sup>42</sup> Sentencia de la Corte Suprema, 07 de marzo de 1988. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.85, sección 3ª, p.9. Citada en REPERTORIO... Ibíd., p. 92.

<sup>43</sup> Sentencia de la Corte Suprema, 29 de julio de 1954. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.51, sección 1ª, p.297. Citada en REPERTORIO... Ibíd., p. 93.

<sup>44</sup> REPERTORIO... Ibíd., p. 93.

convenciones mercantiles” la cual sugiere que “según la costumbre mercantil, el salario de los dependientes de comercio es mensual.”<sup>45</sup>.

Finalmente, es importante mencionar la interpretación de dos preceptos en estrecha relación, a saber, los artículos 253 y 307 del C. de C, aplicables al vendedor comisionista:

“Art. 253. Son de cargo del comisionista los préstamos, anticipaciones y ventas al fiado, siempre que procediere sin autorización de su comitente; y en tal caso podrá éste exigir que se le entreguen al contado las cantidades prestadas, anticipadas o fiadas, dejando de cuenta del comisionista los contratos celebrados.

Art. 307. El comisionista podrá vender a los plazos de uso general en la plaza, a no ser que se lo prohíban sus instrucciones.”

En torno a ambas normas, se estableció que “el comisionista, para vender al contado, no puede celebrar el contrato de venta por los plazos de uso general en plaza; y si se cree autorizado tácita o expresamente para ello debe vender a persona notoriamente solvente.”<sup>46</sup>.

### **1.3 Distinción entre comisionista dependiente e independiente**

La figura del vendedor comisionista según se acaba de revisar, ofrece su primer reconocimiento y tratamiento legal positivo en el derecho mercantil a contar de 1865, como parte de los auxiliares del comerciante o empresario. Ahora bien, dicho auxiliar podía desempeñar sus servicios en forma exclusiva y permanente para un determinado comerciante o bien desenvolverse en forma autónoma pudiendo, en este último caso,

---

<sup>45</sup> Sentencia de la Corte de Tacna, de 14 de junio de 1913. Gaceta Jurídica, 1913, 1er sem., N° 417, p. 1301. Citada en REPERTORIO... Ibíd., p. 36.

<sup>46</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de agosto de 1877. Gaceta Jurídica N° 2.022, p. 1049. En el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema, de 21 de marzo de 1905, en Gaceta Jurídica N° 1.905, t. I, N° 32. Citadas en REPERTORIO... Ibíd., p. 95.



colaborar con uno o más mandantes sin exclusividad ni continuidad para con uno en particular. Lo anterior es igual a sostener, que la figura del comisionista, en la óptica comercial podía ser tanto dependiente como independiente, donde la primera se asimilaba a la figura del arrendamiento de servicios propia de la legislación civil general.

A partir del advenimiento del Derecho Laboral, en cuanto derecho nuevo que se superpone a las figuras de colaboración comercial precedentes, es posible establecer con claridad la distinción sobreviniente entre comisión independiente en oposición a la dependiente, en base a los elementos que la comunidad dogmática laboral reconoce como propios de todo vínculo laboral, y que son la subordinación, continuidad y dependencia o amenidad, los que pasamos a explicar brevemente,

### **1.3.1 La relación jurídico-laboral y sus elementos como presupuestos ineludibles para conceptualizar la figura del comisionista dependiente**

A la hora de establecer o distinguir si una determinada prestación de servicios es de naturaleza laboral, lo cual implica hacerle aplicable todo el conjunto de normas y principios propios del Derecho Laboral, hay un primer criterio tradicional, el cual vincula al contrato de trabajo, como presupuesto básico de dicha relación. No obstante, es frecuente que muchas formas de colaboración o servicios personales han nacido de acuerdos que en un principio fueron convenidos por ambas partes como de naturaleza civil o comercial – como la figura objeto del presente estudio- y que con posterioridad mutan algunas de sus características, siendo válido entonces cuestionarse si la voluntad formal declarada al inicio puede ser sobrepasada, por la fuerza de la realidad, haciéndose aplicable un estatuto especial, cual es el Derecho del Trabajo. En este sentido y siguiendo una postura actualizada, es preciso afirmar que “el Derecho del Trabajo es una transposición jurídica de situaciones económicas, circunstancia que ha transformado numerosos principios y soluciones jurídicas y ha producido el tránsito

del contrato a la relación laboral”<sup>47</sup> por lo que es preferible “hablar siempre de relación de trabajo, porque es aplicable exista ya el contrato previo o un simple enrolamiento”.

Para la doctrina nacional, la existencia de un contrato de trabajo al inicio de la relación, es indispensable para delimitar la frontera entre las figuras de prestación de servicios personales independientes de las propiamente laborales<sup>48</sup>. No obstante, resulta ilustrativo señalar que los elementos comunes a todo vínculo laboral, y que permiten distinguir a éste de otras figuras a las cuales se les aplican estatutos civiles o mercantiles, son: a) la subordinación, b) la ajenidad y c) la continuidad.

#### 1.3.1.1 Subordinación

Elemento que si bien el legislador no lo explica, lo señala expresamente a propósito del concepto legal de “trabajador” del artículo 3 letra b) del Código del Trabajo, cuya ausencia, a juicio de LIZAMA PORTAL, implica una exclusión “de la aplicación de las normas laborales”<sup>49</sup>. El mismo autor destaca este elemento como el “más utilizado por nuestra jurisprudencia judicial para determinar la existencia del contrato de trabajo...”. La Dirección del Trabajo ha señalado que son manifestaciones concretas de este elemento: desempeñarse bajo una jornada de trabajo, en un horario diario y semanal obligatorio, ejecutar el servicio “según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador.”<sup>50</sup>

#### 1.3.1.2 Ajenidad

---

<sup>47</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral. Santiago, ed. Jurídica de Chile, decimotercera edición ampliada y actualizada., 2009, p. 114.

<sup>48</sup> Al respecto ver HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho... *Ibíd.*, pp. 112 y ss.

<sup>49</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, editorial LexisNexis, 2003, p. 10.

<sup>50</sup> Dictamen Ord. N° 5.848/386 de 26.11.1998, citado por LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho.... *Ibíd.*..., p.19.

Elemento que no tiene expresión legal positiva explícita, y que se ha entendido como el hecho de prestar “servicios por cuenta y a riesgo de otro”<sup>51</sup>, recayendo sobre el empleador “el riesgo de la empresa, esto es, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión.”<sup>52</sup>.

### 1.3.1.3 Continuidad

Elemento que reviste además carácter de Principio ordenador del Derecho Laboral y que a juicio de LIZAMA PORTAL se infiere del texto del artículo 4º inciso segundo del Código del ramo, y que puede alude a que la entidad empleadora es un ente estable, pese a las transformaciones fácticas con miras a garantizar la estabilidad “de la relación laboral y la subsistencia de lo convenido en los contratos individuales e instrumentos colectivos con el o los nuevos empleadores.”<sup>53</sup>.

## 1.3.2 **Comisionista independiente v/s dependiente**

En base a las breves aclaraciones precedentes, pasamos a describir y establecer las diferencias entre las categorías de comisionista independiente y dependiente:

### 1.3.2.1 Comisionista independiente

Es un colaborador quien, en términos planteados por PALMA ROGERS, ejerce “una profesión de carácter mercantil, prestando a los comerciantes indistintamente su concurso para preparar o concluir los actos y operaciones que a éstos interesen.”<sup>54</sup>, acto que en este caso serían la venta de bienes o servicios, a nombre propio, vale decir, sin representación ni a nombre del mandante comercial que le encarga la

---

<sup>51</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho.... Ibíd., p. 10.

<sup>52</sup> Ibíd., p. 10.

<sup>53</sup> Ibíd. p. 14.

<sup>54</sup> PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Op. cit., p. 267.

colaboración. El comisionista independiente, en consecuencia, si vincula contractualmente con el mandante bajo los figuras propias del derecho comercial o civil, según sea o no comerciante este último, sin que en este vínculo contractual se manifiesten los elementos típicos que configuran la relación laboral. El comisionista independiente puede ser, en cuanto colaborador de otro, tanto una persona natural como jurídica.

Cabe señalar al respecto que a nivel de norma positiva, ayuda a aclarar la figura el concepto de “trabajador independiente” del Código del Trabajo, tratada en la letra c) del artículo 3º: “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate de depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia”, como sería el caso de tradicionales figuras mercantiles, tales como agentes de negocios, los corredores y los martilleros

#### 1.3.2.2 Comisionista dependiente o agente de ventas

Es todo colaborador persona natural –en esto se sigue la noción de trabajador establecida en el artículo 3 letra b) del Código del Trabajo<sup>55</sup>-, obligado a prestar servicios de intermediación para la venta de bienes o servicios a nombre y en representación del mandante, quien pasa a ocupar el rol jurídico de empleador<sup>56</sup>. La representación es un elemento esencial a la hora de configurar la figura del vendedor comisionista como una de naturaleza laboral, pues dicho elemento se liga al elemento ajenidad de toda relación laboral, el cual implica, en términos simples, radicar el riesgo exclusivamente en el patrimonio del empleador. El carácter laboral o dependiente del vendedor comisionista además se configura con los elementos subordinación y continuidad, comunes a toda relación laboral.

---

<sup>55</sup> Cuyo texto reza: “Para todos los efectos legales se entiende por: (...) b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia y subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, (...)”

<sup>56</sup> Voz cuyo significado legal se establece en el artículo 3ro letra a) del Código del Trabajo: “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

### 1.3.2.3 Conclusión

En la actualidad, conviven la figura clásica del trabajador comisionista independiente mercantil -quien es en esencia un auxiliar o colaborador comercial, regido por las normas del Código de Comercio- con la del vendedor comisionista dependiente, regido este último por el Derecho Laboral.

## 1.4 **Tipos de vendedores comisionistas en función del mercado en el cual se desempeñen**

A la luz de la normativa aplicable a los corredores de seguros no previsionales y la del mercado previsional de pensiones y de salud, al vendedor comisionista se le suele denominar “agente de ventas”, para diferenciarlo de la figura del corredor o el asesor, según se analizó en un acápite anterior.

Podríamos establecer como primer criterio de clasificación la naturaleza tangible o intangible del producto que el comisionista independiente o agente de ventas dependiente procura comercializar.

El mercado de servicios, en constante renovación y especificación, unido al incrementos de los riesgos derivados de las nuevas formas de vida y tecnología y a la instauración de nuevos mercados a raíz de las privatizaciones en la satisfacción de necesidades masivas como las pensiones y la salud da lugar a una regulación especial que afecta a tres tipos de vendedores:

1. Vendedor de seguros no previsionales: rigen las normas del DFL N° 251 de 1931, artículos 57 y 58.
2. Vendedor de seguros previsionales (pensiones de vejez e invalidez común bajo modalidad renta vitalicia): Decreto Ley N° 3.500 de 1980, artículos 172 al 180.

3. Vendedor de seguros de salud para Isapres: se aplican normas del D.F.L N° 1 de 2006 del Ministerio de Salud, el cual fija texto refundido de la 18.933 de 1990 (ex DFL N°3 de Isapres de 1981), artículos 110, 170, 177 y 216, entre otros.

#### **1.4.1 Vendedores de seguros y normas del DFL N° 251 de 1931**

En términos de este estatuto regulador de compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio, uno de sus objetivos fue regular el mercado o “comercio de asegurar riesgos a base de primas”, el cual “sólo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a éste, que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general. “(Art. 4°).

En la óptica del oferente, tenemos que el servicio o intangible que dichas entidades ofrecen en el territorio nacional, lo cual condiciona el giro exclusivo de estas empresas, la norma divide a aquél en dos clases, lo cual clasifica los tipos de compañías (Art. 8 DFL N° 251): compañías de seguros del primer y del segundo grupo, adelantando que estos giros son excluyentes entre sí, por lo que “No podrán organizarse entidades aseguradoras destinadas a cubrir riesgos comprendidos en los dos grupos.”, pero pueden tener como giro complementario “los riesgos de accidentes personales y los de salud.” (Art. 11).

##### **1.4.1.1 Compañías de seguros del primer grupo**

Son aquellas que aseguren los riesgos de pérdidas o deterioro en las cosas o el patrimonio. Dentro de este grupo se ubican las aseguradoras de riesgos de crédito<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> “Se entenderá por seguro de crédito aquel que cubre los riesgos de pérdidas o deterioro en el patrimonio del asegurado, producto del no pago de una obligación en dinero o de crédito de dinero.”

“que tengan por objeto exclusivo precisamente cubrir este tipo de riesgo, pudiendo, además, cubrir los de garantía y fidelidad.” (Art.11 inciso 3º)

#### 1.4.1.2 Compañías de seguros del segundo grupo

Se refiere a las que cubran los riesgos de las personas o que garanticen a éstas, dentro o al término de un plazo, un capital, una póliza saldada o una renta para el asegurado o sus beneficiarios.

#### 1.4.1.3 El agente de ventas o vendedor de seguros

##### a) Agente de ventas dependiente de compañías de seguros

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 57 del DFL N° 251, serán aquellas personas naturales “que se dediquen a la comercialización o venta de seguros por cuenta de una compañía, no pudiendo prestar tales servicios en más de una entidad aseguradora en cada grupo de seguros...”.

El mercado de los seguros en Chile está fiscalizado por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), lo cual explica el requisito de empadronamiento o inscripción de todo agente de ventas, de modo idéntico a los corredores de seguros, en el “Registro de Auxiliares del Comercio de Seguros” cuya regulación administrativa se contiene en la Circular N° 1679 de 2003 de la SVS, según se anotó al pie de página, a propósito de los corredores de seguros.

##### b) Agente intermediador dependiente de corredores de seguros

Esta categoría se desprende del artículo 58 inciso 4º del DFL N° 251, al disponer “las personas que participen en la intermediación de seguros por cuenta de corredores...”.

Los corredores, quienes serán sus empleadores (de darse vínculos laborales formalizados con dichos intermediadores), “deberán llevar un registro” de dichas

personas que intermedian por cuenta y riesgo de aquéllos (art. 58 inciso 5° del DFL N° 251).

c) Los requisitos del artículo 58 del DFL N° 251, para la autorización de intermediar en el comercio de los seguros son aplicables para los agentes de ventas e intermediadores similares

Del mismo modo que el corredor de seguros, tanto el agente de ventas, como cualesquiera otra “personas que participen en la intermediación de seguros por cuenta de corredores (artículo 58 inciso 4° DFL N° 251), para ejercer su actividad, deberán cumplir con los requisitos de habilitación del inciso 1° del artículo 58 del DFL N° 251, entre los cuales destaca, la acreditación de “conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros”, regulado en la Circular de la SVS N° 1679 de 10 de septiembre de 2003.

#### **1.4.2 Agentes de ventas de seguros previsionales**

En el título XVII del DL N° 3.500 o Ley de AFP, relativo a la Asesoría Previsional, hay breves referencias a la figura del dependiente de las “Entidades” o empresas de Asesoría Previsional de las cuales se dio explicación en un acápite anterior.

- El Artículo 174 establece los requisitos de habilitación para desempeñarse como socio, administrador, representante legal o dependiente (con funciones de asesoría previsional) de las Entidades de Asesoría Previsional, como asimismo para ser Asesor Previsional, entre los cuales figura la acreditación de “conocimientos suficientes sobre materias previsionales y de seguros” (letra d).
- El artículo 175 establece la obligación de las Entidades de Asesoría Previsional de “llevar un registro de los dependientes que desempeñen la función de asesoría”.



- El artículo 176 se refiere a los dependientes, al disponer, a propósito del estándar la responsabilidad legal que tienen las sociedades o empresas de Asesoría Previsional, que “los dependientes de las Entidades de Asesoría Previsional encargados de la prestación del servicio, quedarán sujetos al control y fiscalización de las Superintendencias de Pensiones y de Valores y Seguros, las que tendrán respecto de aquéllos las mismas facultades a que se refiere el inciso anterior.”, estableciendo las prohibiciones para desempeñarse como tal.
- El artículo 181 establece una fuerte prohibición al dependiente que cumpla funciones de asesoría previsional, de “otorgar bajo ninguna circunstancia a los afiliados o sus beneficiarios otros incentivos o beneficios diferentes a los propios de la asesoría, sea en forma directa o indirecta, ni aun a título gratuito o de cualquier otro modo.”.

#### **1.4.3 Agentes de ventas que prestan servicios para Isapres**

El DFL N° 1 de Salud del año 2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, en su Libro I, Capítulo 7°, relativo a la Superintendencia de Salud, y en el Libro III sobre el Sistema Privado de Salud Administrado por las Instituciones de Salud Previsional, hace alusión a la figura del agente de ventas.

- Registro de agentes de ventas, señalado en el Artículo 110: “Corresponderán a la Superintendencia, en general, las siguientes funciones y atribuciones: 16.- Mantener un registro de agentes de ventas, fiscalizar ejercicio de sus funciones y aplicarles las sanciones que establece la ley.”. La Superintendencia de Salud goza de amplias facultades fiscalizadoras, las que incluyen requerir “antecedentes y explicaciones” del “personal” de las instituciones fiscalizadas.
- Definición de agente de ventas, Artículo 170: “Para los fines de este Libro se entenderá: (...) I) La expresión "agente de ventas", por la persona natural habilitada por una Institución de Salud Previsional para intervenir en cualquiera

de las etapas relacionadas con la negociación, suscripción, modificación o terminación de los contratos de salud previsional.

- Artículo 177, que establece los requisitos habitantes para desempeñarse como agente de ventas de Isapres: “deberán inscribirse en el registro que lleve la Superintendencia” y, además, “3.- Acreditar los conocimientos suficientes sobre el sistema de Instituciones de Salud Previsional.”.
- Artículo 216 N° 9: que obliga a las Isapres a tener a disposición del público en general y de sus beneficiarios, llevar una “nómina de los agentes de ventas de la Institución de Salud Previsional correspondiente, por ciudad.”.

#### 1.4.3.1 La duración del contrato de salud, como criterio de duración del lucro cesante del agente de ventas de Isapres

En principio, los contratos de salud celebrados entre el afiliado y la Isapre son de duración indefinida, toda vez que el artículo 197 señala: “Los contratos de salud a que hace referencia el artículo 189 de esta Ley, deberán ser pactados por tiempo indefinido, y no podrán dejarse sin efecto durante su vigencia, sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por mutuo acuerdo. Con todo, la Institución deberá ofrecer un nuevo plan si este es requerido por el afiliado y se fundamenta en la cesantía o en una variación permanente de la cotización legal, o de la composición del grupo familiar del cotizante, situaciones que deberán acreditarse ante la Institución. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de cesantía y no siendo aplicable el artículo 188 de esta Ley, la Institución deberá acceder a la desafiliación si esta es requerida por el afiliado.”

De lo anterior se colige que en materia de contrato de salud:

- Su duración es indefinida, lo que en la práctica se traduce es un cumplimiento de las obligaciones sostenido en el tiempo, por lo que el pago del precio de los servicios del seguro de salud lo convierte en un contrato de tracto sucesivo.

- Existe expreso reconocimiento a situaciones de cambio en las condiciones iniciales de contratación, las que pueden provocar un cambio en el plan de salud, con el cambio del valor del precio de los servicios, denominado “cotización adicional”, que se define como la superior o en exceso de la básica que se pacte entre el cotizante y la Isapre.
- No obstante el carácter por naturaleza indefinido del contrato de salud, cabe señalar que en inciso 2° de la disposición antes aludida, se contempla la posibilidad de desahucio unilateral del contrato por el afiliado, al disponerse que “El cotizante podrá, una vez transcurrido un año de vigencia de beneficios contractuales, desahuciar el contrato, para lo cual bastará una comunicación escrita a la Institución con copia al empleador o a la entidad pagadora de la pensión, según corresponda, dada con una antelación de, a lo menos, un mes del cumplimiento del primer año o de la fecha posterior en que se hará efectiva la desafiliación...”
- Por último, el contrato de salud puede concluir por la cesantía del afiliado, pero la terminación aquí no opera ipso facto, sino una manifestación expresa del afiliado que solicita su desafiliación, lo que se conoce como carta de desafiliación. Ante dicha solicitud, la Isapre tiene el deber de acceder a la terminación del contrato.

De lo anterior podemos concluir que la cesantía de un cliente captado por el agente de ventas de Isapres, equivale a una situación de riesgo de insolvencia futura. Lo relevante aquí es precisar si este riesgo debe o no asumirlo el agente, a la hora de reclamar el lucro cesante equivalente a la comisión con cargo a las utilidades futuras originadas para la Isapre derivadas de la captación de dicho cliente por el agente vendedor.

## **1.5 La comisión**

La voz comisión, desde un punto de vista jurídico es una voz que tiene un alcance comercial y otro laboral.

### **1.5.1 Las comisiones en el Código de Comercio**

En la óptica mercantil, la comisión reviste dos alcances: primero, como una figura derivada del mandato comercial y, segundo, específicamente es una especie de remuneración que tiene derecho a percibir el comisionista tanto para comprar como para vender. Respecto de ambas acepciones mercantiles, ya nos referimos anteriormente, a propósito de los auxiliares de comercio, distinguiéndose entre comisión simple y de garantía. (Ver 1.2 y en especial 1.2.3.1 - p.29- de esta memoria).

### **1.5.2 Las comisiones como remuneración en el Código del Trabajo**

Desde un punto de vista laboral, tenemos que, tratándose de agentes de ventas o vendedores comisionistas que se desempeñan bajo subordinación y dependencia para un empresario, en el Código del Trabajo, si bien no se regula dicha forma de trabajo como un contrato especial, sin embargo, a propósito de la remuneración y sus especies legales, se tratan las comisiones.

En general, la remuneración es un “elemento esencial del contrato de trabajo”<sup>58</sup> que produce efectos tributarios y previsionales para el trabajador.

La ley se encarga de definir la remuneración como una contraprestación en dinero que el empleador debe a la persona del trabajador por causa del contrato de trabajo (artículo 41 inciso 1°). Es importante destacar que el pago de las remuneraciones conforma en sí una obligación de naturaleza contractual laboral, una prestación de dar una suma de dinero como contrapartida de los servicios, funciones y actividades que el

---

<sup>58</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, editorial LexisNexis, 2003, p. 126.

trabajador preste, según lo pactado en el contrato de trabajo. Por consiguiente, y siendo el contrato de trabajo bilateral “la causa de la remuneración es la obligación del trabajador de prestar sus servicios personales.”<sup>59</sup>.

Por último, cabe señalar que en materia de protección a las remuneraciones, rige la regla legal contenida en el artículo 55 del Código del Trabajo: “Las remuneraciones se pagarán con la periodicidad estipulada en el contrato, pero los períodos que se convengan no podrán exceder de un mes.”.

#### 1.5.2.1 Concepto legal laboral de comisión

La ley laboral se encarga de definir cinco categorías de remuneración en el artículo 42 del CT, entre las cuales figura la comisión. En efecto, la letra c) de dicho artículo dispone:

“Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes: ... c) comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador;”

La comisión es una remuneración de naturaleza variable, en oposición al sueldo base, que es una remuneración fija. En palabras de LIZAMA PORTAL, caracteriza a esta remuneración “ser una suma porcentual...”, por lo que la existencia de la comisión está subordinada a las ventas, compras u otras operaciones comprendidas en el giro comercial de la empresa, vale decir, a que se suscriban los contratos que perfeccionan tales negocios.”<sup>60</sup>.

Si nos remontamos a al ajenidad como uno de los elementos característicos del vínculo laboral, lo cual implica que el trabajador se obliga a prestar servicios por cuenta y riesgo del empleador, recayendo en consecuencia sobre el empleador el riesgo de

---

<sup>59</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo, p. 127.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 138.

ganancia o pérdida financiera, toda vez que el vínculo laboral no puede equipararse a la relación que existe entre los socios de una sociedad de personas, en la cual “dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan” (artículo 2053 del Código Civil). La ajenidad del vínculo laboral, unido a la naturaleza de la comisión conduce a afirmar que el riesgo de la insolvencia sobreviniente del cliente captado por el comisionista –quien actúa como un colaborador en la celebración de negocios, lo cual es de la esencia de la comisión en su raíz comercial- lo soporta el empleador, toda vez que el cliente es, respecto de este último, su deudor, por lo que el empleador en su calidad de parte acreedora goza de la garantía general de todo acreedor consagrada en el artículo 2465 del Código Civil<sup>61</sup>, unido a la posibilidad de que, tratándose de deudas cuyo pago se pactan a plazo (en mensualidades periódicas o a plazo diferido), opera además el derecho del acreedor a gozar de la aceleración del pago, al tenor del artículo 1496 del cuerpo legal en comento.<sup>62</sup> Lo relevante para el devengo de la comisión será, en consecuencia, el perfeccionamiento de los contratos que convierten a cliente captado por el comisionista en deudor de su empleador.

Por consiguiente, es importante tener presente la regla civil supletoria del perfeccionamiento de los contratos establecida en el artículo 1443 del Código Civil:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

---

<sup>61</sup> “Art. 2465. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.”

<sup>62</sup> El cual señala: “ El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:  
1º Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia;  
2º Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.”

La comisión es un estipendio que se origina en función de la productividad del trabajador comisionista, lo cual también se verifica en la remuneración denominada “participación” y en la remuneración “a trato”, siendo esta última la que se paga por piezas, medidas u obras efectuadas.

Finalmente, es preciso afirmar que la comisión es una remuneración que no es de la esencia del contrato de trabajo, por lo que no se presume por el mero hecho de que un trabajador desarrolle servicios de ventas u otras operaciones análogas para su empleador, por lo que la comisión debe pactarse expresamente tanto en su procedencia como en su cuantía (porcentaje sobre la base del valor o precio neto de la operación efectuada) en el contrato de trabajo o en sus anexos complementarios

### **1.5.3 Comisiones y criterio de la Dirección del Trabajo**

#### **1.5.3.1 En cuanto a su concepto**

- **351/23 de 22.01.2004:** señala que “dentro de las distintas especies de remuneración que reconoce nuestro ordenamiento jurídico laboral se encuentra la comisión, estipendio de carácter variable cuya esencia es hacer partícipe al trabajador de un porcentaje sobre el precio de las ventas o compras o sobre el monto de otras operaciones que realice el empleador con la colaboración del trabajador.”

#### **1.5.3.2 En cuanto a su devengo**

A juicio del órgano administrativo, la comisión es una especie de remuneración y por lo tanto una contraprestación por el servicio desempeñado por el vendedor, por lo que su pago deberá verificarse conforme a la regla general del artículo 55 del Código del Trabajo, esto es, mensualmente o por períodos menores si hay pacto expreso, por lo que no procede condicionar el pago de la comisión a hechos o circunstancias ajenas a la prestación de los servicios del vendedor consistentes en ventas, compras u otras

operaciones. Dos son los dictámenes relevantes y concordantes en este aspecto: 4680/205 de 20.08.1996 y el 1419/68 de 16.04.2001.

- El dictamen de 1996, se pronuncia ante la consulta relativa a si “resulta jurídicamente convenir una... comisión de 1,5% sobre las ventas netas a crédito que efectúe el trabajador, pactando que el monto de dichas ventas sólo pasará a integrar la base de cálculo sobre la cual se determina la comisión, en el mes que el cliente entere las cuotas del respectivo crédito”. Vale decir, se trata de un supuesto en que la comisión se condiciona al comportamiento del cliente posterior al perfeccionamiento de la venta a crédito.

La respuesta del órgano administrativo aclara que “la comisión se genera para el trabajador cuando éste hubiere efectuado la venta, compra u otra operación establecida en su contrato de trabajo.”, por lo que postergar el pago de la comisión mientras no se verifique el pago del cliente, “implica condicionar el pago de las comisiones pactadas al hecho de un tercero ajeno a la relación laboral.”

- El dictamen 1419/68 de 2001, emitido a propósito de la consulta de una compañía de seguros que ofrece el pago de dos tipos de comisiones a sus dependientes: una por “colocación de nuevas pólizas” y otra por “subsistencia y mantención de estas nuevas pólizas”, remuneraciones que a juicio del ente administrativo “quedan sujetos a la contingencia de que el asegurado o tercero pague la prima correspondiente, de modo tal que si ello no sucede, pese al trabajo ejecutado por la agente para la contratación de la respectiva póliza, no correspondería el pago de las comisiones”. La entidad concluye que “las cláusulas en comento que estipulan condicionalidad de las comisiones... no se conforman a derecho, al privar de certeza y seguridad a la remuneración, no obstante efectuada la prestación de los servicios pactada”; afirmando finalmente que “La comisión se genera para el trabajador cuando éste hubiere efectuado la venta, compra u otra operación establecida en su contrato de trabajo, al margen de una condición que dependa del hecho o conducta de un tercero, o que sea ajena a la venta o compra misma en este caso del seguro, ya



perfeccionada por la actuación del trabajador, como podría ser su posterior pago o vigencia durante determinado tiempo.”.

- “(...) la modalidad remunerativa de "comisión" no puede estar sujeta a una condición ajena a las partes, por lo que no resulta lícito sujetar el nacimiento de la comisión a condición alguna que no sea la propia prestación de servicios personales y subordinados, en los términos convenidos en cada contrato de trabajo (Dictamen 5038/290 de 04.10.99). La Dirección del Trabajo ha señalado en su doctrina administrativa que el derecho al pago de la retribución pactada nace a la vida jurídica en el momento mismo en que se efectúa la prestación como una obligación simple y pura, sin que le afecte limitación alguna, no siendo viable, por tanto, que el empleador la supedite a una condición suspensiva, esto es, a un hecho futuro e incierto, el cual, mientras no se produzca, suspende el ejercicio del derecho.”.<sup>63</sup>

La línea de interpretación precedente tiene por antecedentes los dictámenes 6468 de 18.08.1989 y 1125/34 de 04.02.1991.

#### 1.5.3.3 En cuanto al riesgo de la insolvencia sobreviniente del cliente

- En dictamen 4516/277 de 01.09.1993, se sostiene que “el trabajador tiene derecho a percibir de su empleador retribución por la labor realizada en la medida que preste el servicio para el cual fue contratado...el derecho al pago de la remuneración nace a la vida jurídica en el momento mismo en que se efectúa la prestación, como obligación pura y simple, sin que pueda afectarle limitación o condición alguna, no siendo viable, por tanto, que el empleador la supedite al cumplimiento de una modalidad ajena a la prestación misma, como podría ser el caso de una condición suspensiva, esto es, un hecho futuro e incierto, el cual mientras no se produzca suspende la adquisición de un

---

<sup>63</sup> En línea: <<http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60145.html>>

derecho, o bien resolutoria, por la cual producido el hecho, se extingue el derecho...”

En base a lo anterior, si una vez perfeccionada la venta, el cliente deja de pagar el servicio o devuelve la mercadería comprada, sería contrario a derecho que el empleador dejase sin efecto el pago de las comisiones o descontase de éstas el valor de la mercadería devuelta o el saldo adeudado de las cuotas impagas, lo cual es consistente con la idea de ajenidad, por lo que el riesgo de ganancia o pérdida lo asume el empleador.

Esta línea de interpretación se tiene como antecedente los dictámenes 3993 de 26.05.1987, 6468 de 18.08.1989, 1125/34 de 04.02.91, 4958/219 de 28.08.1992 y 5301/215 de 14.09.1992; manifestándose con posterioridad en los dictámenes números 8177/ 331 de 18.12.1995, 1862/102, de 14.04.97, 1591/95 de 24.05.2002, 3310/177 de 09.10.2002 y 143/006 de 11.01.2007.

Es importante destacar en esta interpretación su fundamento en base al elemento de ajenidad. En efecto, la Dirección del Trabajo sostuvo en dictamen 3310/177 de 2002 que “...los dependientes que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo, realizan sus funciones ‘por cuenta de otro’ o ‘por cuenta ajena’, lo que de acuerdo al principio de ajenidad que caracteriza la relación jurídico laboral se traduce en que éstos son simplemente una de las partes del contrato de trabajo, que tienen derecho a su remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios, en tanto que el empleador está obligado a pagar las respectivas remuneraciones y a adoptar todas las medidas de resguardo y de protección que garanticen el normal desempeño de las funciones que a aquellos les corresponde desarrollar, recayendo sobre él el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión, incluidos en este último el no pago por parte de los clientes de los cheques u otros documentos que la empresa admite como forma de solución de las deudas contraídas con ella.”

Por último, cabe destacar el dictamen 8177/331 de 1995, en el sentido de afirmar el criterio de que el riesgo de la futura pérdida de utilidades derivada de las ventas que el dependiente comisionista perfeccionó, pertenece al empleador, en base al fundamento de la ajenidad; pero aplicado a venta de intangibles, como lo es mercado de las AFP's, por el riesgo de las futuras desafiliaciones de los clientes captados. El sindicato de una AFP consulta en dicha ocasión sobre la pertinencia de “la estipulación... del anexo de contrato suscrito entre AFP... y sus vendedores y mantenedores en cuanto hace responsable a los mismos de las desafiliaciones que ocurran respecto a las órdenes de traspaso”. Luego afirma la entidad administrativa laboral que “tales trabajadores realizan su trabajo ‘por cuenta de otro’ o ‘por cuenta ajena’ lo que de acuerdo al principio de ajenidad que caracteriza a la relación jurídico laboral se traduce en que éstos son simplemente una de las partes del contrato... recayendo sobre él (el empleador) el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión” Finalmente concluye que “el descuento, a las comisiones... consistente en hacer cargo de éstos (los vendedores y mantenedores) de las desafiliaciones que ocurran respecto de las órdenes de traspaso no se ajusta a derecho, toda vez que ello implica hacer partícipe al dependiente del riesgo de la empresa, el que conforme al señalado principio corresponde asumir a la parte empleadora.”

#### 1.5.3.4 En cuanto a la base de cálculo de las comisiones

La base de cálculo sobre la cual se aplicará el porcentaje de las comisiones pactadas en virtud del contrato individual o colectivo de trabajo, a juicio del órgano administrativo es, a falta de estipulación expresa contractual, el monto líquido o neto de la venta, es decir, sin considerar el monto adicional del tributo “IVA” del DL N° 825; a menos que las propias partes hayan pactado expresamente una base aumentada, como sería la del valor bruto de dichas operaciones, vale decir, el monto más el recargo tributario que corresponda conforme al DL N° 825 o sus leyes modificatorias de un momento histórico.

- En el dictamen 2538/191, de 20.06.2000 se concluye que las comisiones “deben calcularse sobre el valor neto de venta al público, excluido de dicho valor el Impuesto al valor agregado”, salvo que las partes hubieren convenido que dicho cálculo se efectúe sobre valores brutos, en cuyo caso deberá estarse a lo pactado. Esta interpretación consideró el marco normativo del IVA, contenido en el D.L. 825, de 1974, del cual se colige que dicho impuesto afecta a las ventas y servicios, y lo soporta el comprador, en cuanto contribuyente. El comerciante que ofrece la mercadería o presta el servicio gravado con IVA es un mero recaudador o retenedor del mismo para los efectos de enterarlo en arcas fiscales, pues se trata de un impuesto de retención provisoria.

No obstante lo anterior, si el empleador y el trabajador han convenido expresamente una base de cálculo que incluya el valor del impuesto en comento, vale decir, una base de cálculo aumentada o mejorada, o sobre valores brutos de operaciones, hay que estar a la voluntad de las partes, en base a lo dispuesto en “el artículo 1545 del Código Civil, que al efecto dispone: *‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’*. Cabe manifestar que la doctrina enunciada en los párrafos que anteceden ha sido compartida por los Tribunales de Justicia.”

Esta línea de interpretación se sostiene en concordancia con dictámenes anteriores números 5657 de 29.12.76 y 5574 de 17.11.83.

#### **1.5.4 Jurisprudencia atingente a los vendedores comisionistas**

##### 1.5.4.1 Fallos previos a la dictación de la ley N° 20.281 de 2008, a propósito de demandas de vendedores comisionistas que solicitaban en su favor el beneficio de la semana corrida

En el caso de los vendedores comisionista los contratos que se escrituraban antes que entrara en vigencia la ley N° 20181, el sueldo base era muy bajo he inferior al sueldo mínimo y a través de las comisiones el empleador mejoraba la remuneración de

estos trabajadores y así los trabajadores trataron que este beneficio de la semana corrida también les beneficiara, ya que al subir su remuneración también se verían beneficiados al momento del cálculo de la indemnización.

Por lo cual cabe señalar que una importante porción de juicios se originaban con ocasión del beneficio de la semana corrida del artículo 45 del Código del Trabajo, norma cuyo tenor literal sostenía -hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.281-, que el beneficio se concedía en favor de los trabajadores remunerados por día (art. 44 inciso 1° del CT).

Los trabajadores que la época previa a la dictación de la ley N° 20.281 se desempeñaban como vendedores comisionistas, por lo general eran remunerados por un sueldo base fijo muy inferior al mínimo legal, complementado con un sistema de comisiones, muchas veces condicionadas a la conducta de permanencia y buen comportamiento de pago del cliente, lo cual, según se revisó a propósito del criterio interpretativo de la Dirección del Trabajo en torno a la comisión, la cual nace pura y simple tan pronto el trabajador comisionista hubiere efectuado las operaciones de venta o análogas. Bajo este escenario de poca estabilidad remuneracional del comisionista, hubo demandas en las que se solicitaba la extensión del beneficio de la semana corrida o remuneración de los días de descanso a los vendedores comisionistas, con sustento a nivel de interpretación administrativa, a saber dictamen 3674/220 de 19.07.1999<sup>64</sup>, en cuya virtud se sostenía que dicho beneficio también era aplicable tanto a los trabajadores remunerados “a trato” (los remunerados por pieza, medida u obra) como a los comisionistas con remuneración variable<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Postura que se manifiesta previamente en dictámenes N°s. 7.339 de 21.09.89; 6.373 de 17.11.93, 1924 de 27.03.1994, 4.812/230 de 17.08.94, 6.416/284 de 17.10.95 y 3.020/122 de 23.05.96.

<sup>65</sup> En el dictamen se sostiene: “dicho beneficio (semana corrida) no sólo alcanza a los trabajadores remunerados por día, sino que debe entenderse extensivo además para los trabajadores que tengan establecida una remuneración por hora, a trato, o comisión y así lo ha sostenido la reiterada doctrina del Servicio... De ello se sigue que los dependientes remunerados en base a comisión tienen derecho al pago de semana corrida, atendido que su remuneración se devenga por cada día efectivamente trabajado, circunstancia que no se ve alterada si la remuneración se liquida y paga mensualmente porque ello sólo constituye el período fijado para su pago.”.

En dicha época, en sede judicial, el reclamo de los comisionistas de su pretendido derecho a semana corrida, por lo general desestimadas, toda vez que nuestros tribunales sostenían la interpretación contraria a la Dirección del Trabajo, en base a una estricta interpretación literal del artículo 45 del Código del Trabajo, el cual disponía al inicio “El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho...”, por lo que la voz “exclusivamente” era decisiva para fundamentar las sentencias que negaban el beneficio a los vendedores comisionistas.

En efecto, el criterio judicial de la época sostenía “que el beneficio no debe ser pagado a los vendedores comisionistas porque su remuneración no se genera día a día, ya que su labor se desarrolla mediante actos sucesivos los que ‘ni indispensable ni certeramente se concluyen en un solo día’ (Corte Suprema, 20.06.2001, casación Rol N° 4913-2000)”<sup>66</sup>.

No obstante el criterio interpretativo judicial, restrictivo del beneficio en comento, hubo ocasiones donde se reconoció el beneficio a demandantes vendedores comisionistas, atendiendo a al fundamento o finalidad última del beneficio, que es cautelar el derecho irrenunciable al descanso semanal, regulado en el artículo 35 del CT. Así por ejemplo, en un fallo de casación pronunciado por la Corte Suprema, el 07/10/2004 (Rol 3307-2003<sup>67</sup>), del cual destacamos tres considerandos:

---

<sup>66</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo, p. 139. Otros fallos que consagraron la postura restrictiva, limitando el beneficio únicamente a los trabajadores remunerados por día son, no siendo aplicable para los remunerados a trato o a comisiones: 1) Corte Suprema, 01.12.1998, Rol 3324-1997, Casación Fondo laboral; 2) Corte de Apelaciones, 20.01.1998, Rol 4494-1997 Apelación laboral; 3) Corte Suprema, 31/03/1999, 918-1999, confirma Rec Protección acogido por Corte de Apelaciones de Santiago; 4) Corte Suprema, 05.07.2000, Rol 2002-2000, confirma Rec Protección acogido por Corte de Apelaciones de Santiago; 5) Corte Suprema, 20.06.2001, Rol 4913-2000, Casación Forma y Fondo Laboral, con voto en contra (en causa de numerosos demandantes contra AFP Habitat S.A); etc.

<sup>67</sup> N° Legal Publishing: 30982. Otros fallos que directa o indirectamente asumen la interpretación extensiva del beneficio, favoreciendo a vendedores comisionistas o a trato son: 1) Corte Suprema, 20.06.1996, Rol 1468-1996, confirmando fallo de Corte de Apelaciones de Talca, 22.03. 1996, Rec. Protección Rol 51907 rechazado; 2) Corte Suprema, 27.01.1999, Rol 2123-1997, Casación Fondo Laboral; 3) Corte Suprema, 25.05.2000, Rol 1555-2000, revocando fallo de Corte de Apelaciones de Valparaíso, Recurso de Protección acogido; etc.)

- “Sexto: Que, esta Corte ya ha indicado que una adecuada resolución del asunto implica atender a los objetivos que se han tenido en vista al instituirse un beneficio como el señalado y, en tal sentido, es claro que el fin inmediato de la llamada "semana corrida" es el de propender al pago o remuneración, en dinero, de los días domingo y festivos, comprendidos en un período semanal trabajado y que su finalidad última es la de cautelar el derecho al descanso semanal. En efecto, ya se ha analizado en fallos anteriores, que de las diversas disposiciones legales que reglan la materia y, en especial, de lo estatuido por el artículo 35 del Código del Trabajo, es posible concluir que el legislador laboral ha establecido en favor de todo trabajador un derecho a descanso, en forma semanal y remunerada, por los días inhábiles. Pues bien, como en principio los trabajadores remunerados por día lo son únicamente en razón de los días en que prestan servicios efectivos, significaría que, sobre la base de ese procedimiento, nunca obtendrían remuneración por los días domingo y festivos, ya que tales días son de descanso obligado y, en consecuencia, excluidos de la actividad laboral. De consiguiente, la prerrogativa que establece la ley en el citado artículo se orienta, en definitiva, a evitar que, como consecuencia del sistema de remuneraciones que se acuerde, un trabajador se vea impedido de devengar o no devengue remuneración por los días de descanso semanal.”
- “Séptimo: Que, en seguida, en el contexto de los hechos fijados y considerando especialmente las características de las labores desarrolladas por los actores, esto es, regulares, permanentes y prolongadas en el tiempo, ejecutadas en favor de un mismo empleador, dependiendo de las órdenes y cometidos de este último, conducen a sostener que, en este caso, aun cuando es cierto que el precepto en análisis alude en su texto al "trabajador remunerado exclusivamente por día", no es aceptable asumirlo en los términos restrictivos y excluyentes que se pretenden, es decir, que no abarca ni comprende a los demandantes por estar remunerados sobre la base de comisiones. No puede

ser así, puesto que la labor ejecutada por la clase de trabajadores de que se trata, se ubica necesariamente en el tiempo, lo que significa, entonces, que su remuneración se devenga, también, día a día, sobre todo si se considera que no tienen jornada establecida y que las ventas pueden ser realizadas en domingo o festivos. Más importante aún, si los trabajadores son remunerados sólo en consideración exclusiva al trabajo realizado, marginarlos del beneficio en comento supondría privarles del derecho a obtener el pago de los días domingos, festivos y de consiguiente, cercenarles su derecho al descanso.

- “Octavo: Que, en estas condiciones, sólo puede concluirse que los demandantes, como trabajadores remunerados con un porcentaje de las ventas realizadas, tienen y han tenido derecho al beneficio estatuido por el mencionado artículo 45 de nuestro Código del ramo.”

De las consideraciones que tuvo en mente el sentenciador antes señaladas, se colige que para conceder o extender el beneficio desatendiendo el tenor literal del artículo 45 del CT a trabajadores que no eran remunerados exclusivamente por día, como vendedores comisionistas remunerados al cierre de mes; el fundamento esgrimido era el descanso semanal como un derecho irrenunciable para todo trabajador.

#### 1.5.4.2 Situación posterior a la dictación de la ley N° 20.281 de 2008, que extendió expresamente el beneficio de de la semana corrida a trabajadores remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables

Luego, con la dictación de la ley N° 220.281 de 21.07.2008 -pero cuya entrada en vigencia se prorrogó hasta el 21.01.2009<sup>68</sup>-, en virtud de la cual se extiende el

---

<sup>68</sup> Ley 20.281, artículo transitorio: “ Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, sean estos individuales o producto de negociaciones colectivas, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo con cargo a los emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.



beneficio de la semana corrida a los trabajadores remunerados “por sueldo mensual y remuneraciones variables”, se sostenían demandas de vendedores comisionistas remunerados exclusivamente a comisiones, o con sueldo base inferior al ingreso mínimo remuneracional legal<sup>69</sup> y comisiones, pero el beneficio se calcula para este nuevo grupo de beneficiados en base a promedio de “la parte variable de sus remuneraciones.”(Art. 45 inciso 1° CT).

a) Criterio interpretativo de la Dirección del Trabajo

Despejada la duda interpretativa de la época anterior a la ley 20.281, en el sentido de si procedía beneficiar a trabajadores que no eran remunerados por día, la Dirección del Trabajo, en dictámenes N° 3262/066 de 05.08.2008, y luego 2213/037 de 08.06.2009 y 3724/053 de 15.09.2009, manifiesta una nueva interpretación, en el sentido de aclarar cuáles serían las remuneraciones variables que se promediarían para otorgar el beneficio a los nuevos trabajadores beneficiados.

- En dictamen N° 0110/001 de 08.01.2009 se sugiere una forma de calcular el beneficio para el nuevo sector, al señalar el órgano administrativo que:

“Ahora bien, en tal caso, el procedimiento de cálculo del promedio en análisis, sería el siguiente:

- a) Deben sumarse todas las remuneraciones variables, de carácter diario devengadas por el trabajador en el mes correspondiente y,

---

Este ajuste no podrá significar una disminución de las remuneraciones. Para estos efectos, se entenderá que hay una disminución de la remuneración cuando, una vez efectuado el ajuste, el trabajador percibiere una menor remuneración que la que habría percibido en las mismas condiciones, antes del ajuste.” Lo subrayado es nuestro.

<sup>69</sup> La citada ley 20.281, además de extender el beneficio de la semana corrida o remuneración del día de descanso semanal y festivos a los trabajadores remunerados mensualmente con remuneraciones variables, dispuso que todo trabajador que en los hechos cumple efectivamente una jornada supervisada, no obstante exista estipulación escrita que exima al trabajador del cumplimiento de aquella, debe ser remunerado con un sueldo base o estipendio fijo que no puede ser inferior al mínimo legal para fines remuneracionales que se fija generalmente todos los años en el mes de julio.

b) El resultado de dicha suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en dicho periodo mensual.”.

- En dictamen 3262/066 de 05.08.2008 se establece que las remuneraciones variables, deben entenderse al tenor del artículo 71 inciso 3° del CT, norma que a propósito del beneficio del feriado anual indica que “se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.”. Luego se señala que:

“los ejemplos propuestos por el legislador en la norma antes transcrita, autorizan para sostener que lo que caracteriza a una remuneración variable es que su pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible, lo que en definitiva implica que el monto mensual total no sea constante entre un mes y otro.

Ahora bien, las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida, deberán reunir los siguientes requisitos: 2.1 Que sea devengada diariamente, y 2.2. Que sea principal y ordinaria.”

El primer requisito se explica señalándose que “aquella que el trabajador incorpora a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual...Lo anteriormente expuesto determina que no deberán considerarse para establecer la base de cálculo del beneficio en comento, aquellas remuneraciones que aun cuando revisten la condición de variables, no se devengan diariamente en los términos antes expresados, como ocurriría, si ésta se determina mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de todos los trabajadores, como sucedería por ejemplo, en el caso de una remuneración pactada mensualmente en base a un porcentaje o comisión calculada sobre la

totalidad de los ingresos brutos de una empresa o establecimiento de ésta. Al respecto, la jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s 8695/445, de 16.12.86, 6124/139, de 24.08.90, y 2372/111, de 12.04.95 ha resuelto que no tienen derecho al beneficio de semana corrida, por no cumplirse el requisito en análisis, aquellos trabajadores que tienen pactadas comisiones mensuales en base a un porcentaje de la venta neta efectuada por el establecimiento en un determinado mes, las cuales se reparten proporcionalmente entre todos los vendedores.”.

En cuanto al requisito del carácter principal y ordinario de la remuneración variable que es base de cálculo del beneficio de la semana corrida, la entidad administrativa lo explica del siguiente modo: “aquellas que subsisten por sí mismas, independientemente de otra remuneración... no procediendo considerar para tales efectos aquellas que la ley expresamente excluye, esto es, las de carácter accesorio, las que de acuerdo a la jurisprudencia administrativa de este Servicio son aquellas incapaces de subsistir por sí mismas, que van unidas a la remuneración principal, que dependen de ella y que son anexas o secundarias. Tampoco procede incluir las remuneraciones de carácter extraordinario, definidas por este Servicio como aquellas excepcionales o infrecuentes. A mayor abundamiento, hay que tener presente que en el texto del inciso 2° del artículo 45 se excluyen del beneficio “las remuneraciones que tengan el carácter de accesorio o extraordinario, tales como gratificaciones, aguinaldos, bonificaciones u otras.”.

Finalmente, el ente administrativo concluye que “Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, es preciso señalar, que la determinación de si un estipendio de carácter variable reúne la totalidad de los señalados requisitos, deberá hacerse caso a caso, previo análisis de la respectiva estipulación contractual y/o la forma como ha sido otorgado, si no existiere acuerdo escrito al respecto.”

#### b) Realidad de la Jurisprudencia

No obstante la interpretación administrativa precedente, lo relevante es conocer el criterio de nuestros tribunales de justicia en este tópico, a contar de la ley 20.281:

- Corte Suprema, 03/11/2009, Rol 7354-2009, confirmando el rechazo de un Recurso de Protección interpuesto por entidad empleadora contra Inspección Comunal del Trabajo de Providencia. La Corte de Apelaciones no se pronuncia sobre el fondo del asunto, cual era precisar el alcance de la extensión del beneficio de la semana corrida ampliado por la ley 20.281, pero en cambio da luces sobre la impertinencia del actuar del ente administrativo. En efecto, la Corte de Apelaciones desestimó el recurso señalando “7°) *Que de otra parte debe tenerse presente que el acto administrativo objetado es susceptible de ser impugnado por otros recursos contemplados en el ordenamiento jurídico. En efecto, la resolución referida se dictó en uso de las facultades contempladas en los artículos 349 inciso 2° y 474 del Código del Trabajo, y contra ella la ley concede al afectado el derecho a pedir su modificación por la vía administrativa y judicial conforme a lo dispuesto en los artículos 474 y siguientes y 481 y 482 del Código del Ramo... En consecuencia, la situación planteada en el presente recurso se encuentra suficientemente amparada por los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que velan por su legitimidad, precaviendo cualquier clase de arbitrariedades.*” El voto en contra sostuvo: “*Que la materia discutida en este recurso, que surge de la aplicación de la multa, consiste en determinar si los trabajadores que se han individualizado en el acta de constatación de hechos, tenían o no derecho al beneficio de semana corrida, debate que como puede fácilmente advertirse, constituye una controversia que trasciende la competencia que la legislación laboral ha asignado a la institución recurrida, correspondiendo que la misma sea resuelta en un procedimiento contencioso, por los tribunales del orden laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Ramo, norma legal con arreglo a la cual corresponde a éstos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo.*”

- Corte de Apelaciones de Santiago, 25.05.2010, Rol 125-2010, ya en un escenario de Reforma Procesal Laboral, se pronuncia acogiendo un Recurso de Nulidad deducido por la entidad empleadora, Isapre Consalud S.A., demandada y condenada en primera instancia a pagar el beneficio de la semana corrida a trabajadores que se desempeñan como vendedores, en base a las comisiones por suscripción de nuevos contratos de afiliación. La Corte acoge el Recurso de Nulidad, desestimando el beneficio de la semana corrida para los trabajadores, argumentando, antes de dictar sentencia de reemplazo, que, si bien la comisión por suscripción de nuevos contratos de salud, es una remuneración variable, ésta no se devenga día a día, comisión que además, por pacto expreso de anexo de contrato de trabajo, “no corresponde a una suma porcentual fija del valor de la venta”, sino que se calcula en base a un “porcentaje de tramos que alcance el ejecutivo de ventas según el total de las ventas realizadas en forma mensual.” Luego añade: “las comisiones ya afinadas, ingresan al patrimonio en tanto se realiza el cálculo mensual del porcentaje a cancelar atento el tramo que se ubique la producción del agente de ventas. Lo anterior, guarda estricta relación en cuanto el bien –contratación de servicios– es intangible y no es asimilable a aquél bien que responde a otros procesos industriales. A continuación, en la sentencia de reemplazo señala:

*“Primero: ..La comisión por suscripción no puede ser calificada como una remuneración con carácter de naturaleza diaria, máxime el especial carácter de las funciones desplegadas por los actores; concordante, atento la forma en que se determina el pago de la comisión que responde a una suma porcentual fija del valor de la venta, calculada de conformidad a tramos que se alcanzan por los trabajadores, reforzada por el anexo del contrato respectivo de prestación de los servicios.*

*Segundo: Que, en este escenario, es dable concluir que la suscripción de los nuevos afiliados a las prestaciones de salud ofertadas por la demandada Isapre Consalud SA., responde a un proceso de venta que excede un día exigido para*

*constituirse en remuneración diaria. Por ende, la venta y su comisión, se incorpora al patrimonio del trabajador al término del proceso administrativo consecucional, oportunidad en que se materializa el cálculo mensual del porcentaje a cancelar según sea el tramo a que se ha hecho referencia en relación a la producción del agente de ventas.*

*Tercero: Que, consecucionalmente, los trabajadores demandantes no son acreedores al beneficio de la semana corrida sobre sus remuneraciones variables; es decir, la sola suscripción no genera una remuneración que se devengue día a día significando con ello la existencia de un procedimiento de venta.”*

De lo anterior, es dable concluir que a criterio de la Corte en esta oportunidad, fue estimar que las ventas de bienes intangibles, son actos complejos, un proceso de varias etapas, que difícilmente se ejecutan en un día calendario, por lo que dicha realidad alejaría a los vendedores de esos servicios del beneficio de la semana corrida. Esta interpretación le coloca como condición de procedencia al beneficio de la semana corrida ampliado por la ley N° 20.281 para trabajadores que reciban remuneración variable, que ésta se devengue diariamente, requisito que no se menciona expresamente en el nuevo artículo 45 del CT, toda vez que en dicha norma se añade la frase “Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, “

Interesante resulta comprobar que a partir de 2011, litigantes en juicios donde se discute el alcance de la ley 20.281, recurren de Unificación de Jurisprudencia, recurso incorporado por la Reforma Procesal Laboral:

- Corte Suprema, Recurso Unificación acogido , de 25/03/2011, Rol 6101-2010, en el que se unifica con criterio de sentencia anterior expedida en la causa Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 267–2010<sup>70</sup>, de fecha uno de

---

<sup>70</sup> Cabe señalar que ya en la contestación de la demanda, AFP Provida solicita su rechazo, pidiendo se considere la “jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillan, Rol N° 392009, de seis de

junio de 2010; lo cual provoca la revocación de la sentencia de instancia que reconocía el beneficio de remuneración por los días de descanso semanal (semana corrida) a los demandantes, trabajadores comisionistas de AFP Provida, aunando criterio con fallo anterior, que exige como requisito para dicho beneficio, que la remuneración variable del trabajador beneficiado sea diaria. En efecto, se señaló en la sentencia de reemplazo que:

*“Segundo: Que la controversia de derecho planteada en esta causa hace necesario dilucidar si la extensión del beneficio de semana corrida incorporado en el texto del inciso primero artículo 45 del Código del Trabajo por la ley Nº 20.281 –alcanzando a quienes estén afectos al sistema mixto de remuneración integrado ahora por un sueldo mensual como componente fijo y además con un componente variable, en la especie, pago de comisiones–, supone o no como requisito habilitante que tales remuneraciones variables se devenguen por día, o, si por el contrario, se puede acceder al mismo al margen de la unidad de tiempo en que tales estipendios se incorporan al patrimonio del trabajador.*

- *Quinto: ...Lo nuevo que incorpora al texto la ley Nº 20.281, es la posibilidad de generarse el beneficio no obstante que el componente fijo de tal remuneración mixta, sea mensual. Este elemento excepcional en el esquema de la semana corrida, que significó la flexibilización del componente fijo de la remuneración mixta, incorporando el sueldo mensual debió consagrarse así expresamente. Sin embargo, se añadió de inmediato que el cálculo del beneficio se llevaría a cabo "sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones" toda vez que este componente es el que mantiene el espíritu y fisonomía de la semana corrida y, a su respecto no se innova, ni se estima necesario precisar una determinada unidad de tiempo para su devengamiento, porque es de la esencia*

---

mayo de 2009, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en Recurso de Protección Rol 469–2009 de 4 de noviembre de 2009, y sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, de fecha 02 de octubre de 2009, en causa Rit O–79–2009.”.

*de la institución que el estipendio sea devengado día a día... En relación a este punto, y en armonía con la naturaleza y esencia de la semana corrida la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen 3262/066, de 5 de agosto de 2008 –entre otros expedidos en el mismo sentido– expresó que si bien la modificación que la ley N° 20.281 de 21 de julio de 2008 introdujo al artículo 45 del Código del Trabajo significó extender el beneficio de semana corrida a los trabajadores con la remuneración mixta que allí se menciona, no pretendió en caso alguno modificar o aumentar la base de cálculo de este beneficio. Se especificó además que las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida deberán reunir los requisitos de: ser devengadas diariamente y además tener el carácter de principal y ordinaria.”*

- Corte Suprema, 27.01.2011, Rol 6019 de 2010, Recurso de Unificación acogido en causa Ana María Gómez Vega con AFP Capital S.A. Se hace la siguiente consideración de la sentencia de reemplazo:

*“Quinto: ...Sin embargo, se añadió de inmediato que el cálculo del beneficio se llevaría a cabo “sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones toda vez que este componente es el que mantiene el espíritu y fisonomía de la semana corrida y, a su respecto no se innova, ni se estima necesario precisar una determinada unidad de tiempo para su devengamiento, porque es de la esencia de la institución que el estipendio sea devengado día a día. Siendo este último, el único elemento de la remuneración que se mantiene inalterable, –en cuanto se incorpora por cada día al patrimonio del trabajador– es evidente que el cálculo total del beneficio debe hacerse sólo en base al promedio que se obtenga a su respecto. En relación a este punto, y en armonía con la naturaleza y esencia de la semana corrida la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen 3262/066, de 5 de agosto de 2008 –entre otros expedidos en el mismo sentido– expresó que si bien la modificación que la ley N° 20.281 de 21 de julio de 2008 introdujo al artículo 45 del Código del Trabajo significó extender el beneficio de semana corrida a los trabajadores con la remuneración mixta que allí se menciona, no pretendió en caso alguno modificar o aumentar la base de cálculo de este beneficio. Se especificó además que las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida deberán reunir los requisitos de: ser*



*devengadas diariamente y además tener el carácter de principal y ordinaria.*

De los dos recursos de Unificación de Jurisprudencia antes expuestos, se concluye que el criterio de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, presidida por Patricio Valdés A., es, en este punto, curiosamente similar al del intérprete administrativo, no obstante antes de la dictación de la ley N° 20.281, fue de abierta contradicción. En definitiva, las comisiones del vendedor deberán ser devengadas diariamente para poder gozar de la remuneración por los días de descanso, calculada en base al promedio semanal (o mensual) de dichas comisiones, en cuanto remuneraciones variables diarias.

#### 1.5.4.3 En cuanto a la necesidad de acreditar la existencia de la relación laboral para distinguir entre un servicio civil o comercial y uno laboral propiamente tal

En ciertas ocasiones, demandan personas que se desempeñan como vendedores comisionistas, pero sin un vínculo reconocido expresamente como laboral por la contraparte, por lo que nuestros tribunales se pronuncian primeramente en torno a los hechos que probarían la existencia de un vínculo laboral del vendedor comisionista con el demandado, lo cual no necesariamente pasa por acompañar en juicio un contrato de trabajo escrito, sino más bien se requiere probar la existencia de los elementos de dicho vínculo, lo cual equivale a un reconocimiento de la teoría de la relación laboral como una realidad que existe por los elementos que la componen.

En este sentido, citamos los siguientes fallos:

- Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, 27/12/2007, Rol 598-2007 (N° Legal Publishing: 38016), en el cual se establece que “sabido es que el contrato de trabajo es consensual, es decir, se perfecciona por el sólo consentimiento de ambas partes, exigiéndose su escrituración sólo como vía de prueba. El artículo 8° del Código del Trabajo dispone que toda prestación de servicios que una persona efectúa para otra bajo su dependencia y subordinación, a cambio de una remuneración determinada, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”. Luego afirma que “la relación laboral nace a la vida jurídica cuando se

reúnen los elementos que la configuran, independientemente de la calificación que puedan darle ambas partes o una de ella, para concluir que “resulta indispensable para estar frente a una relación laboral que ésta presente cierta continuidad en el tiempo, que permita la subordinación o dependencia respecto de quien asume el riesgo de la empresa cometida.”

A continuación, y por tratarse de la demanda de un trabajador que en los hechos se desempeñaba como vendedor, el tribunal aclara que “...del contexto de la ley laboral se desprende que la actividad de vendedor comisionista no exime de por sí la calidad de dependiente de quien la ejecuta. El artículo 22 del Código del Trabajo expresamente indica que quedan excluidos de la limitación de jornada de trabajo los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento. Es decir, les confiere la calidad de trabajadores sujetos a una relación laboral, aun cuando no a una limitación de jornada.”, lo que en definitiva es confirmar la naturaleza laboral del servicio prestado por vendedores comisionistas, no obstante estén exonerados de la limitación de jornada, en los términos establecidos en el artículo 22 inciso 2° del CT.

- Sentencia Corte Suprema, 19/12/2002, 3871-2002 (N° Legal Publishing: 29247): en dicha ocasión, el tribunal desestimó la demanda de un vendedor comisionista, por no poder probarse en el proceso los elementos de la relación laboral. En efecto, se sentenció: “... de la copiosa documentación acompañada por la demandante, ponderada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no es posible presumir la existencia de ninguno de los elementos propios de la relación jurídica de naturaleza laboral, en orden a que la actora haya prestado servicios personales y continuos bajo subordinación y dependencia de Turismo Latrach Limitada, toda vez que la relación existente entre las partes carecía de las manifestaciones propias del requisito de subordinación y dependencia como son: la obligación de asistencia, el cumplimiento de un horario determinado y la supervigilancia del jefe o empleador en el desempeño de sus funciones, la subordinación a instrucciones

y controles de diversa índole que se traduce en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartiendo órdenes e instrucciones y éste de obedecerlas y acatarlas, y menos aún por la continuidad de los servicios prestados.”Luego señala que “los servicios prestados por la actora inequívocamente eran independientes y a honorarios y como la propia actora reconoce en la demanda...” para finalmente concluir que “no hubo una relación jurídico laboral propiamente tal entre las partes, sino una prestación de servicios a honorarios...”.

- Corte de Apelaciones de Talca, 27.06.2001, Rol 1397 (N° Legal Publishing 19215) : Confirma fallo de primera instancia, en cuyo considerando undécimo se dispuso: “Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que los hechos acreditados, por una parte, la obligación de rendir cuentas de su gestión que pesaba sobre el actor y, por la otra, el efectuar las ventas por cuenta y riesgo de la demandada, son elementos de la esencia de un mandato civil o comercial, lo que en modo alguno se condice con las características propias de un contrato de trabajo.”
- Corte Suprema, 12/08/1998, 2424-1998 (N° Legal Publishing 15434): confirma fallo de segunda instancia, en cuyo considerando cuarto se establece la idea de que la inexistencia de un contrato de trabajo escrito no obsta a la existencia de un vínculo laboral: “se desprende de lo relacionado que los servicios prestados por los demandantes, fueron de naturaleza laboral y el hecho de que sólo aparezca justificado mediante contrato escrito de trabajo una parte del tiempo servido, no desvirtúa el hecho que el período anterior y posterior a los contratos no tuviera el mismo carácter.”

## **1.5.5 Las comisiones en la contratación de agentes o ejecutivos de ventas**

### **1.5.1.1 Ejecutivo de cuenta corriente bancaria, con remuneraciones variables**

Es común que en la actualidad los ejecutivos de cuenta corriente sean contratados directamente para un banco comercial, a fin de cumplir una variada gama de actividades y funciones , dentro de la idea de servicios, percibiendo a cambio tanto remuneración fija (sueldo base) como variables.

Teniendo a la vista contrato de trabajo de un “ejecutivo de negocios nova”, suscrito en noviembre de 2010, unido a dos anexos de dicho contrato, tenemos que el sueldo base mensual experimentará reajustes dos veces al año, en los meses de enero y julio, según variación del IPC acumulada a dichos momentos. Este sueldo base no debe entenderse ligado a la idea de jornada del nuevo artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, modificado por la ley N° 20.281 de 2008, toda vez que en el contrato se pacta la exención de limitación de jornada, conforme al inciso 2° del artículo 22 del CT “por la naturaleza de sus funciones”.

En anexo de contrato de trabajo se regula con detalle lo concerniente a las “remuneraciones variables que tendrá derecho a percibir el trabajador”. Dicha remuneración será “variable mensual determinada sobre la base de metas y tablas de cumplimiento” de metas “establecidas en la presente cláusula. De esta manera, la remuneración variable será equivalente a un monto mensual el cual será determinado según el cumplimiento de las metas de productividad y riesgo”

Así, existen dos tipos de metas, la de productividad y la de riesgo, denominada “calidad de cartera”. Cada una de estas metas a cumplir mensualmente, son comunicadas al trabajador “durante los tres primeros días hábiles de cada mes”.

- La meta de productividad considera el número de operaciones de colocación (venta de productos bancarios) “evaluadas por el trabajador y efectivamente otorgadas por el banco en el mes correspondiente” unido al monto de dichas operaciones.
- La meta calidad de cartera, o de riesgo, “será medida como la provisión de mora mensual de la cartera gestionada por el trabajador...”

El nivel de cumplimiento por el trabajador de cada una de estas dos metas dentro de un mes, se expresa en un porcentaje de logro, que se organiza en una escala cuyo mínimo es el 50% y su tope el 130%, dividida en tramos progresivos de 5%. Para cada tramo de porcentaje de cumplimiento de la meta de producción y de riesgo (calidad de cartera) corresponde un determinado monto en pesos de remuneración variable. La relación entre el porcentaje de cumplimiento de metas y la correspondiente remuneración variable conforma la denominada “Tabla de Cumplimiento de meta”

Para acceder a dichas remuneraciones variables, el trabajador debe “tener un cumplimiento mensual igual o superior al 50%”.

Finalmente, cabe destacar que en la cláusula cuarta del anexo de contrato, se resuelve anticipadamente el debatido beneficio de la semana corrida o remuneración por los días de descanso semanal, al estipularse que “determinado el monto de remuneración variable que resulte de las Tablas de Cumplimiento antes indicadas se pagará el beneficio de la semana corrida, en virtud de las disposiciones del Código del Trabajo y sus modificaciones legales.”.

#### 1.5.1.2 Agente de ventas o vendedor comisionista dependiente para Corredor de reaseguros

Contrato suscrito en enero de 2011, en el cual se establece limitación y cumplimiento de jornada, lo cual garantiza remuneración del tipo sueldo base no inferior al mínimo legal (ley N° 20.281).

Se pacta además la percepción de gratificación legal del artículo 50 del CT y pago de las horas extraordinarias con el recargo legal (art. 32 inc. 3° CT). No se concede remuneración variable de ningún tipo.

#### 1.5.1.3 Agente de ventas independiente para Compañía de seguros

Contrato suscrito en septiembre de 2008 para compañía de seguros de vida (“segundo grupo”).

Se estipula que la función del agente es “dedicarse a la comercialización o venta de seguros de vida” “dentro de sus propias disponibilidades de tiempo” “por cuenta de la Compañía”, por lo que el agente se obliga “sin que ello importe vínculo de subordinación o dependencia de especie alguna con la Compañía”.

En cuanto a la remuneración, se especifica que la Compañía pagara al agente un “honorario bruto y total que cubrirá y solucionará toda y cualquier retribución...corresponderá a una comisión por la efectiva colocación de los contratos de seguro de vida por parte del agente” y también “por cada póliza... mantenida por el agente.”. En suma, se trata de una comisión por venta y otra por mantención de seguros de Vida individual, Accidentes personales (tanto individual como plan familiar).

La comisión, se especifica por tipo de contrato y se traduce en un porcentaje sobre el valor de la prima básica de cada seguro, expresado en UF, neta de impuestos (líquida o sin los recargos tributarios que correspondan) para el primer mes, por la colocación del seguro y, para el segundo y tercer mes, a título de comisión por mantención del cliente asegurado.

Adicionalmente se concede el pago, por una sola vez, de un bono por “sometimiento” de seguros de “Protección Temporal”, “cuyo monto bruto dependerá del número de pólizas” sometidas.

Cabe señalar que el pago de la prima queda condicionado al evento del cumplimiento del asegurado, al señalarse que “el pago de las comisiones se realizará una vez que se hayan recepcionado los fondos correspondientes a la prima del respectivo seguro, se haya emitido la póliza correspondiente, y previa recepción, por parte de la Compañía, del formulario de recepción de pólizas...”

Se define “colocación” como el “conjunto de actividades que realiza el Agente de Seguros desde que somete a la compañía los antecedentes del solicitante o propuesto asegurado hasta que se emite y entrega el original de la póliza del contratante.”

Se define “sometimiento” como “la presentación a la compañía de la propuesta o solicitud de seguro..., acompañando la documentación pertinente.

#### 1.5.1.4 Vendedor comisionista independiente de productos tangibles para Empresa del ramo

Se suscribe en 2011, para que el vendedor preste servicios de venta de mercaderías en forma independiente para una empresa, dentro de una zona asignada, con prohibición expresa de vender o promover mercaderías del mismo rubro que las de la empresa para la cual presta los servicios.

Se le pagan honorarios por cumplimiento de meta, consistente en un monto mínimo promedio de un período de dos o más meses, calculada sobre la venta neta, sin recargos tributarios.

La empresa proporcionará al vendedor las listas de clientes de la zona asignada y se le hace responsable por el riesgo de insolvencia o morosidad de los clientes.

#### 1.5.1.5 Promotor y vendedor comisionista dependiente de productos tangibles para Empresa del ramo

Se obliga a prestar servicios de promoción y “eventualmente venta de los productos de la empresa...”. con limitación de jornada.

La remuneración comprende sueldo base y comisión expresada como un porcentaje único sobre venta mensual neta.

## **CAPÍTULO II**

### **DEL LUCRO CESANTE EN GENERAL**

#### **2.1 Contexto de lucro cesante en cuanto especie de daño civil**

El lucro cesante, como entidad perteneciente al ámbito de la responsabilidad civil, se sitúa dentro de una noción mayor, cual es el daño patrimonial, y éste a su vez figura, junto al daño extrapatrimonial o moral, como una de las variantes del daño civil, por lo que a continuación abordaremos este último, el cual es el eje de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

##### **2.1.1 Primer concepto preliminar: daño civil**

El daño, junto a la conducta de infracción o incumplimiento de un deber contractual o general de cuidado<sup>71</sup> cometido por un tercero y la relación o nexo causal entre los dos anteriores: es uno de los elementos o presupuestos de la responsabilidad civil.

El daño ha sido sindicado por autores contemporáneos como el elemento esencial o eje de la responsabilidad civil y denominador común tanto contractual como extracontractual: “sin daño no hay responsabilidad civil”<sup>72</sup>. El daño puede definirse, en términos generales, como “la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación

---

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ GREZ habla de deber legal general de conducta consistente en “no causar daño a nadie” en su obra Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p.11

<sup>72</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile; 2007, p. 15



antes...<sup>73</sup> del incumplimiento contractual o hecho ilícito y después de ocurrido éste o aquél.

A continuación, pasamos a reproducir algunos conceptos de doctrina nacional en torno al daño civil, advirtiendo que, la mayoría de ellas lo estima como “*lesión a un interés, sin necesidad que afecte a un derecho subjetivo en sentido estricto*”<sup>74</sup>:

1. ALESSANDRI RODRIGUEZ: daño es “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”<sup>75</sup>.
2. DOMÍNGUEZ ÁGUILA: “(...) el daño implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión a un interés, presente o futuro... equivale a menoscabo, disminución, detrimento.”<sup>76</sup>.
3. DIEZ SCHWERTER: lo define como “*toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima...*”<sup>77</sup>. El autor recalca que la lesión a un interés es la posición mayoritaria, en tanto que la lesión a un derecho subjetivo es la posición minoritaria.

---

<sup>73</sup> En base al concepto de daño extracontractual formulado por PEIRANO FACIO, J. en su obra Responsabilidad extracontractual, citado a su vez por DÍEZ SCHWERTER, José Luis. El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 24. (Nota pie N° 30).

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 220 -221.

<sup>75</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (reimpresión 2009), p. 213.

<sup>76</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. En Revista de Derecho Universidad de Concepción, 188:125-168, julio -diciembre 1990. El autor sigue en la última frase a ZANNONI, E. El daño en la responsabilidad civil. ed. n° 6, 2ª ed. Buenos Aires, 1987, p. 21.

<sup>77</sup> DÍEZ SCHWERTER, José Luis. El Daño Extracontractual. Op. cit., p. 25.

4. RODRÍGUEZ GREZ: En la mirada este autor, para conceptualizar el daño, hay que distinguir entre lo contractual y lo extracontractual, por lo que no existe un concepto único aplicable y común a ambos ámbitos, puesto que el daño contractual es más restringido y “aparece circunscrito en la ley al menoscabo efectivo experimentado por el patrimonio del acreedor (daño emergente), a las ganancias y utilidades que pudieron devengarse en su favor (lucro cesante) y que causalmente el incumplimiento no hizo posible obtener y ... el menoscabo extrapatrimonial o moral que, en ciertos casos, se sigue del incumplimiento.”<sup>78</sup>, afirmando el autor que “El daño en materia contractual (relevante para los efectos de la reparación indemnizatoria) puede conceptualizarse diciendo que es el menoscabo o detrimento real o virtual que experimenta el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato e inejecución de la prestación convenida.”<sup>79</sup>. El daño en el plano extracontractual, a juicio del jurista, no tiene un concepto unánime en la doctrina, toda vez que “los autores disienten en el objeto sobre el cual debe recaer...”<sup>80</sup>, definiéndolo como “la lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico.”<sup>81</sup>, aclarando que “así dicho interés , atendido su reconocimiento y amparo jurídico, represente o no un derecho subjetivo.”<sup>82</sup>.

5. BARROS BOURIE: observa en torno al concepto general de daño que, “El Código Civil no tiene una definición general... En materia de responsabilidad

---

<sup>78</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003; p.215. Cabe señalar que el autor no es partidario de reconocer la posibilidad del resarcimiento moral derivado del incumplimiento contractual en términos amplios.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 216.

<sup>80</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 259.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p.260.

contractual, se limita a clasificar los daños patrimoniales (artículo 1556); en el título de los delitos y cuasidelitos, se hace referencia simplemente al ‘daño’.<sup>83</sup> El autor destaca el denominador común aportado por la comunidad dogmática, cual es “la *lesión a un interés*”<sup>84</sup>.

Por su parte, una definición de síntesis emanada de nuestros Tribunales de Justicia es la siguiente: “todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o de la situación de hecho en que ésta se encuentre.”<sup>85</sup> Otra definición de tribunales de justicia señala que el daño es “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial.”<sup>86</sup>

#### 2.1.1.1 El daño civil y su alcance en materia contractual y extracontractual

El concepto de daño civil, más allá de sus clasificaciones de naturaleza, a juicio de RODRÍGUEZ GREZ ofrece diverso alcance tratándose de la responsabilidad contractual y aquiliana. A juicio del autor, en lo contractual “el daño está delimitado por la “prestación”<sup>87</sup>, mientras que en lo extracontractual “imperla el principio de la reparación integral del daño”;<sup>88</sup>, con lo cual la frontera de las pretensiones reparatorias sería mayor en la última, sin perjuicio de que en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se estima que el daño moral no se considera excluido en la responsabilidad contractual, por lo que debe entenderse que la prestación debida que

---

<sup>83</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 220.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 221.

<sup>85</sup> DÍEZ SCHWERTER, José Luis. El Daño Extracontractual. Op. cit., p. 23.

<sup>86</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 221. El autor la recoge una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 03 de junio de 1973, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXX, sec.4ª, p. 65, dentro de la cual se cita a su vez a los hermanos MAZEAUD.

<sup>87</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p.8.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

se incumple por el deudor y contratante puede generar tanto responsabilidad patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como daño moral al acreedor que con el incumplimiento sufre el perjuicio.

### **2.1.2 Segundo nivel de conceptos preliminares: daño patrimonial y daño moral**

El daño admite, tanto el plano contractual como extracontractual, dos categorías o especies tipificadas legalmente en el artículo 1.556 del Código Civil, a saber, daño patrimonial (o material) y moral (o extrapatrimonial). Con esto adherimos a la tesis doctrinaria y a la actual postura de nuestros tribunales, en atención a aceptar la presencia y reparación del daño moral en el plano de las obligaciones contractuales, superándose así la primera etapa que asocia dicho daño únicamente al ámbito de los ilícitos civiles, en base a una interpretación literal restrictiva del artículo 1.556 del Código Civil, la cual se abandona gradualmente por nuestros a partir de mediados del siglo pasado<sup>89</sup>.

#### **2.1.2.1 Daño moral**

El daño moral no tiene en nuestro sistema de derecho civil una definición legal positiva. No obstante se acepta su reparación, en base a la voz “daño” utilizada por el codificador civil en los artículos 2.314<sup>90</sup> y 2.329<sup>91</sup>.

#### **a) Concepto doctrinario**

---

<sup>89</sup> Al respecto resulta ilustrativo el artículo de DOMÍNGUEZ ÁGUILA. Ramón. Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación. En Revista de Derecho Universidad de Concepción, 196:155-160, julio –diciembre 1994.

<sup>90</sup> Código Civil chileno, cuyo Artículo 2.314, dispone: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

<sup>91</sup> Código Civil chileno, artículo 2.329, señala: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (...).”

La doctrina nacional ofrece las siguientes definiciones:

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ: adhiere a la noción tradicional canónica de *pretium doloris*, cuando define el daño moral como la “molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos, afectos creencias o afectos.”<sup>92</sup>.
2. BARROS BOURIE: “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo que se sufre en la persona o bienes, o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales.”<sup>93</sup>.
3. DOMÍNGUEZ ÁGUILA: el autor insinúa un concepto tradicional sinónimo de sufrimiento causado por la lesión a un interés lícito y no sólo a un derecho subjetivo o interés legal, al afirmar que “no existen categorías o especies de daño morales, de modo que éste consiste, en la generalidad de los casos en el *pretium doloris*, ‘en el dolor, sufrimiento y molestias sufridas con ocasión de las lesiones sufridas’. Pero no se conoce otras categorías de daño morales... no hay sino apreciación global de lo que se entiende por *pretium doloris*.”<sup>94</sup>.
4. DOMÍNGUEZ HIDALGO: adhiere a noción expansiva al expresar que “...el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial

---

<sup>92</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Civil en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (reimpresión 2009); p. 220.

<sup>93</sup> BARROS, op. cit. p. 294.

<sup>94</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. En Revista de Derecho Universidad de Concepción, 188 :125-168, julio –diciembre 1990; pp. 154, 155 y 156.

que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo”<sup>95</sup>.

5. DÍEZ SCHWERTER: adopta un criterio amplio al sostener que “el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda... Ello por cuanto nuestra legislación civil no impuso ninguna exigencia específica a la idea de perjuicio moral que la aleje de la noción genérica de daño, entendido como lesión a un interés....adoptando este criterio (y no sólo el *pretium doloris* es perfectamente posible reparar todas las categorías o especies de perjuicios morales”<sup>96</sup>.
6. FUEYO LANERI: “es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”<sup>97</sup>.
7. RODRÍGUEZ GREZ: lo entiende en sentido restrictivo, al afirmar que es “la lesión a un derecho subjetivo...”<sup>98</sup>.

b) Carácter difuso del daño moral y los intereses cuya vulneración abarca

---

<sup>95</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. El Daño Moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2002, p. 84.

<sup>96</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 88.

<sup>97</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Ed. Jurídica de Chile, 1990; pp. 68 y 69.

<sup>98</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 309.

En la actualidad, autores como DOMÍNGUEZ ÁGUILA o BARROS BOURIE advierten la difusión del concepto de daño moral. El primer autor adopta una postura crítica frente a esta difusión y señala: “Que el daño moral sea un perjuicio reparable es una conclusión que ya no discute. Ya no es tema importante debatir los fundamentos de su indemnización; pero sí lo es criticar los excesos a que con ella se ha llegado, porque el alcance que se atribuye al concepto de daños morales es cada vez mayor...la noción de daño moral es extremadamente difusa, debido a que, por una doctrina jurisprudencial firmemente establecida, en esta materia el juez goza de las más amplias atribuciones fijándolos de acuerdo a su prudencia, sin que exista ninguna regla que permita fijar ciertas normas generales para establecer su *quantum*”<sup>99</sup>; aclarando que es un error asimilar el concepto de daño moral a la lesión de bienes extrapatrimoniales y advirtiendo que la falta de reglas para la determinación de su indemnización genera a nivel judicial para casos parecidos “una disparidad de montos que no resulta justificada.”<sup>100</sup>. BARROS BOURIE advierte la difusión señalando: “Más impreciso es el concepto de *daños no patrimoniales*, que el uso ha subsumido bajo la denominación común de *daño moral*. Lo cierto es que el término ‘daño moral’ tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que se hace referencia. En efecto, la idea de un daño ‘moral’ alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero solo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida... Tradicionalmente, la doctrina ha concebido el daño moral en términos amplios, de modo que comprende todos los intereses no patrimoniales que puedan verse afectados por el hecho de un tercero...La jurisprudencia ha reiterado estas ideas en diversas formulaciones que expresan la amplitud de su protección.”<sup>101</sup>. Por su parte, DOMINGUEZ HIDALGO ha emitido lo siguiente: “La propia expresión “daño moral” es un concepto jurídico que no delimita concretamente un significado

---

<sup>99</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista . En Revista de Derecho Universidad de Concepción, 188 :125-168, julio –diciembre 1990; pp. 154, 155 y 156.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 157

<sup>101</sup> BARROS, *op. cit.* p. 231. El subrayado es nuestro.

particular. Resalta más bien la heterogeneidad de multiplicidad de supuestos o hipótesis de daños, los que por otro lado tienen la característica de irse renovando constantemente<sup>102</sup>, añadiendo que “estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma “física o psíquica”, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerando como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales”<sup>103</sup>.

La doctrina en la actualidad trata de sindicar cuáles serían los intereses cuya vulneración causaría la obligación de reparar el daño moral, no habiendo un consenso generalizado. Por otro lado, algunos abogan por el estableciendo de parámetro objetivos legales que permitan establecer el monto a reparar. A modo de síntesis, los intereses cuya vulneración son la causa de pedir indemnización por el daño moral asociado a dicha vulneración serían:

1. El *pretium doloris*, equivalente al dolor o sufrimiento por lesiones de derechos de la personalidad tanto de personas naturales como jurídicas.
2. Integridad fisiológica o estética y la vida.
3. Condiciones o estatus de vida y confort habitual.
4. Daños moral sufrido por repercusión o rebote a terceros ligados afectivamente con el sujeto directamente dañado.

c) Daño moral derivado del daño corporal v/s daño moral a causa de lesiones a derechos de la personalidad

Como un esfuerzo por dar consistencia al actual concepto de daño moral, resulta útil y aclaradora la categorización empleada por BARROS BOURIE, quien considera

---

<sup>102</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. El Daño Moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2002, pp. 83 y 84.

<sup>103</sup> *Ibíd.*



las complejidades de la actualidad. El autor distingue dos grandes tipos de daño moral:

- El causado por el daño corporal. El autor en comentario hace una nueva distinción: el daño moral como sufrimiento a causa de la lesión corporal, por un lado y, por otro, el denominado “perjuicio de agrado” o pérdida de oportunidades de vida<sup>104</sup>, siendo este último daño moral análogo a la pérdida de oportunidades económicas o ventajas y lucro cesante en el terreno del daño patrimonial futuro.
- El derivado de las lesiones a derechos de la personalidad, siendo estos últimos equivalentes a garantías constitucionales, lo cual se explica por el fenómeno de la constitucionalización del derecho chileno.

d) El daño moral en nuestra jurisprudencia actual procede tanto para para el ámbito de la responsabilidad extracontractual como la contractual

Según lo anunciamos al inicio de este punto, para nuestros tribunales, desde la década pasada han establecido que el daño moral es una entidad que tiene cabida no sólo en la responsabilidad aquiliana, sino también en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Es por eso que entregaremos algunos fallos de nuestros tribunales en materia laboral en el cual hace referencia al daño moral situación novedosa y actual en nuestra jurisprudencia.

En un fallo de la Corte Suprema de 11 de abril de 2007, se expresa esta postura de la siguiente manera: “El artículo 1.556... No limita la reparación en materia contractual al daño emergente y al lucro cesante, desde que no excluye el daño moral” (considerando primero), añadiendo que “En el ámbito contractual se consideró que la indemnización por daños extrapatrimoniales no era procedente ni aceptable y ello porque se entendió que el texto del citado artículo 1.556 se refería únicamente a daños patrimoniales. No obstante lo anterior, este criterio de marco rígido se ha ido batiendo

---

<sup>104</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., pp. 319, 321, 323, 329 y ss. .

en retirada y una reinterpretación de las normas que regulan la materia ha permitido que tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia reciente afirmen que la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual no sólo comprende o abarca los rubros de daño emergente y lucro cesante y que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos.”<sup>105</sup>.

e) El daño moral en materia contractual es subsumible dentro del concepto de daño emergente

Asimilar el daño moral al daño patrimonial emergente nos hace reflexionar acerca de una teoría unitaria del daño. A continuación transcribimos algunos pasajes de fallos que se pronuncian en este sentido:

- “... el concepto de daño emergente que emplea la norma del artículo 1.556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral...” (Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, Rol 4.035-2001)<sup>106</sup>.
- “ el concepto de daño emergente que emplea la norma del artículo 1.556 del Código Civil, comprende no solamente el pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral, ya que la voz que emplea la disposición corresponde según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española a todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; y a toda privación de bienes materiales e inmateriales o morales; esto es, el citado artículo no excluye la

---

<sup>105</sup> PUNTOLEX S.A. Jurisprudencia daño moral. Santiago, 2007; p. 77 y 80. Rol 3291-2005. Otro fallos en análogo sentido interpretativos son: 1.- Fallo de Casación de 03.09.2002 Corte Suprema, Rol 4.035-0 (considerando 7°), el cual cita otros dos fallos de 1951 y 1954, también de la Corte Suprema; y 2.- Corte de Apelaciones de Santiago, de 30.01.2006, Rol N° 4936-2000 (considerando 7°).

<sup>106</sup> PUNTOLEX S.A. Jurisprudencia daño moral. Santiago, 2007; p. 93.

consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales.” (Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de noviembre de 2005, rol 893-2005)<sup>107</sup>.

- “En realidad, el artículo precitado no refuta la existencia del daño moral, el que puede entenderse comprendido en el concepto de daño emergente, lo que resulta proactivo con las demás disposiciones del mismo cuerpo legal que estatuyen el deber reparatorio integral, o al menos, no lo excluye, lo que en la esfera del Derecho Civil es suficiente , sobre todo si actualmente rigen preceptos constitucionales que instan a la reparación integral del daño inferido a los derechos fundamentales (integridad síquica y protección de la vida privada) de la persona afectada.” (Corte de Apelaciones de Rancagua, 18 de abril de 2006, Rol 1.181-2005)<sup>108</sup>.

#### 2.1.2.2 Daño patrimonial. Concepto doctrinario actual

Así como las voces daño y daño moral son empleadas por nuestro codificador civil, sin tener una definición legal, el término daño patrimonial no tiene una acepción positiva, aunque a diferencia del daño moral, el daño material o patrimonial “lo reglamenta con acuciosidad la ley.”<sup>109</sup>.

Destacamos lo comentado por BARROS BOURIE, quien afirma que daños patrimoniales son “...aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución de un activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir; o por cualquiera pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*, p. 116.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>109</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. El daño .... *Op. cit.*, p. 77.

con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral.”<sup>110</sup>. El autor añade que “los daños patrimoniales tienen la ventaja de ser avaluable en dinero de acuerdo a criterios económicos que garantizan una cierta equivalencia entre el daño sufrido y su reparación. Por su naturaleza, tienen un valor de mercado: se trata de ventajas económicas que no se van a obtener, que constituyen un lucro cesante, o de gastos o pérdidas de valor de bienes, que dan lugar a daño emergente. Lo común es que pueden ser valorados en dinero porque se refieren a bienes comerciables.”<sup>111</sup>.

Por su parte, RODRÍGUEZ GREZ se acerca al concepto de daño patrimonial al sostener “Si la lesión afecta a un derecho o interés susceptible de evaluarse en dinero, el perjuicio es patrimonial (puesto que menoscaba el activo del patrimonio al desvalorizar uno de los intereses y derechos que lo integran).”<sup>112</sup>. Luego el autor enriquece el concepto al señalar que “el daño material supone un empobrecimiento, merma o disminución del patrimonio, así éste sea actual o futuro...habrá un daño material cada vez que se produzca la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter patrimonial. Esta lesión implicará un empobrecimiento susceptible de evaluarse en dinero y, por lo mismo, susceptible de resarcirse en dinero. El daño material puede recaer, indistintamente, en la persona o en sus cosas o bienes. La ley no distingue ambos tipos, quedando todos ellos comprendidos en el ámbito de los daños materiales... El daño material-que lesiona un derecho o un interés patrimonial- puede ser de dos clases: daño emergente y lucro cesante.”<sup>113</sup>.

Por su parte, para DIEZ SCHERTER, quien entiende la voz daño como sinónima de la lesión a un interés (y no sólo a un derecho) afirma que “habrá daño patrimonial o material cuando se lesionan intereses patrimoniales... entendiendo por intereses

---

<sup>110</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 231. El autor da la siguiente referencia al pie: “Digesto 46.8.13 (Paulus), destacando su pervivencia en la Edad Media y en la codificación posterior.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 233

<sup>112</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Santiago. Op. cit., p. 225.

<sup>113</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., pp. 289 y 290.

patrimoniales aquellos que recaen sobre el patrimonio, como conjunto de bienes de la persona que entra en la evaluación comparativa dineraria, de modo de permitir el reemplazo monetario equivalente para cubrir el menoscabo.”<sup>114</sup>.

### 2.1.2.3 Principio de reparación integral del daño patrimonial. Reparación equitativa del daño moral

La reparación íntegra del daño causado con ocasión de una infracción contractual o extracontractual constituye un principio rector en materia de responsabilidad civil, de gran aceptación por la doctrina y la jurisprudencia nacional y cuyo respaldo positivo se desprende de la redacción del artículo 2329 del Código Civil, relativo al plano de los delitos civiles, norma que, si bien “tiene por finalidad establecer una presunción de responsabilidad por el hecho propio, la jurisprudencia también ha entendido que expresa el principio de la reparación integral del daño: todo daño debe ser reparado y en toda su extensión.”<sup>115</sup>, “con independencia de la gravedad del ilícito.”<sup>116</sup>.

a) Para BARROS BOURIE, el principio, quien no afirma si el principio se liga con carácter exclusivo a la responsabilidad extracontractual o no, tiene mayor expresión y coherencia con la noción de daño patrimonial (material o económico) antes que con el daño moral, ligado más bien al criterio de la reparación equitativa<sup>117</sup>, por dos razones: primero, la falta de un denominador común para medir el daño moral y su reparación; y luego, la radical subjetividad en la determinación del daño y su reparación ejercida por nuestros jueces de instancia, lo que se traduce en la imposibilidad de ejercer un “control jurídico por vía de casación.”<sup>118</sup>. El autor luego enuncia finalidad de la reparación integral del daño patrimonial del siguiente modo: “De conformidad con este

---

<sup>114</sup> DIEZ SCHWERTER, José Luis. El daño .... Op. cit., p.76.

<sup>115</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p.. 255.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 38.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, pp. 311 y ss.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, p. 313.

principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado. “. Por último, el autor en comentario adjudica dos efectos al principio: “el primero es el deber de reparación total de los daños” <sup>119</sup>y el segundo “la reparación no depende del grado de culpa del demandado”<sup>120</sup>. En cuanto a la necesidad de establecer como principio especial privativo del daño moral, su reparación equitativa, el autor comenta que este principio implica que ésta sea “proporcional a la entidad del daño y suficientemente igualitaria

b) Relevante y complementario resulta el planteamiento de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, quien afirma que el principio de la reparación integral del daño, de tipo patrimonial, se sostiene constitucionalmente en la garantía del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental; en tanto que, la reparación del daño moral, en las garantías de del derecho a la vida e integridad física y psíquica o de la privacidad, dignidad y honra de la persona, ambas consagradas en los artículos 19 N°1 y N° 4 de la Constitución Política, respectivamente. El autor sostiene además que el principio “sufrir una grave limitación en materia contractual, porque aquí, salvo hipótesis de dolo o culpa grave, la víctima sólo obtendrá reparación del daño directo previsto, como regla general.”<sup>121</sup>. Añade que el principio es más bien una intención más que una realidad y que “saber si en un cierto sistema se reparan todos los daños, requiere primero determinar qué se entiende por daño en ese sistema, es decir, saber si la noción admitida cubre efectivamente todas las alteraciones a la situación existente antes del hecho dañoso.”<sup>122</sup> El autor finalmente afirma que el principio se debilita por las limitaciones o requisitos del daño para que sea indemnizable.

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 255.

<sup>120</sup> *Ibíd.* ant.

<sup>121</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño... *Op. cit.*, p.135.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 136.

c) En otro sentido, con independencia del carácter patrimonial o moral del daño sufrido, parte de la doctrina estima que el principio de la reparación integral del daño sufre restricciones en materia de incumplimiento contractual, teniendo mayor amplitud para el ámbito aquiliano. En este sentido, RODRÍGUEZ GREZ, quien afirma que “el concepto de daño en la responsabilidad contractual no es el mismo que el aplicable a la responsabilidad extracontractual”<sup>123</sup>, siendo más restringido el primero, por el hecho de estar íntimamente vinculado a una causa, cual es el incumplimiento de la prestación debida, lo cual se confirma con el texto expreso del artículo 1.556 del Código Civil; es además reticente a aceptar la reparación del daño moral en materia contractual<sup>124</sup>, razones por las cuales el citado principio tiene mayor consistencia con el estatuto de la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, el autor concluye, en base a la exégesis de los artículos 1556, 1558, 1559 y 2329 del Código Civil que “en materia contractual impera el principio de reparación limitada de los daños provenientes del incumplimiento y en materia extracontractual el principio de la reparación integral de la víctima”.<sup>125</sup> Por último, señala que “de lo anterior se desprende que para el legislador es más grave la infracción al deber de no dañar a nadie en la vida social, que la infracción de las obligaciones que se asumen en virtud de un contrato.”<sup>126</sup>.

Adscribimos a la tesis de BARROS BOURIE, quien propone los binomios reparación integral –daño patrimonial y reparación equitativa-daño moral.

#### 2.1.2.4 Requisitos generales de reparabilidad del daño civil

a) Cuestión previa: requisitos o elementos de la responsabilidad civil

---

<sup>123</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 215.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, cuando el autor afirma que el “...daño contractual... aparece circunscrito en la ley al menoscabo efectivo experimentado por el patrimonio del acreedor (daño emergente), a las ganancias y utilidades que pudieron devengarse en su favor (lucro cesante) y que causalmente el incumplimiento no hizo posible obtener y, aun cuando resulte discutible, al menoscabo extrapatrimonial o moral que, en ciertos, se sigue del incumplimiento. Así se desprende de los artículos 1556, 1558 y 1559 del Código Civil”.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, p. 216.

<sup>126</sup> *Ibíd.*

Es importante destacar que en el escenario concreto de la acción indemnizatoria deducida, el examen preliminar que el juez efectuará, consiste en la verificación de los elementos de la responsabilidad civil sindicados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, cuales son:

1. Hecho generador de daño imputable a un tercero (ilícito civil, incumplimiento contractual);
2. Daño; y
3. Relación de causalidad entre los dos elementos anteriores

El juez de la causa deberá hacer un examen de la concurrencia de estos elementos, para luego establecer:

- Si además concurren los elementos o requisitos que hacen procedente la reparación (en naturaleza o por especie) o la indemnización compensatoria - según se explicará en un punto siguiente-, según sea la opción del actor.
- Finalmente se deberá establecer el monto concreto de la reparación del daño cuando consiste en una indemnización de perjuicios en dinero, habiendo en este último aspecto una discusión acerca del alcance e interpretación del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 235 N° 6 del mismo cuerpo, en el sentido de cuál sería el momento procesal para solicitar la determinación del monto de la indemnización, a saber, si en el primer momento en el que se deduce la demanda de indemnización de perjuicios por daño contractual o extracontractual, o bien, en un momento posterior, cual es el de la solicitud de la ejecución de la sentencia por la vía incidental o de la demanda nueva ejecutiva ante tribunal diverso en la que se pide cumplimiento de la sentencia condenatoria por responsabilidad.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> En este punto de discusión, se sugiere revisar: BARROS BOURIE, op. cit., pp. 920, 991 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, Responsabilidad Contractual., op. cit., pp. 265 y 266 y Responsabilidad Extracontractual, op. cit., pp. 357 y ss.; DIEZ SHWERTER, Daño Extracontractual, op. cit., pp. 242 y ss., también pp. 270 y ss.



## b) Condiciones o requisitos que hacen procedente la reparación del daño civil

En sentencia de 16 de octubre de 1954, la Corte Suprema señaló: “son condiciones de la reparación que el daño consista en la violación de un interés legítimo, que los perjuicios sean ciertos y que estos perjuicios sean directos.”<sup>128</sup>

Pasamos a explicar los requisitos que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia exigen para que el daño sea reparable.

## c) Requisito certeza o certidumbre

Es un requisito no tipificado legalmente, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han establecido, como sinónimo de la existencia actual del daño emergente o futura del lucro cesante.

i. Para RODRÍGUEZ GREZ significa que “no exista duda alguna de que (el daño)...existe o existirá en un tiempo próximo”<sup>129</sup>, por lo que se aplica este requisito tanto para el daño emergente como para el lucro cesante, en cuanto daño acaecido y por ocurrir, respectivamente y además para el daño moral.

ii. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. El autor explica la certeza como requisito del daño como el opuesto al daño hipotético, lo cual implica que la consiguiente reparación indemnizatoria dineraria “no debe ser fijada con conjeturas y especulación sino que debe ser fijada con razonable certeza”<sup>130</sup>, lo cual a su vez exige la debida prueba o acreditación del daño. E autor reafirma lo anterior al sostener que “se trata de un requisito de mera lógica puesto que, en buenas cuentas, exigir que el daño sea efectivo, cierto y no hipotético es pedir al demandante que acredite que realmente ha

---

<sup>128</sup> Fallo citado por DIEZ SCHWERTER, J. El daño...Op. cit. p. 30.

<sup>129</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 265.

<sup>130</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño... Op. cit., p. 147

sufrido un daño.”<sup>131</sup>. El autor afirma además que a nivel comparado hay consenso en torno a este requisito.

La certeza del daño se refiere a aspectos específicos del mismo, tales como su “existencia..., su posibilidad o eventualidad si aún no se ha producido, a su monto.”<sup>132</sup>, donde suele confundirse el elemento causalidad con la certeza de la existencia misma del daño, pues hay “duda... en cuanto a saber si (el daño)... es efectivamente el resultado del hecho imputado al autor y, de este modo, se afirmará a veces que el daño no es cierto, aunque en realidad lo que ocurre es que el daño es demasiado remoto.”<sup>133</sup>.

Advierte el autor la dificultad que este requisito genera en cuanto a “la adopción de criterios que permitan determinar la certeza del daño”<sup>134</sup> tanto en materia contractual como aquiliana, afirmando que dicha tarea resulta más simple en materia de “daños patrimoniales ya producidos, en particular si se trata de daños a las cosas o aun a la persona física”<sup>135</sup>.

iii. DIEZ SCHWERTER. Para el autor, el requisito implica que el daño debe ser real y efectivo, concluyendo luego dos afirmaciones: 1) se descartan en la reparación los daños hipotéticos o eventuales y además, y 2) en el caso concreto, la certeza se establece determinando “si, de no haberse producido el hecho dañoso, la situación de la víctima sería mejor de lo que es a consecuencia de él.”<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 148.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 148.

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> *Ibíd.*

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. *El daño...Op. cit.* p. 55.

No habiendo consagración expresa, el autor sostiene que se colige del juego de los artículos “1437, 2314, 2315, 2318, 2319 y 2325 a 2328 del Código Civil, disposiciones que se refieren al daño “inferido”, “causado” o “sufrido”, expresiones que son indicativas de la necesidad de que éste se haya producido realmente.”<sup>137</sup>.

El autor aclara que la certeza del daño no desaparece por “la mayor o menor dificultad para acreditarlo...”<sup>138</sup>, advirtiendo además la dificultad para establecer los criterios delimitadores, coincidiendo en esto último con DOMÍNGUEZ ÁGUILA. A mayor abundamiento, DIEZ afirma que “la certidumbre del daño (en este caso del lucro cesante) dice relación con su existencia y no con su cuantía ni con la mayor o menor dificultad para determinarla o apreciarla...”<sup>139</sup>.

Por último, el autor afirma que la certeza es de mayor claridad para el daño patrimonial emergente, tanto en su existencia, al ser éste “ya sucedido”<sup>140</sup>, como en su monto, cuya cifra es aritmética, dando como ejemplo los “gastos realizados”<sup>141</sup>; sentenciando que la certeza del daño emergente se configura “cuando se haya probado que efectivamente se produjo una disminución o pérdida de valores que existían en el patrimonio...”<sup>142</sup>.

iv. BARROS BOURIE. El autor informa que el requisito “hace referencia a la materialidad del daño, a su realidad” aseverando que “sólo puede resultar de su prueba”<sup>143</sup>, cuya carga es del “demandante de los perjuicios, de acuerdo con el principio de que corresponde al acreedor probar los hechos en que se funda su

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 55.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 56

<sup>139</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>140</sup> *Ibíd.* p.56.

<sup>141</sup> *Ibíd.*

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado...* Op. cit., p.236

pretensión crediticia.”<sup>144</sup>. A su entender, el daño ya producido o actual se traduce en alegar el demandante que ha sufrido una pérdida y que ésta sucedió antes de deducir la demanda.

v. Jurisprudencia chilena. Nuestros tribunales reconocen este requisito en diversos fallos<sup>145</sup>, toda vez que ha considerado que el daño no se presume, sino por el contrario debe probarse<sup>146</sup>; aclarando en torno a la certeza del daño lo siguiente:

- “(debe ser) real y efectivo, tanto que, a no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 30.08.1950, Gaceta de los Tribunales, año 1950, 2º semestre, p. 509, considerando 9º).
- “la certidumbre del daño se refiere a su realización, con el hecho de que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla. Tampoco deja de serlo por la mayor o menor dificultad para acreditarlo; la certidumbre del daño dice relación con su asistencia y no con su prueba” (ídem anterior).
- “5º) Que... todo daño...para ser indemnizable requiere que tenga el carácter de certidumbre y realidad, por lo que aquellos que obedecen a meras conjeturas o a una posibilidad no lo son, pues constituyen específicamente daños patrimoniales indirectos.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 09.12.2003, Rol N° 4677-1999).<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*, nota N° 70 al pie de p. 236

<sup>145</sup> Corte Suprema, 16.10.1954, en *Rev. De Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, sección 1º, p.488 (considerando 8º); Corte de Apelaciones de Santiago, 18.04.1980, *Rev. De Derecho y Jurisprudencia*, tomo 77, sección 2º, p. 28; Corte de Apelaciones de Santiago, 26.01.1989, en *Jurisprudencia al día*, tomo II, p. 1031, 1991; Corte de Apelaciones de Santiago, 30.05.2003, en *Gaceta Jurídica* N° 275, p. 97.

<sup>146</sup> En este sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, 02.07.1955, *RDJ*, tomo 52, sección 4º, p. 156 y Corte de Apelaciones de Santiago, 27.03.1980, *RDJ*, tomo 77, sección 4º, p. 38.

<sup>147</sup> *Jurisprudencia Daño Moral*, op. cit., p. 3.

En suma, para nuestros tribunales las dificultades de acreditación y evaluación del monto del daño no son óbice para su reparación, lo cual a su vez se relaciona con el alcance del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la posibilidad de que el juez de instancia que dictó sentencia declarativa condenatoria fije el monto o se reserve la evaluación para la etapa de ejecución de la sentencia.

d) Requisito licitud del interés vulnerado

i. En torno a este requisito, DOMÍNGUEZ ÁGUILA sostiene: “El Derecho no está para amparar la ilicitud, por mucho que ella represente algún valor para quien pierde una situación existente, aunque ilícita. Pero esta simple afirmación ocasiona enormes dificultades cuando hay que precisarla en el hecho, ya que resta determinar cuándo habrá de considerarse ilícito el daño y, en especial, si esa ilicitud ha de referirse al daño mismo o a la situación de que arranca.”<sup>148</sup>. Para ilustrar y reforzar esta idea, el autor da como ejemplo el tratamiento jurídico concubinato y su evolución en el derecho comparado y nacional, para finalmente inducir que el interés lícito no es sinónimo ni se limita al carácter legal o moral del mismo, toda vez que, así como el concubinato en Francia, hay otras situaciones de hecho que no cuentan con reconocimiento y tutela legal pero que son lícitas.

ii. BARROS BOURIE, habla más bien de legitimidad y comenta: “El requisito supone un juicio de valor acerca del interés... La legitimidad del interés no exige que éste responda a una situación legalmente establecida... son legítimos todos los intereses que no son contrarios a derecho...”<sup>149</sup>.

iii. DIEZ SCHWERTER. El autor comparte las reflexiones de DOMÍNGUEZ ÁGUILA y además advierte la complejidad que en la práctica resulta dilucidar “sobre la licitud y la moralidad”<sup>150</sup>, lo cual evoluciona en el tiempo y lugar.

---

<sup>148</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño... Op. cit., p.137.

<sup>149</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 222.

<sup>150</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p.49.

iv. La jurisprudencia nacional acoge la idea de que la licitud no es sinónimo limitado y exclusivo de legalidad, al sostener:

- “el juicio en que la madre, aunque ilegítima, pide el resarcimiento del daño material sufrido con la muerte de su hijo, fundada en la ayuda pecuniaria que le proporcionaba, no es un factor decisivo para acoger la acción, el de que no justifique la calidad de heredera de la víctima.” (Corte Suprema, 09.09.1946, Revista de Derecho y Jurisprudencia -RDJ-, tomo 44, sección 1°, p.130.) Con esto se refuerza la idea de que el daño patrimonial emergente y el lucro cesante pueden reclamarlo personas que no necesariamente ostentaron un vínculo hereditario, de parentesco o matrimonial con la persona fallecida que contribuía en vida a solventar las necesidades alimenticias de aquél. En similar sentido, Corte Suprema, 04.08.1933, RDJ, tomo 30, sección 1°, p. 524.
- Un fallo acoge la pretensión indemnizatoria de víctimas por daño reflejo o por repercusión (o rebote) que no ostentan un nexo jurídico hereditario, de parentesco o matrimonial con la víctima directa (Corte de Apelaciones de Santiago, 04.09.1991, RDJ, tomo 88, sección 4°, p. 141).
- Con un criterio análogo al del daño patrimonial, el daño moral por la muerte de un ser querido pueden reclamarlo otras personas distintas de parientes, herederos o cónyuge. En este sentido: 1) Corte Suprema, 09.09.1946, Revista de Derecho y Jurisprudencia -RDJ-, tomo 44, sección 1°, p.130; y 2) Corte de Apelaciones de Santiago, 26.12.1983, RDJ, tomo 80, sección 4°, p. 151.

e) Requisito daño debe ser directo

i. RODRÍGUEZ GREZ. El autor lo asocia a la idea de espontaneidad y proximidad señalando que: “debe ser consecuencia inmediata y necesaria del hecho que lo

provoca... sin necesidad de que interfiera otro hecho para su ocurrencia”<sup>151</sup>, por lo que no se puede desconocer su íntima relación con el elemento de la responsabilidad (lo cual es una cuestión preliminar a esclarecer por el juez de instancia), cual es, la relación de causalidad. No obstante lo anterior, el carácter directo que debe tener el daño, es un asunto independiente.

ii. ALESSANDRI RODRÍGUEZ aleja el requisito de la proximidad o cercanía con la fuente del daño, al sostener que “para saber si un daño es directo o indirecto y, por lo mismo, indemnizable o no, no debe atenderse a su mayor o menor proximidad con el hecho ilícito (o incumplimiento contractual), a si es inmediato o mediato... sino únicamente a si entre el hecho... y el daño hay o no relación de causa a efecto, a si el daño es o no consecuencia cierta y necesaria o... lógica.”<sup>152</sup>. Luego, cuando el autor trata la extensión de la reparación del daño, sostiene con fuerza que “la reparación comprende todo el daño sufrido por la víctima, moral y material, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito; sólo así es completa.”<sup>153</sup>, por lo que no cubre los daños futuros indirectos, por no concurrir un elemento de la responsabilidad civil, cual es la relación de causalidad entre el daño y su agente<sup>154</sup>.

iii. BARROS BOURIE. Para el autor este requisito configura un problema de causalidad más que un requisito del daño, en base esto último a una interpretación del artículo 1558 del Código Civil. El autor comenta que la relación de causalidad entre daño y su fuente se traduce en dos aspectos: “ante todo, el hecho del demandado debe ser causa necesaria... del daño que se alega; pero, además, entre el hecho y el daño debe

---

<sup>151</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.

<sup>152</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 234.

<sup>153</sup> *Ibíd.*, p. 395.

<sup>154</sup> Pudiendo añadirse un argumento de texto para el plano contractual, conformado por la norma del artículo 1.558 del Código Civil, que dispone: “Art. 1558. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”.

haber una relación suficientemente cercana, como para que éste pueda ser objetivamente imputado al hecho del demandado.”<sup>155</sup>.

iv. Jurisprudencia chilena: A propósito de la relación causal entre daño y hecho del vulnerador de una obligación contractual o del deber general de cuidado, lo ha reconocido de diversas ocasiones para acoger o desestimar la pretensión reparatoria del demandante:

- “Tercero: Que, según aparece de manifiesto en el proceso, el daño... no emana directa y necesariamente del hecho cuasidelictual imputable al demandado...” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13.05.2005, Rol N° 868-2004).<sup>156</sup>
- “Primero: Que en materia de responsabilidad extracontractual son presupuesto necesario la existencia de un daño... y que éste sea consecuencia directa y necesaria del acto ilícito, es decir, que sea la causa y aquél, el efecto.” (Corte Suprema, 28.07.2005, Rol 190-2003).<sup>157</sup>
- “Octavo: Que de conformidad a lo razonado... y existiendo nexo causal entre el daño... y el incumplimiento contractual materia de autos... procede su reparación.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 30.01.2006, Rol N° 4936-2000).<sup>158</sup>
- “Si bien es verdad que el daño indirecto, es decir, el que no deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, no es indemnizable jamás, ello no ocurre por aplicación del artículo 1558 que se invoca como infringido, y que únicamente rige en materia contractual. La razón es diversa y consiste en que entre ese

---

<sup>155</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 246.

<sup>156</sup> Jurisprudencia Daño Moral, op. cit., p.16.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p. 101.



daño y el hecho ilícito no hay relación de causalidad si la cual ese hecho no puede engendrar para su autor responsabilidad delictual o cuasidelictual civil (Corte Suprema, 14.04.1953, RDJ, tomo 50, sección 4º, p.40).

f) Requisito daño debe ser avaluable en dinero

En este punto opina RODRÍGUEZ GREZ, quien establece que lo exige específicamente para el daño moral, como una forma de limitar o acotar su reparación. A su juicio, habrá reparación del daño moral sólo si éste se traduce o refleja en un daño económico o patrimonial, en cuanto afecta “la estabilidad psíquica y emocional de la persona, menoscabando con ello la capacidad laboral, administrativa e intelectual”<sup>159</sup> del afectado con el incumplimiento contractual o del hecho ilícito civil. En consecuencia, no procedería reparar “una serie de intereses que no pueden evaluarse pecuniariamente, porque no es posible proyectar sus efectos a las capacidades (laboral, administrativa e intelectual)”<sup>160</sup> que dicen relación con la subsistencia dentro del nivel de vida de la víctima.

El autor añade que, si bien se distingue doctrinariamente entre el daño a las cosas y el daño a las personas<sup>161</sup>, siendo éste último (lesión corporal o psicológica y muerte)

---

<sup>159</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p.250.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, p 250.

<sup>161</sup> BARROS BOURIE, op. cit., p. 260. El autor explica esta clasificación indicando que se trata de fuentes generadoras de daño patrimonial, es decir, de daño emergente o lucro cesante. Por consiguiente, el origen del daño patrimonial puede ser:

- 1) Daño a las cosas (objetivo): consistente en el efecto patrimonial inmediato de deterioro, y que se repara indemnizando el costo de reposición o reparación de la cosa destruida o deteriorada, el cual equivale al daño emergente. Pero este daño puede gatillar otros conexos, como por ejemplo, los gastos de sustitución o reemplazo temporal de la cosa destruida (por ejemplo si ésta era un vehículo de transporte diario al trabajo) o incluso la pérdida económica por no poder explotar lucrativamente la cosa, si ésta constituía un medio de capital para su dueño, siendo en este último supuesto, equivalente dicha pérdida a lucro cesante;
- 2) Daño a las personas: el cual se puede manifestar como daño corporal (lesiones, deformaciones, mutilaciones o muerte) o daño psicológico. Este tipo de lesiones puede gatillar o generar tanto daño patrimonial (lucro cesante como gastos médicos, daño emergente como pérdida de ingresos laborales o profesionales) como moral (dolor, menoscabo, angustia, pérdida de chance u oportunidades de vida, etc.). El autor señala que a su vez, este daño tiene su origen en los ilícitos

equivalente a la vulneración de un sinnúmero de expectativas; sin embargo, sólo será pertinente reparar el daño patrimonial -asimilable al daño emergente o lucro cesante- y el daño moral derivado del aludido daño a las personas, entendiéndose que el daño moral, en el plano de responsabilidad por incumplimiento contractual, debe siempre entenderse en su sentido restringido o tradicional, como sinónimo de dolor psíquico y que además este dolor debe provocar una merma o menoscabo en las capacidades laborales, profesionales o intelectuales de la víctima, todo lo cual deberá ser acreditado y apreciado en base a los estándares legales propios del ámbito de las obligaciones contractuales. Finalmente, y en base a lo anterior, el autor defiende su postura consistente en que ciertos daños a expectativas subjetivas de felicidad, éxito o confort (proyecto de vida, daño sexual, vida de relación, daño estético) no tienen “cabida en el campo de lo contractual... , salvo, por cierto, si el contrato incluye estos intereses al definirse la prestación... no cabe la indemnización de este tipo de daños si son atribuidos directamente al incumplimiento, porque no es posible avaluarlos en dinero.”<sup>162</sup> Con esto el autor revela una cierta contradicción, toda vez que admitiendo la dificultad de la evaluación del daño moral, la permite sin embargo para el plano contractual si las expectativas cuya violación que equivalen a este daño se contemplaron expresamente como parte de las prestaciones del contrato, vale decir, si la voluntad de las partes lo reconoce como tal, lo cual no salva la dificultad posterior de avaluar monetariamente dicho daño.

---

civiles, como por ejemplo un accidente de tránsito o por atentados al honor u honra de la persona, siendo en éste último caso la causa genérica la lesión o vulneración de derechos de la personalidad con reconocimiento constitucional muchas veces; y

- 3) Daño puramente patrimonial: este daño se refleja en términos de disminución de activo o aumento de pasivo del patrimonio de cualquier persona natural o jurídica, a causa de actos de competencia desleal o desprestigio sobre la marca o productos industriales.

Cabe señalar que la distinción entre daño a las cosas y daño a las personas tiene respaldo y origen legal en la normativa de seguros contenida en el DFL N° 251 (art. 8°) de 1931. El Código de Comercio chileno establece un criterio tradicional, al establecer como objeto del contrato de seguro “todas las cosas corporales o incorporeales, con tal que... tengan un valor estimable en dinero,” (artículo 522).

<sup>162</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 250.

El autor no exige este requisito para la responsabilidad por ilícitos civiles, lo cual se explica por la discrecionalidad que tiene el juez para avaluar el daño (sobre todo el moral) y su reparación.

g) Requisito relevancia

Otra limitación al interés lesionado y que en definitiva da origen a la obligación de reparar el daño, de reciente formulación, es el carácter significativo que éste debe revestir.

i. BARROS BOURIE aclara en este punto que la cualidad en comento “se plantea principalmente en el daño moral”<sup>163</sup> toda vez que éste daño es “frecuentemente una lotería de valores más inciertos, en atención a la dificultad para valorarlo en dinero y la relativa dispersión de las indemnizaciones reconocidas por los jueces”<sup>164</sup>, añadiendo que “la determinación del umbral del cual se tiene un interés por significativo es una cuestión normativa, en que cada sistema jurídico es objeto de precisión jurisprudencial”<sup>165</sup> destacando la sobriedad de nuestro sistema jurídico en este aspecto. Por último, el autor, afirma que este tema tiene mayor aplicabilidad en dos áreas específicas de conflicto: a) los conflictos de vecindad y b) las turbaciones al medio ambiente<sup>166</sup>.

ii. DIEZ SCHWERTER en tanto justifica la necesidad de que el daño revista una cierta relevancia o trascendencia en las ineludibles “limitaciones o molestias” que apareja la vida en sociedad y que “es preciso soportar sin que se pueda pretender obtener un resarcimiento por ellas.”<sup>167</sup> La relevancia del daño, a su juicio, descarta de plano las

---

<sup>163</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 226. El autor aborda con mayor detención el carácter significativo a propósito de la determinación y valoración del daño moral en las páginas 310 y ss.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p. 227.

<sup>165</sup> *Ibíd.*

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 227 y 228.

<sup>167</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 33.

simples molestias que carecen de efectos jurídicos, por lo que es preciso y necesario establecer criterios sólidos que permitan distinguir el daño de las simples molestias.

El autor sentencia que sólo son reparables los “perjuicios anormales”<sup>168</sup>, acudiendo para ello al criterio empleado por el legislador en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medioambiente, cuyo texto emplea la voz “significativo” (artículo 2 letra e) del cuerpo legal).

### iii. Jurisprudencia sobre la relevancia del daño para ser indemnizable

A propósito del daño moral por incumplimiento contractual, tenemos dos pronunciamientos:

- “TERCERO: ...Sin embargo, para la procedencia de esta indemnización, en el ámbito contractual, se debe acreditar un daño (moral)...de entidad suficientemente importante, lo que no ocurre en la especie...; no bastando exponer que la situación de incumplimiento (contractual) le produjo ‘problemas familiares, laborales y personales, que debió enfrentar’, como lo expresa el actor en su demanda...” (Corte de Apelaciones de Iquique, 29.07.2006, Rol N° 159-2005).<sup>169</sup>
- “6°.- (...) Para la procedencia de esta indemnización se debe acreditar un daño (moral) de entidad suficientemente importante,... no bastando exponer que la situación de incumplimiento le produjo aflicción, dolor o menoscabo..., ya que las molestias, desagradados y pesar son propios de toda infracción de la obligación convenida y no siempre ello genera este tipo de indemnización... (la cual) no es de naturaleza punitiva, por la gravedad de la infracción, sino

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>169</sup> *Jurisprudencia Daño Moral*, op. cit., p.106.

estrictamente reparadora.” (Corte de Apelaciones de Iquique, 29.07.2006, Rol N° 159-2005).<sup>170</sup>

Para el tema de las relaciones de vecindad, con ocasión de la reclamación contra ruidos molestos por la vía de la acción de protección de derechos constitucionales, en este caso, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado como garantía en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental, citamos resoluciones que acogen y rechazan la pretensión:

- Recurso de Protección acogido y confirmado por reclamo contra ruidos por carreras de vehículos (Corte Suprema, 26.05.1991, Fallos del Mes, N° 389, p. 65).
- Recurso de Protección acogido y confirmado por reclamo contra ruidos por motores de aire acondicionado instalado y funcionando en un establecimiento de comercio al interior de un edificio (Corte Suprema, 29.09.1993, Fallos del Mes, N° 418, p. 476).
- Recurso de Protección rechazado por reclamo de ruidos de niños jugando (Corte Suprema, 06.09.1990, Fallos del Mes, N° 382, p. 471). En similar sentido, Corte Suprema, 04.05.1983 (Fallos del Mes, N° 294, p. 162).

#### h) Requisito daño debe ser personal

BARROS BOURIE, en su tratado de 2006, indica como requisito del daño, para hacer procedente su reparación, el carácter personal, del siguiente modo: “sólo quien lo ha sufrido puede demandar su reparación”<sup>171</sup>, elemento que marca una importante diferencia con el ámbito de la responsabilidad por delitos penales de acción pública.

---

<sup>170</sup> Jurisprudencia Daño Moral, op. cit., pp.109 y ss.

<sup>171</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 24. El autor trata con detención el tema en las pp. 345 y ss.

No obstante lo anterior, el autor afirma que este requisito no desaparece en casos de transmisión de la pretensión reparatoria del daño patrimonial o económico<sup>172</sup> a los herederos o en casos de daño reflejo, también denominado por repercusión o rebote, toda vez que en el primer supuesto, el de la transmisión por causa de muerte de la acción, “los herederos de la víctima actúan como causahabientes... ejerciendo una acción de la que son sucesores”<sup>173</sup>, por lo que aquí se trata de un derecho patrimonial transmisible, “que ya había nacido en la víctima inmediata...(los herederos) no ejercen un derecho ajeno, sino uno que les es propio en virtud de la transmisión hereditaria”<sup>174</sup>; en tanto que en la segunda hipótesis, “nace un derecho originario y personal”<sup>175</sup> a solicitar reparación por la muerte de un ser querido, daño que “se expande hacia un tercero”<sup>176</sup>, quien sufre por esa muerte.

i) Requisito daño debe ser causado por persona distinta al afectado

i. DIEZ SCHWETER. Señala como justificante del requisito, 3 razones: 1) la confusión de las calidades de actor y demandado en el juicio; y 2) “la pretensión reparatoria iría en contra de la noción misma de responsabilidad”<sup>177</sup> la cual presupone dos sujetos distintos: “el causante del daño y el que lo sufre.”<sup>178</sup>, y 3) el texto expreso del Código Civil, que en diversos pasaje usa las voces “otra persona” u “otro” tanto en el plano contractual como extracontractual. Finalmente el autor establece que si bien civilmente

---

<sup>172</sup> *Ibíd.*, p. 945. El autor aclara que no es factible la transmisibilidad a título hereditario de la acción reparatoria del daño moral o extra patrimonial, esgrimiendo como argumentos “tanto la naturaleza del daño moral, como la finalidad que persigue su reparación.”

<sup>173</sup> *Ibíd.*, p. 241.

<sup>174</sup> *Ibíd.*

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> *Ibíd.*

<sup>177</sup> DIEZ SCHWETER, J. L. *El daño...* Op. cit. p.31.

<sup>178</sup> *Ibíd.*

no se configura responsabilidad ni reparación, bajo otros estatutos hay consecuencias punitivas.

ii. RODRÍGUEZ GREZ en tanto, lo indica como un requisito lógico afirmando que “el daño indemnizable debe ser causado por la acción de un tercero y no por la víctima misma.”<sup>179</sup>; estimando como una irracionalidad el supuesto de que la “víctima se dirija en contra de sí misma invocando el daño autogenerado.”<sup>180</sup>.

Se manifiesta a favor del reclamo indemnizatorio contra una persona que tiene un deber de cuidado y que en calidad de garante no tomó las medidas necesarias para evitar que una persona bajo su cuidado se auto provocara un daño.

Por último el autor aclara que la norma del artículo 2.330 del Código Civil no guarda relación con el tema, toda vez que se refiere a la exposición imprudente al daño como una factor de atenuación de responsabilidad de del tercero que generó el daño.

j) Requisito daño no debe estar reparado

i. DIEZ SCHWERTER. En este punto el autor aclara que para establecer si procede la indemnización de perjuicios habiéndose beneficiado la víctima con prestaciones en virtud de seguros comerciales contratados o de otros mecanismos previsionales o de seguridad social a raíz de el mismo hecho generador del daño, hay que establecer primeramente si dichas prestaciones tienen o no naturaleza indemnizatoria, para luego verificar si hay cúmulo de dicha prestación con la indemnización de perjuicios solicitada judicialmente y finalmente concluir si el cúmulo es admisible o no. Se configura cúmulo de indemnizaciones o en otro sentido, si la pretensión indemnizatoria es o no compatible con las importante dilucidar si los beneficios percibidos por un afectado a título de seguros personales o mecanismos de seguridad social, “por no tener una

---

<sup>179</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 274.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 274.

finalidad reparatoria”<sup>181</sup> permiten solicitar y percibir indemnización en sede judicial, lo que es igual a decir, que si los beneficios económicos tienen diversas finalidades, es procedente el cúmulo o concurrencia.

ii. RODRÍGUEZ GREZ. Lo enuncia como la improcedencia de la doble reparación, lo cual constituye a su juicio un “principio de orden público”<sup>182</sup>, cuya finalidad es impedir el enriquecimiento sin causa de la víctima del daño inhibiendo cierto afán de “personas inescrupulosas a buscar situaciones y coyunturas que les permitieran lucrarse con este tipo de responsabilidades.”<sup>183</sup>. Su argumentación la ilustra con el artículo 517 del Código de Comercio, norma perteneciente a las Disposiciones comunes a los seguros terrestres y marítimos, y que dispone: “Respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia.”, lo cual debe concordarse con el artículo 532 del cuerpo legal en comento, al disponer que “No es eficaz el seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado...”, con el consiguiente derecho a acreditar la estimación errónea o dolosamente exagerada del valor de la cosa asegurada, tanto por el asegurado como por el asegurador (art. 534).

iii. BARROS BOURIE. Destaca el fenómeno actual de la “superposición de la responsabilidad civil con sistemas de seguros de accidentes, públicos y privados”<sup>184</sup>, donde lo novedoso es que se impone por ley su contratación para cubrir el daño a terceros, como es el caso del ámbito de los accidentes de tránsito y de trabajo.

El autor afirma que dichos seguros “tienen fines distributivos y garantizan a la víctima una compensación por los daños sufridos... El fin último del seguro obligatorio

---

<sup>181</sup> DIEZ SCHWERTER, J. El daño...Op. cit. p. 62.

<sup>182</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 277

<sup>183</sup> *Ibíd.*, p. 277.

<sup>184</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 58.



es garantizar la compensación de la víctima, al proveerle de reparación, cualquiera sea la causa del accidente”<sup>185</sup>.

BARROS destaca la idea de concurrencia, en el sentido que un mismo daño da origen responsabilidad civil y a la vez derecho a beneficios propios de un seguro obligatorio, pero aclara que en términos de acciones procesales, se trata de dos causas distintas de pedir, por lo que no habría identidad en dicho sentido. El autor advierte que no es conveniente “disolver” o reducir la responsabilidad civil a “sistemas de seguro obligatorio y de seguridad social”<sup>186</sup>, pues tienen fundamentos diversos: “el seguro es establecido precisamente porque la responsabilidad civil no puede actuar como garantía general de compensación de daños.”<sup>187</sup>, por lo que “los sistemas de seguro público y privado (están) preparados para atender a grupos mucho más extensos de víctimas que las protegidas por acciones de responsabilidad civil”<sup>188</sup>, sobre todo cuando es difícil identificar al responsable, aunque “los sistemas de responsabilidad civil proveen a menudo reparaciones más completas que los otros sistemas de reparación”<sup>189</sup>.

k) Requisito daño no debe estar reparado y el denominado cúmulo de indemnizaciones.

Ante el cúmulo o concurrencia de indemnizaciones, vale decir, cuando de un mismo daño procede tanto el reclamo de una prestación o beneficio derivado de un seguro legal obligatorio, como el derecho a pedir reparación indemnizatoria bajo el estatuto de la responsabilidad civil, BARROS plantea lo siguiente:

- A falta de texto legal expreso, por defecto hay tres caminos:

---

<sup>185</sup> *Ibíd.*, p. 58

<sup>186</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>187</sup> *Ibíd.*

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 906.

<sup>189</sup> *Ibíd.*

1° La víctima percibe íntegro el beneficio del seguro, pero el juez fijará la indemnización por responsabilidad civil haciendo rebaja del importe de lo cubierto por el seguro.

2° La víctima percibe íntegros, tanto el beneficio económico del seguro, como la indemnización por responsabilidad civil reclamada en sede judicial.

3° La víctima percibe íntegro tanto el beneficio económico y/o prestacional del seguro y como la indemnización reclamada judicialmente contra el responsable, pero la entidad aseguradora tiene derecho a solicitar reembolso de lo pagado por concepto de beneficio (cobertura). De no obtener la víctima indemnización por responsabilidad en sede judicial, el asegurador pierde su derecho a reembolso.

BARROS señala que en derecho comparado se ha preferido la solución tercera, por “razones de justicia”<sup>190</sup> desde el punto de vista del responsable.

- Si existe texto legal expreso, como por ejemplo la Ley N° 16.744 sobre accidentes de trabajo o un contrato de seguro privado, hay que estar al destino de los beneficios e indemnizaciones que dichas fuentes indiquen. El autor aclara diversos casos:

1° Seguros de vida: BARROS afirma que el beneficio percibido al verificarse el siniestro no tienen finalidad indemnizatoria, “sino enfrentar una contingencia de... sobrevivencia más allá de una cierta edad.”<sup>191</sup>, por lo que no se trata de seguro a la luz de la definición del Código de Comercio<sup>192</sup>, la cual se refiere al

---

<sup>190</sup> *Ibíd.*, p. 907.

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> “Art. 512. El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a

riesgo sobre cosas y no sobre personas. El seguro de vida, a juicio del autor, es un medio de ahorro.

2° Seguros de salud: en cuanto cubren gastos derivados de un accidente o enfermedad, “tienen naturalmente una finalidad indemnizatoria”<sup>193</sup>, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 553 del Código de Comercio<sup>194</sup>, vale decir, el asegurador tiene derecho a pedir reembolso si la víctima obtiene en juicio indemnización por responsabilidad civil.

3° Seguro de la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo. Para BARROS, al no financiarse por el propio trabajador, quien es el beneficiario del seguro en caso de verificarse el siniestro; estima que si los daños son superiores a “los cubiertos por el seguro, la ley concede a la víctima una acción personal”<sup>195</sup> en contra de quien resulte civilmente responsable, cuyo objeto es obtener indemnización por la diferencia de valor entre lo percibido del asegurador y el daño efectivamente sufrido.”<sup>196</sup>. La entidad aseguradora a su vez, tiene expresamente reconocido su derecho a reclamar el reembolso del valor de las prestaciones otorgadas contra el responsable del siniestro (artículo 69 letra a) Ley N° 16.744), lo que a juicio de BARROS, en una figura de subrogación

---

indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.” Recordar que el Código de Comercio identifica el objeto del seguro con el riesgo de una cosa corporal o incorporeal susceptible de evaluarse pecuniariamente, siendo más tarde el DFL N° 251 la fuente que incorporaría el seguro a las personas.

<sup>193</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 909.

<sup>194</sup> “Artículo 553.- Por el hecho del pago del siniestro, el asegurador se subroga al asegurado en los derechos y acciones que éste tenga contra terceros, en razón del siniestro.

Si la indemnización no fuere total, el asegurado conservará sus derechos para cobrar a los responsables los perjuicios que no hubiere indemnizado el asegurador.

El asegurado será responsable ante el asegurador por todos los actos u omisiones que puedan perjudicar al ejercicio de las acciones traspasadas por subrogación.”

<sup>195</sup> En la letra b) del artículo 69 de la citada ley.

<sup>196</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., pp. 909 y 910.

personal del asegurador en los derechos del asegurado (la víctima), por lo que tiene plena aplicación lo dispuesto en el artículo 553 del Código de Comercio.

4° Por último, S.O.A.P o Seguro Obligatorio de Accidentes Personales de la Ley N° 18.490. BARROS afirma que las prestaciones aquí son de naturaleza indemnizatoria: “en consecuencia, las sumas pagadas por el asegurador se imputan a los pagos que deba realizar el conductor o el propietario asegurado por concepto de responsabilidad civil”<sup>197</sup>, pero no excluyen la pretensión indemnizatoria a título de responsabilidad extracontractual, al ser limitado el monto de la cobertura del seguro y potencialmente insuficiente para cubrir el daño real.

#### l) Aclaración final sobre los requisitos del daño para ser reparado

Las condiciones de reparación del daño civil antes esbozadas, son aplicables también para el lucro cesante, pero con especial flexibilidad para el requisito certeza o certidumbre, según se explicará en un acápite posterior.

#### 2.1.2.5 Alternativas de las acciones de reparación en materia de responsabilidad civil

La doctrina nacional, en base a los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil la distinción y posible concurrencia de las acciones reparatorias en naturaleza (o por especie) y acciones indemnizatorias por equivalencia.

#### a) Pretensión reparatoria en naturaleza o por especie<sup>198</sup>

Esta pretensión, de carácter restitutorio, “puede obtenerse en la forma de una prestación directa del demandado, que tiene por objeto restituir a la víctima a la

---

<sup>197</sup> *Ibíd.*, p. 910.

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ GREZ habla de reparación “en especie” para referirse a la reparación en naturaleza planteada por BARROS BOURIE. Ver *Op. cit.* pp. 344 y ss.

situación anterior al daño, o de una suma de dinero que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución.”<sup>199</sup>. La reparación en naturaleza atiende al bien lesionado, la cosa deteriorada, por lo que con la reparación en naturaleza, el demandante se satisface con una prestación de hacer o no hacer, con la finalidad de “volver a la situación que existía antes”<sup>200</sup> del hecho que generó el daño contractual o extracontractual, según sea el caso, en tanto que si la reparación se traduce a una prestación de dar una suma de dinero para solventar los gastos que permitan volver al estado anterior, hay una reparación por equivalencia.

En este sentido DIEZ SCHWERTER señala: “La reparación en especie, in natura o específica consiste en la “remoción de la causa del daño y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo.”<sup>201</sup>, aclarando luego que operará la reparación por equivalencia cuando es imposible reparar en naturaleza o bien actor prefiere aquélla renunciando a ésta.

Al respecto, ALESSANDRI RODRÍGUEZ sostiene: “Es en especie cuando consiste en la ejecución de actos o en la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño en sí mismo, siempre que esos actos o medidas no sean la mera cesación del estado de cosas ilícito creado por el delito o cuasidelito...”<sup>202</sup>, quien afirma que “si estas medidas consisten en la mera cesación de este estado, no hay propiamente reparación...”<sup>203</sup>, por lo que “la reparación en especie hace cesar el daño...”<sup>204</sup>.

#### b) Acción compensatoria o indemnizatoria por equivalencia de los perjuicios

---

<sup>199</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 246.

<sup>200</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 344.

<sup>201</sup> DIEZ SCHWERTER, J.L. Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del derecho de daños. En Revista de Derecho Universidad de Concepción. 214 (2): 143-150. Julio –diciembre 2003, p. 149.

<sup>202</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 385.

<sup>203</sup> *Ibíd.*, p. 386.

<sup>204</sup> *Ibíd.* ant.

Sean patrimoniales o morales, a juicio de BARROS BOURIE debe considerarse “el efecto patrimonial”<sup>205</sup> general y/o el daño moral que el incumplimiento contractual o el ilícito civil provoca, por lo que la finalidad de esta pretensión es siempre una suma de dinero y tendrá lugar cuando “la restitución en naturaleza es imposible o si el demandante opta por obtener una reparación de su pérdida patrimonial neta”<sup>206</sup> o pide ser compensado en dinero del daño moral que sigue al daño sufrido. Si lo que se busca compensar es el daño patrimonial, el monto de la pretensión indemnizatoria se calcula “comparando los valores patrimoniales que tiene efectivamente la víctima luego del hecho del demandado con los que habría tenido si ese hecho no hubiere ocurrido”<sup>207</sup>. Para avaluar daño moral y su compensación en dinero, no existe un criterio objetivo legal, quedando a la prudencia del juez de instancia ambas determinaciones.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ por su parte estima que “la reparación es en equivalente cuando ante la imposibilidad de hacer desaparecer el daño, sólo procura a la víctima una compensación del mismo, como el pago de una cantidad de dinero por la pérdida de un brazo o de un ojo.”<sup>208</sup>, para sentenciar luego que la reparación por equivalente no hace cesar el daño, pues “sólo lo compensa: el daño subsiste no obstante ella.”<sup>209</sup>, aclarando que esta forma de reparación “consiste, de ordinario, en una cantidad de dinero; es su forma normal. Pero puede consistir también en un equivalente no pecuniario. Nada hay en la ley que se oponga a ello... La forma ordinaria y corriente de reparar el daño causado por un delito o cuasidelito es mediante el pago de una indemnización pecuniaria.”<sup>210</sup>. El autor en comento ve en la indemnización en dinero una ventaja y flexibilidad mayor, pues “tiene un poder

---

<sup>205</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 246.

<sup>206</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 344.

<sup>207</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 246.

<sup>208</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., 386.

<sup>209</sup> *Ibíd.*, ant.

<sup>210</sup> *Ibíd.*, pp. 388 y 389.

liberatorio absoluto y permite a la víctima procurarse el equivalente que mejor le convenga.”<sup>211</sup>. Sentencia que al no haber texto expreso de ley, “la indemnización pecuniaria puede consistir en una cantidad alzada...o en una renta vitalicia o temporal.”<sup>212</sup>,pero afirma que la indemnización como renta o pago periódico “suele emplearse cuando el daño es continuo, como ocurre en los casos de accidentes corporales que producen una incapacidad...o de muerte de una persona que priva a otra de la pensión alimenticia o de los recursos con que subvenía a sus necesidades.”<sup>213</sup>, estimando finalmente que “el juez tiene plena libertad para fijar una u otra..., siempre que el total de lo que ordene pagar no exceda de lo demandado no exceda de lo demandado. No falla ultrapetita... ya que lo solicitado es una cantidad de dinero y ésta no deja de serlo porque se pague en tal o cual forma.”<sup>214</sup>.

En cuanto a la definición del camino reparatorio, BARROS BOURIE sostiene que la elección entre la reparación en naturaleza y la indemnización compensatoria es siempre “una opción para el demandante, pues el derecho chileno no establece un orden de precedencia de las acciones. La reparación en naturaleza... es siempre una alternativa o un complemento a la valoración contable de la pérdida patrimonial neta o del daño moral sufrido.”<sup>215</sup>. Al respecto RODRÍGUEZ GREZ afirma sin argumento de texto que la reparación en especie “no es siempre posible, razón por la cual cuando llega a presentarse debe optarse siempre por ella.”<sup>216</sup>. DIEZ SCHWERTER afirma sin más que “si bien la ley nacional no obliga a que el daño... sea reparado en especie o en equivalente”<sup>217</sup>, con excepción “del artículo 2.331 del Código Civil, el que para algunos impediría la posibilidad de obtener indemnización pecuniaria del daño moral

---

<sup>211</sup> *Ibíd.* p. 390.

<sup>212</sup> *Ibíd.*, p. 391.

<sup>213</sup> *Ibíd.* ant.

<sup>214</sup> *Ibíd.*

<sup>215</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 878.

<sup>216</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.344.

<sup>217</sup> DIEZ SCHWERTER, J.L. Algunas útiles... Op. cit. p. 149.

derivado de imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona”<sup>218</sup>, “el examen de la jurisprudencia revela con claridad que entre nosotros “la indemnización pecuniaria” (equivalente dinerario) es la forma más utilizada de reparar los daños extracontractuales, prescindiéndose así de acudir a la reparación en especie o a través de equivalentes no dinerarios.”<sup>219</sup>. ALESSANDRI RODRÍGUEZ por su parte afirma que la opción en libre, por similares razones a las establecidas por los autores recién citados, pero añade que “nada obsta... a que ambas puedan acumularse, siempre que no procuren una reparación mayor que el daño causado. Pero el juez no podrá elegir la que le parezca más adecuada y ordenar una distinta de la pedida por el demandante: no podría, por ejemplo, ordenar el pago de una cantidad de dinero si lo solicitado ha sido una reparación en especie o viceversa, a menos que él las haya demandado alternativamente o subsidiariamente; fallaría ultrapetita.”<sup>220</sup>.

#### 2.1.2.6 Prueba del daño. Aspectos generales en base al criterio de tribunales y autores

Los daños patrimoniales, omnicomprensivos, de daño emergente y lucro cesante, a juicio de nuestros tribunales, deben ser acreditados por quien los alega, vale decir, por la víctima que actúa como demandante en juicio, criterio que está en sintonía con lo establecido en el artículo 1698 del Código Civil, que dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

Para RODRÍGUEZ GREZ “sólo es indemnizable el daño probado”<sup>221</sup>, pero aclara que no es sólo la probanza ante el juez la que hace procedente la reparación del daño, sino también la que proviene del reconocimiento o “acuerdo explícito celebrado entre acreedor y deudor”<sup>222</sup>, el cual puede operar tanto antes del daño -como cláusula penal

---

<sup>218</sup> *Ibíd.*

<sup>219</sup> *Ibíd.*

<sup>220</sup> *Ibíd.*

<sup>221</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 252.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, p. 252.



(para del daño por incumplimiento contractual)-, como después de éste, en virtud de un contrato de transacción extrajudicial o avenimiento ante el juez de la causa. Todo lo anterior sin perjuicio de los casos de daño presunto o responsabilidad objetiva regulados en nuestro Código Civil. Pero el autor aclara que los daños patrimoniales en sede judicial, si bien deben ser probados en cuanto a su existencia, lo relativo a su monto y evaluación es asunto del juez de instancia, toda vez que este último aspecto es una “cuestión de hecho que no puede ser revisada por la Corte de Casación, salvo que se impugnen las leyes reguladoras de la prueba en lo que concierne a la fijación del monto de la indemnización.”<sup>223</sup>.

DIEZ SCHWERTER y BARROS BOURIE se manifiestan también proclives a la postura de distinguir entre la prueba de la existencia y la determinación del monto de la reparación del daño, como dos asuntos que recaen en diversas partes del juicio: la prueba de la existencia del daño, en base al art. 1698 del Código Civil deberá probarla el demandante, mientras que la determinación del monto es tarea del juez de la causa.<sup>224</sup>

La víctima y demandante en juicio deberá probar el daño por todos los medios de prueba que le franquea el Código de Procedimiento Civil (artículo 341), pero será el juez quien deberá precisar el monto de su reparación, pudiendo el demandante ofrecer peritajes y baremos técnicos que ayuden al juez a estimar la evaluación.

A nivel judicial existe consenso en torno a la necesidad de acreditarse el daño, toda vez que es el presupuesto básico de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual:

---

<sup>223</sup> *Ibíd.*, p. 253.

<sup>224</sup> Al respecto ver BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado...* Op. cit., p.264 y DIEZ SCHWERTER, J. L. *El daño...*Op. cit. pp. 56, 57, 136 y 180.

- “(...) acreditada la existencia de un delito, bastará probarla naturaleza, monto y demás particularidades del daño, para que sea procedente la acción civil...” (Corte Suprema, 19.07.1960, RDJ, tomo 57, sección 4°, p.155).
- “La prueba del daño es esencial para su admisión judicial a los fines del resarcimiento, ya que disponer la indemnización de un daño inexistente constituiría una fuente de enriquecimiento indebido a costa de otros, enriquecimiento que la ley no tolera ni ampara.” (Corte de Apelaciones, 26.01.1989, Revista Jurisprudencia al día, tomo II, p. 1031).<sup>225</sup>

La Corte Suprema chilena ha estimado desde antiguo que la existencia del daño es cuestión de hecho, no sujeta a control por vía de la casación<sup>226</sup> (C.S., 06.01.1920, RDJ, tomo 18, sección 1°, p. 335; C.S., 30.11.1923, RDJ, tomo 22, sección 1°, p. 681).

### **2.1.3 Daño emergente y lucro cesante como especies de daño patrimonial**

El daño patrimonial se clasifica tradicionalmente, a partir del Digesto justiniano, en dos categorías relevantes para nuestro estudio, cuales son daño emergente y lucro cesante, “donde se entiende por daño ‘lo que he perdido o he dejado de lucrar’.”<sup>227</sup>.

A juicio de BARROS BOURIE, dichas categorías son también aplicables al plano del incumplimiento extracontractual.<sup>228</sup> Idéntica postura sostiene RODRÍGUEZ GREZ, quien señala: “...el artículo 1.556...al regular la responsabilidad contractual, alude a la indemnización del daño emergente y el lucro cesante. Por consiguiente, este

---

<sup>225</sup> Otros fallos que establecen la necesidad de acreditar el daño son: 1) Corte Suprema, 08.07.1935, RDJ, tomo 32, sección 1°, p. 419; 2) Corte Suprema, 08.07.1953, RDJ, tomo 50, sección 4°, p. 89; 3) Corte de Apelaciones de Santiago, 27.03.1980, RDJ, tomo 77, sección 4°, p. 38 y 4) Corte de Apelaciones de Santiago, 26.09.1990, RDJ, tomo 87, sección 3°, p. 167.

<sup>226</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño... Op. cit., p.148.

<sup>227</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 231.

<sup>228</sup> *Ibíd.*, p. 257.

reconocimiento –aun cuando esté contenido a propósito de otro tipo de responsabilidad– aclara que cuando se trata de un ilícito civil la indemnización comprende ambas categorías.<sup>229</sup>

En nuestro sistema jurídico, tanto el daño emergente como el lucro cesante, son categorías o tipos legales, pues tienen un expreso reconocimiento en nuestra legislación positiva, a partir del artículo 1.556 del Código Civil, el cual reza: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...”; aunque el legislador no se ocupó de dar un concepto para cada voz.

Respecto del alcance de lo preceptuado en el artículo 1.556, BARROS BOURIE comenta: “El Código Civil no establece reglas especiales para la valoración del daño. Sólo contiene una referencia a los tipos de daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y señala que la indemnización comprende a ambos por igual. De este modo, la ley civil asume que el daño patrimonial debe ser totalmente reparado, salvo que la indemnización quede expresamente limitada al daño emergente (artículo 1.556 II).<sup>230</sup>

En términos simples y parafraseando a BARROS BOURIE, “la disminución de un activo da lugar a un *daño emergente*, y la imposibilidad de que se incremente, a un *lucro cesante*.<sup>231</sup>

#### 2.1.3.1 Concepto de daño emergente

a) Para RODRÍGUEZ GREZ en general “es un daño real y presente”<sup>232</sup>, en tanto que para el campo de la responsabilidad contractual es el “...detrimento patrimonial

---

<sup>229</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.290.

<sup>230</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 897.

<sup>231</sup> *Ibíd.*, p. 231.

<sup>232</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 228.

efectivo que experimenta uno de los contratantes con ocasión del incumplimiento (así se trate de no cumplirse la obligación o de retardarse el cumplimiento). El autor añade la siguiente definición: “la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del incumplimiento contractual, entre el valor del derecho antes y después del incumplimiento.”<sup>233</sup>. Finalmente el autor esboza una similar definición de daño emergente para el universo de la responsabilidad aquiliana, al comentar que “el daño emergente es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho). Esta diferencia matemática es la que determina el monto de la indemnización por este concepto.”<sup>234</sup>.

El autor sostiene que el daño emergente tanto en el plano contractual como extracontractual acarrea una consecuencia, que es el “empobrecimiento real...”<sup>235</sup>, consistente en la “la desaparición por obra del ilícito civil de un bien que formaba parte del activo de un patrimonio.”<sup>236</sup>.

El autor afirma que se trata de un daño fácilmente acreditable en juicio porque “aun cuando tenga el carácter de futuro, este daño se traducirá en un hecho positivo y concreto del cual quedará un antecedente fidedigno que es posible rescatar.”<sup>237</sup>.

b) En la óptica de BARROS BOURIE, se trata de una “disminución patrimonial (por pérdida del valor de los activos o aumento de los gastos o pasivos)...Así, es daño emergente la destrucción de una cosa por el hecho ajeno o si se debe incurrir en

---

<sup>233</sup> *Ibíd.*, p. 226.

<sup>234</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.290.

<sup>235</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 226.

<sup>236</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 290.

<sup>237</sup> *Ibíd.* ant.

gastos de hospital para la curación de una herida sufrida en un accidente...”.<sup>238</sup> . Es un empobrecimiento, una disminución patrimonial “por gastos o por el menor valor de las cosas corporales o incorporeales.”<sup>239</sup> .

El autor hace en todo caso una precisión, al afirmar que junto al daño emergente presente o ya verificado, existe un daño emergente futuro, que consiste en el gasto (y no la privación futura de un beneficio probable) que a futuro deberá incurrir la víctima para enfrentar el daño derivado de un ilícito o incumplimiento contractual, como por ejemplo los gastos del “cuidado profesional requerido por un inválido, por un tiempo indefinido o por el resto de su vida.”

c) Para ALESSANDRI RODRÍGUEZ, el daño emergente es “la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio.”<sup>240</sup>

d) DIEZ SCHWERTER en su obra de 1997 no se refiere a la categoría legal de daño emergente, encargándose en cambio de tratar la clasificación doctrinaria<sup>241</sup> que distingue entre daño actual y daño futuro, cuyo umbral está dado por “el instante en que se dicta la sentencia judicial.”<sup>242</sup>, por lo que daño actual es “el menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia... será entonces el detrimento o lesión operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de ser presentada la demanda reparatoria.”<sup>243</sup>, afirmando que su reparación no resulta compleja.

## **2.2 Concepto de lucro cesante propiamente tal**

---

<sup>238</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 257.

<sup>239</sup> *Ibíd.*, p. 261.

<sup>240</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 395.

<sup>241</sup> Siguiendo a Zannoni. Ver DIEZ SCHWERTER, J. Op. cit. p.65 y ss.

<sup>242</sup> *Ibíd.* ant.

<sup>243</sup> *Ibíd.*

En términos simples, si el daño emergente es el daño patrimonial pasado o acaecido, el lucro cesante es el daño patrimonial futuro, por lo que lo complejo y crucial para acoger su reparación es establecer los criterios generales delimitadores de su reparabilidad -establecidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia chilena-, y en especial cuál será estándar de certeza de su ocurrencia que deberá acreditarse por el demandante en juicio; en incluso el de la determinación su monto global<sup>244</sup>, pudiendo el juez en este último aspecto exigir acreditación concluyente y precisa de su monto.

### **2.2.1 Concepto doctrinario patrio de lucro cesante**

a) Para ALESSANDRI RODRÍGUEZ el lucro cesante es “lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito”<sup>245</sup>.

b) A juicio de RODRÍGUEZ GREZ el lucro cesante se debe entender dentro de una categoría doctrinaria mayor, cual es la del daño futuro<sup>246</sup>. En el campo de las obligaciones contractuales, el lucro cesante es “un daño virtual y futuro”<sup>247</sup>, “...un concepto más complejo. Se trata siempre de un daño futuro y corresponde a la utilidad, provecho o beneficio económico que el contratante deja de obtener como consecuencia del incumplimiento. Consiste, entonces, en una proyección en el tiempo de los efectos del incumplimiento....un legítimo provecho económico que razonablemente, conforme al desarrollo natural de las cosas, ha debido obtener el contratante víctima del incumplimiento...es una proyección causal que realiza el juez de los efectos del incumplimiento ( ... ) resulta de dos elementos: el desarrollo normal de la relación causal (que determina la causa y sus efectos posteriores) y la no interferencia de hechos ordinarios, conforme al curso natural y previsiblemente

---

<sup>244</sup> Resultante, en términos simplificados, de operación aritmética de multiplicar la base de cálculo (ganancias habituales del afectado) por su duración o prolongación temporal hacia el futuro.

<sup>245</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 395.

<sup>246</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.343.

<sup>247</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit., p. 228.

razonable de las cosas. En otras palabras, el lucro cesante corresponde a una utilidad, provecho o beneficio que ordinaria y razonablemente habría obtenido el contratante víctima del incumplimiento, de no mediar este hecho.”<sup>248</sup>.

El lucro cesante en lo extracontractual es para este autor “lo que una persona deja de ganar u obtener hacia el futuro, como consecuencia de un hecho que afecta la causa generadora de dicha utilidad”<sup>249</sup>, “una proyección en el tiempo de los efectos del ilícito... un obstáculo que impide la percepción de un provecho económico que, razonablemente y conforme al desarrollo normal de las cosas, ha debido obtener la víctima del delito o cuasidelito civil...una proyección causal que hace el juez de los efectos del ilícito.”<sup>250</sup>, y sus requisitos esenciales para hacer procedente su reparación son la certeza y realidad, deducidos de una sucesión causal normal y posible “aplicando los estándares ordinariamente aceptados en el medio respectivo”<sup>251</sup>. Para el autor, lo que determina la existencia del lucro cesante “es la causa generadora del mismo, su consecuencia probable y la razonable certeza de que no surgirán elementos sobrevinientes que alteren el orden regular de las cosas permitiendo la consecución del beneficio.”<sup>252</sup>.

c) DIEZ SCHWERTER en su obra de 1997, según se anticipó, no dedica un capítulo especial sistematizado de cada uno de los tipos legales de daño patrimonial mencionados en el artículo 1.556 del Código Civil; refiriéndose al lucro cesante en los siguientes términos: “lo que se ha dejado de ganar o percibir”<sup>253</sup>, en base a las precisiones de nuestros tribunales.

---

<sup>248</sup> *Ibíd.*, pp. 227 y 228.

<sup>249</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. *Op. cit.*, p. 267.

<sup>250</sup> *Ibíd.*, p.291.

<sup>251</sup> *Ibíd.*

<sup>252</sup> *Ibíd.*, p. 267.

<sup>253</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...*Op. cit.* p.57.

El autor luego se ocupa de enunciar la certeza como el más importante requisito que hace procedente su reparación.

d) Por su parte, BARROS BOURIE señala que “Si el daño consiste en que se impidió un efecto patrimonial favorable (porque no se produjo un ingreso o no se disminuyó el pasivo), el daño es calificado de lucro cesante. Hay lucro cesante, en consecuencia, si una persona deja de percibir ingresos por el hecho de estar inmovilizada a consecuencia de un accidente, o si el hecho culpable ha impedido que la víctima se libere de una obligación.”

e) DOMÍNGUEZ AGUILA señala “el lucro cesante por su naturaleza es siempre eventual, de modo que sólo es posible, a su respecto exigir la probabilidad de su ocurrencia, es decir, que de acuerdo al curso normal de las cosas el demandante habría obtenido la ganancia alegada, de no intervenir el hecho del demandado

### **2.2.2 Concepto de lucro cesante en la jurisprudencia**

A propósito de la extensión de la reparación del daño civil, tanto en el plano del incumplimiento contractual como en el de la responsabilidad aquiliana, nuestros tribunales se han pronunciado acerca de lo que caso a caso comprende el lucro cesante:

- “El lucro cesante consiste en la diferencia que dicha persona dejará de percibir durante el tiempo que habría vivido, a no mediar el accidente que le ocasionó la muerte, entre el interés legal, que es lógico suponer que los herederos seguirán obteniendo, y el interés convencional que la víctima obtenía merced a sus aptitudes personales.” (Corte Suprema, 26.08.1941 RDJ, Tomo 39, sección 1ª, p. 203).
- “(la) diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que tendría por medio del aumento que no se ha realizado, por causa directa del hecho ilícito, y que sin él, ciertamente se hubiese obtenido.”



(Corte de Apelaciones de Chillán, 05.05.1970, RDJ, Tomo 67, sección 2ª, p. 85).

- “Lo que se ha dejado de ganar o percibir como consecuencia del hecho ilícito.” (Corte Suprema, 26.11.1970, RDJ, tomo 67, sección 1º, p.535; también Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 06.10.1986, RDJ, tomo 83, sección 4º, p. 248).
- “(el artículo 1556 del Código Civil) se limita a sentar un principio de carácter general que obliga a decidir que de no indemnizarse ambos tipos de perjuicios (el daño emergente y el lucro cesante”, la reparación sería incompleta.” (Corte Suprema, 26.11.1970, RDJ, tomo 67, sección 1º, p.535).
- Lo que se ha “dejado de ganar... (y) que como contratante cumplidor, tenía derecho a exigir y percibir.” (Considerando Octavo sentencia Corte Suprema, 24.07.2007, Rol Casación N° 110-2007).
- “DECIMOCUARTO: Que habiéndose establecido que el demandado incumplió las obligaciones que le imponía el contrato, de tal incumplimiento emana la carga de reparar mediante la indemnización de perjuicios, y que comprende el daño material, que a su vez abarca el daño emergente, ... y el lucro cesante, que corresponde a la lesión sobrevenida o ganancia frustrada...” (Corte de Apelaciones de Arica, 01.04.2011, Rol 1-2011).<sup>254</sup>

De los pasajes anteriores se da cuenta del reconocimiento del lucro cesante como daño indemnizable y que se traduce en una privación de utilidades futuras, una ganancia frustrada.

### **2.2.3 Alcance del requisito de certeza en el lucro cesante**

---

<sup>254</sup> Otros fallos que conceptualizan el lucro cesante: Corte Suprema, 19.12.1955, RDJ tomo 52, sección 1º, p. 444; Corte Suprema, 26.11.1970, RDJ tomo 67, sección 1º, p. 535; Corte Suprema, 04.01.1971, RDJ tomo 68, sección 1º, p. 1; Corte Suprema, 23.05.1977, RDJ tomo 74, sección 4º, p. 281; y Corte de Apelaciones de PAC, 06.10.1986, RDJ tomo 83, sección 4º, p. 248.

Según se explicó anteriormente, lo primero que hay que considerar es la distinción entre los elementos de la responsabilidad civil y los requisitos de reparabilidad del daño en sede judicial, siendo éstos últimos plenamente aplicables al lucro cesante, en cuanto especie de daño patrimonial civil. Por consiguiente, los requisitos de reparación del lucro cesante en cuanto daño civil son los que la jurisprudencia ha venido exigiendo desde mediados del siglo pasado, y que son: licitud del interés lesionado, unido a la certeza y carácter directo del daño efectivamente sufrido<sup>255</sup>, pero con precisiones derivadas del carácter futuro de esta especie de daño y que se abordan a propósito del elemento certeza.

#### 2.2.3.1 El elemento certeza se presenta como razonable certeza o probabilidad objetiva

a) RODRÍGUEZ GREZ. Para este autor, quien parte de la base de que el lucro cesante es un daño cierto y futuro, consistente en “lo que una persona deja de ganar u obtener hacia el futuro como consecuencia de un hecho que afecta la causa generadora de dicha utilidad...”<sup>256</sup>, por lo que son las circunstancias existentes y concretas al momento del consumarse el hecho generador del daño “las que se proyectan razonablemente en términos de estimar cierto el efecto dañoso futuro”<sup>257</sup>. Se trata de un incumplimiento contractual o un ilícito civil que interrumpe en forma definitiva una futura ganancia económica que hasta ese momento se devengaba y percibía normalmente, por lo que dicho autor señala que el lucro cesante es una “proyección de los efectos del ilícito (o el incumplimiento contractual) en el tiempo”<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> El cual tiene directa relación con el elemento de la responsabilidad civil consistente en la existencia de una relación o nexo causal entre el hecho del tercero (incumplimiento contractual, delito o cuasidelito civil) y el daño.

<sup>256</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p. 267.

<sup>257</sup> *Ibíd.*, p. 267.

<sup>258</sup> *Ibíd.*, p. 347.

RODRÍGUEZ añade luego para apreciar el daño futuro, que el juez deberá examinar: 1) la causa del daño emergente, 2) el beneficio esperado, y 3) la razonabilidad de que el beneficio se verifique en el futuro, si se hubieran mantenido las condiciones existentes antes del hecho que interrumpe el beneficio esperado, por lo que para este examen el sentenciador tiene un mayor margen de discrecionalidad que la del examen del daño emergente.

En suma, en el lucro cesante la certeza debe ser razonable.

b) DIEZ SCHWERTER destaca como terreno conflictivo el requisito de certeza en el lucro cesante, como sinónimo de lo que se ha dejado de ganar o percibir, “por cuanto es imposible afirmar con absoluta certeza que en lo sucesivo se producirán tales ganancias y, en caso que así ocurra, a cuánto ascenderá su monto. Ello implicaría conocer el futuro, lo que está fuera del alcance de todo ser humano.”<sup>259</sup> Sentencia DIEZ que el lucro cesante “presentará siempre rasgos de eventualidad.”<sup>260</sup>.

Por la dificultad de su predicción, es “imposible exigir *certeza absoluta* en relación a su existencia.”<sup>261</sup>, aunque si debe configurarse algo más que “la mera posibilidad de su ocurrencia”<sup>262</sup>, por lo que debe buscarse “un criterio intermedio”<sup>263</sup>. Por consiguiente y coincidiendo con RODRÍGUEZ GREZ, se trata de una probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso.”<sup>264</sup>.

La probabilidad de la ocurrencia del lucro cesante consiste en que “de acuerdo al curso normal de las cosas, el demandante habría obtenido la ganancia alegada de no intervenir el hecho del demandado.

---

<sup>259</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 57.

<sup>260</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>261</sup> *Ibíd.*

<sup>262</sup> *Ibíd.*

<sup>263</sup> *Ibíd.*

<sup>264</sup> *Ibíd.*

El autor aterriza el requisito al señalar que en el juicio se deberá acreditar que “se percibían ingresos provenientes del ejercicio de alguna actividad y que ‘salvo hipótesis excepcional, era racional entender que los seguiría percibiendo’ el demandante.”<sup>265</sup>.

c) ALESSANDRI RODRÍGUEZ explica al lucro cesante como el daño que “necesariamente ha de realizarse”<sup>266</sup>, lo que se asocia a la prolongación de un estado de cosas existente o actual.

d) BARROS BOURIE habla de daño “suficientemente cierto”<sup>267</sup>, pues lo que ocurrirá en el futuro “rara vez tiene una certidumbre matemática”<sup>268</sup>. El lucro cesante como pérdida de beneficios futuros “se calcula proyectando, sobre la base de una probabilidad razonable, la situación que hubiere debido tener la víctima”<sup>269</sup> de no haber acaecido el ilícito o el incumplimiento contractual. El carácter cierto se opone el daño eventual o hipotético, el cual no es indemnizable, dando como ejemplo los posibles ingresos derivados del ejercicio de profesión cuya carrera recién se empieza a estudiar, lo cual es “excesivamente incierto... o no existe certeza razonable”<sup>270</sup>. La idea es no dar cabida a sueños de riqueza. El autor establece tres escenarios de certeza del lucro cesante: 1) la elevada probabilidad, equivalente a certeza; 2) “la probabilidad significativa de que el ingreso se llegue a producir”<sup>271</sup>; y 3) la probabilidad remota, caso último que equivale a daño hipotético o eventual, el cual “no da lugar a reparación”.<sup>272</sup>

---

<sup>265</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>266</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... *Op. cit.*, p. 214.

<sup>267</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... *Op. cit.*, p. 237.

<sup>268</sup> *Ibíd.*, p. 237.

<sup>269</sup> *Ibíd.*

<sup>270</sup> *Ibíd.*, p. 238.

<sup>271</sup> *Ibíd.*, p. 239.

<sup>272</sup> *Ibíd.*

### 2.2.3.2 El requisito de la certeza del lucro cesante en la Jurisprudencia

Nuestros tribunales han sido discordantes a la hora de establecer criterios en torno al requisito de la certeza de la existencia misma del lucro cesante, a diferencia de lo reflexionado por nuestros autores, quienes establecen que en el lucro cesante, la exigencia de su certeza pasa de ser absoluta a una de carácter razonable, según se ilustró anteriormente.

DIEZ SCHWERTER confirma esta realidad al sostener que, en materia de reparación del lucro cesante, es donde se han verificado “las más arduas discusiones sobre los alcances de las exigencias de certeza en el daño...”<sup>273</sup>.

En algunas ocasiones, nuestros sentenciadores han abandonado el criterio rígido de la certeza absoluta y concluyente, asumiendo en su reemplazo el criterio intermedio o estándar de la probabilidad, al estimarse las siguientes consideraciones:

- “(...) ha de comprender únicamente las utilidades reales probables y no las posibles...” (Corte de Apelaciones PAC, 06.10.1986, RDJ, tomo 83, sección 4°, p. 248).
- “(...) antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que deja de percibirse; de otro modo, la regulación no sería prudencial sino arbitraria.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26.05.1944, RDJ, tomo 41, sección 2°, p. 41).

### 2.2.4 Prueba del lucro cesante

En primer lugar debe tenerse presente que nuestros tribunales manifiestan consenso en el sentido de rechazar la indemnización de perjuicios si no se logró acreditar la existencia del daño, entendido éste último en términos genéricos, lo que es igual a señalar que el daño no se presume, sino por el contrario, debe probarse su existencia.

---

<sup>273</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 57.

Unido al consenso anterior, cabe señalar que en este tema otro consenso, de los pocos consensos judiciales en la materia – aunque no unánime-, establecido desde inicios del siglo pasado y vigente hasta el momento presente y que consiste en considerar el dilema sobre la existencia del daño como “una cuestión de hecho”, que escapa al control vía casación en el fondo, pero no a la casación en la forma por vulneración de las leyes reguladoras de la prueba.” (Corte Suprema, 06.01.1920, RDJ, tomo 18, sección 1º, p. 335). No obstante este consenso, parte de la doctrina considera que “determinar si existe o no (daño) es una cuestión de derecho, de calificación jurídica, susceptible de ser enmendada por la vía de la casación” en el fondo.<sup>274</sup>, por lo que “la calificación de si esos hechos constituyen daño es una cuestión de derecho.”<sup>275</sup>. Bajo esta última postura, sin embargo se reserva al juez de fondo “establecer soberanamente la existencia de los hechos materiales que producen el daño.”<sup>276</sup>.

De las reflexiones de los autores en torno a la naturaleza del lucro cesante, unido a la exigencia de una razonable certeza o probabilidad objetiva, bastará probar la probabilidad objetiva o la razonable certeza de la existencia del lucro cesante en cuanto daño que equivale a la pérdida de un beneficio futuro, para que proceda luego su evaluación prudencial por el juez y la sentencia condenatoria que ordene su reparación.

Esta prueba resulta aliviada, pues más que probar un hecho cierto, se prueba la probabilidad cierta y objetiva de un hecho futuro, por lo que a juicio de DIEZ SCHWERTER, el juez de la causa no puede rechazar la pretensión indemnizatoria del lucro cesante “bajo el pretexto de que no se ha acreditado de un modo fehaciente su monto preciso o que existen dificultades en cuanto a su manera de cálculo.”<sup>277</sup>. Advierte el autor en comentario, que la confusión de la existencia en sí del lucro cesante

---

<sup>274</sup> Ver DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 80 y ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., pp. 236 y 237.

<sup>275</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 80.

<sup>276</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 235.

<sup>277</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 58.

con la dificultad para determinar su valor por parte de nuestros tribunales, ha generado no pocas veces soluciones dispares e injustas, toda vez que si se exige acreditar el monto del lucro cesante, el juez estaría luego habilitado para rechazar la pretensión indemnizatoria.

Para BARROS BOURIE, por regla general “la prueba del daño corresponde al demandante”<sup>278</sup>, aplicando la regla del artículo 1698 del Código Civil, pero lo particular en cuanto a los diversos aspectos de la prueba del lucro cesante, es la dificultad para probar tanto su existencia (como certeza razonable) como su monto total, toda vez es imposible establecer una predicción de la duración o proyección temporal del lucro cesante y por lo tanto su monto global; por lo el autor anticipa que deberá acudir a parámetros objetivos para esta última finalidad.

Barros presenta el problema de la prueba del lucro cesante (existencia y monto) en dos escenarios:

1.- El escenario simple del “desarrollo ordinario de los acontecimientos”: Aquí, será complejo probar la existencia misma del lucro cesante, toda vez que “se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado”<sup>279</sup>, por lo que el demandante deberá acreditar la certeza razonable de su existencia. En cuanto al monto final, es complejo también probarlo con precisión, por lo que habrá que ofrecerle al juez adicionalmente “antecedentes estadísticos, expectativas de supervivencia, costos de mantención, que permitan (al juez de instancia) construir presunciones acerca del monto estimado de los daños”<sup>280</sup>, a los cuales BARROS denomina “criterios de valoración objetivos”<sup>281</sup>, los que permitirán al demandante “mostrar un procedimiento de cálculo del lucro cesante.”<sup>282</sup>. Los aludidos

---

<sup>278</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 262.

<sup>279</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>280</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>281</sup> *Ibíd.*

<sup>282</sup> *Ibíd.*, p. 263.

parámetros objetivos descartan todas las “circunstancias más detalladas que podrían afectar los ingresos futuros de la víctima”, por lo que existe una presunción del “curso ordinario de las cosas”, presunción que permite “proyectar un ingreso futuro sobre la base de los hechos mostrados en el juicio (ingresos del trabajo, margen de venta del comerciante... y otros semejantes), y de la experiencia general acerca de lo que pueda tenerse por desarrollo ordinario de los acontecimientos.”<sup>283</sup>.

2.- No obstante lo anterior, BARROS plantea un segundo escenario especial, que es aquél donde el lucro cesante no puede ser “inferido de un curso ordinario de los acontecimientos. Aquí la prueba de la existencia no será la de la razonable certeza de la ocurrencia del lucro cesante, sino la de la “*probabilidad* de su producción”<sup>284</sup>, de carácter hipotético, por lo que el autor sugiere escapar a la lógica del “todo o nada”<sup>285</sup>. Para este criterio de la probabilidad, BARROS advierte el peligro de establecer “juicios temerarios contruidos sobre una base precaria de causalidad”<sup>286</sup>. Finalmente, sugiere como solución para evitar arbitrariedad judicial, “definir el umbral mínimo de probabilidad que separa una mera eventualidad de una expectativa seria de ingresos futuros”<sup>287</sup>.

En suma, habrá que probar la certeza razonable o probabilidad de la ocurrencia del lucro cesante junto a otros hechos que permitan al juez establecer presunciones útiles para evaluar su duración y monto final.

---

<sup>283</sup> *Ibíd.*

<sup>284</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p.263.

<sup>285</sup> *Ibíd.*, p. 263.

<sup>286</sup> *Ibíd.*

<sup>287</sup> *Ibíd.*



## **2.2.5 Evaluación del lucro cesante. Criterios y rol prudencial del juez. Importancia para la hipótesis del derecho a reparación del lucro cesante del vendedor comisionista.**

En base al concepto del lucro cesante, como una proyección hacia el futuro de la pérdida de posibles ganancias, una expectativa objetiva de ingresos futuros, hay dos elementos que nos permitirán obtener su monto final: a) la base de cálculo de los ingresos de la víctima anteriores al hecho que causa el daño y b) la duración o proyección hacia el futuro de dichos ingresos.

### **2.2.5.1. Primer elemento: base de cálculo**

Para determinar el primer elemento, lo lógico será adoptar un criterio de los ingresos históricos<sup>288</sup>, a fin de establecer los ingresos efectivos y habituales en base al promedio de una cierta cantidad de meses de los ingresos inmediatamente anteriores al hecho que genera la interrupción hacia el futuro de dichos estipendios, o como proyección de los ingresos históricos o habituales de la víctima del daño antes de ocurrir el hecho que lo provoca, lo cual es el antecedente cierto que luego permitirá construir y cuantificar su proyección. BARROS BOURIE advierte en este modo de determinar la base de cálculo una cierta rigidez, toda vez que “puede ignorar el desarrollo normal y ordinario de la vida laboral de una persona, que, atendidas sus circunstancias, tiene una razonable expectativa de progreso...”<sup>289</sup>, no contemplando dos tipos de víctimas, cuyas características generan mayor incertidumbre en la estimación de los ingresos, a saber: a) víctimas jóvenes que aún no han iniciado su vida laboral, y, b) víctimas que son comerciantes, empresarios o profesionales independientes. Si bien estos casos se rodean de mayor incertidumbre, BARROS estima que “esa relativa indeterminación no justifica que la prueba del lucro cesante se tenga por imposible”<sup>290</sup>, siendo forzoso considerar factores como las destrezas de la víctima joven y su nivel de estudios superiores. En el caso puntual de los empresarios,

---

<sup>288</sup> *Ibíd.*, p. 280: “la historia de los ingresos pasados es un buen indicio de lo que se puede esperar en el futuro.”

<sup>289</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado... Op. cit.*, p. 278.

<sup>290</sup> *Ibíd.*, p. 278.

el criterio de los ingresos históricos demostrables con prueba documental de formulario 22 de declaraciones de impuesto a la Renta, tiene el problema de reflejar el aumento del capital más que con la capacidad de ganancia que puede haber sido afectada o dañada por el ilícito o el incumplimiento contractual de la contraparte.

#### 2.2.5.2 Segundo elemento: duración o proyección hacia el futuro

En cuanto al segundo elemento, teniendo previamente por establecida y acreditada la certeza razonable de la ocurrencia del lucro cesante (la cual debería sin más provocar la decisión judicial de acoger su reparación); el juez deberá adoptar criterios para limitar su proyección temporal hacia el futuro, juicio que implica una mayor complejidad y donde los criterios técnicos del ámbito de los seguros de vida o rentas vitalicias previsionales del DL N° 3.500, muchas veces son considerados por el juez para proceder a la evaluación de la indemnización.

#### 2.2.5.3 Fórmula de cálculo del monto total del lucro cesante y su relación con la hipótesis del presente estudio

En suma, los dos elementos anteriormente explicados, que se deben considerar para calcular el lucro cesante, en una operación aritmética de multiplicación:

$\text{Base de cálculo} \times \text{duración temporal} = \text{monto total del lucro cesante}$
---

La base de cálculo, cual sería un promedio de los ingresos de un cierto período inmediatamente anterior al hecho que causa el daño lucro cesante. Vale decir, un ingreso que refleje la capacidad de ganancia de la víctima conforme a su realidad laboral, intelectual, profesional o comercial. Aquí los medios de prueba podrán ser tanto las liquidaciones de remuneraciones y otros haberes derivadas de un contrato de trabajo, como boletas de honorarios por servicios profesionales independientes o

formularios de declaración de IVA e impuesto a la renta para el caso de víctimas de daño que se desempeñan como comerciantes o empresarios; pudiendo ser una combinación de todos los documentos anteriores, para el caso de personas que antes del daño generaban ingreso por actividades laborales, profesionales y comerciales a la vez. A Juicio de BARROS BOURIE, “la prueba de los ingresos pasados, que sirven de punto de partida para la estimación de los ingresos futuros, debe ser fehaciente, mediante constancias contables, declaraciones de impuesto a la renta y las demás evidencias probatorias que resulten igualmente inequívocas.”<sup>291</sup>.

En cuanto al segundo elemento, cual es el tiempo o duración del lucro cesante, señalamos recientemente que este punto radica la mayor dificultad para su determinación. En materia de accidentes del trabajo con resultado de muerte, muchas veces los jueces establecen la proyección temporal del lucro cesante en base al saldo de vida laboral activa de la víctima antes del siniestro, donde el fin de la vida laboral activa en condiciones normales lo establece el artículo 3° del DL N° 3500 o Ley de AFP, cual es de 65 años para hombres y 60 años las mujeres ( “ARTICULO 3° Tendrán derecho a pensión de vejez los afiliados que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad si son hombres, y sesenta años de edad si son mujeres...” ). La edad de la víctima, su nivel de calificación profesional, sus destrezas, sus competencias y su estado de salud son factores que afectarán la proyección del lucro cesante, pero su estimación no siempre conducirá a resoluciones uniformes.

Para BARROS BOURIE, hay que tener un estándar o referente, por lo que se debe partir de la base de que el lucro cesante es un ideal de ingresos netos que “pueden ser razonablemente esperados por una persona *como* el demandante, de conformidad al normal desarrollo de los acontecimientos”<sup>292</sup>. Más útiles resultan, a falta de prueba

---

<sup>291</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 280.

<sup>292</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 262.

de su monto, los criterios objetivos que permitan calcular el lucro cesante, unido a la presunción del “curso ordinario de las cosas.”<sup>293</sup>.

Situándonos en la hipótesis de nuestro estudio, hay una dificultad mayor en la proyección del lucro cesante del trabajador vendedor comisionista quien, con ocasión de su despido (causales de caducidad del contrato no imputables a su voluntad) dejará de percibir la partida legal remuneracional comisión, lo cual conforma su lucro cesante, lo cual se intensifica, si dicho trabajador ostenta una antigüedad laboral y antecedentes de comisiones históricas considerables, más aún si éstas iban en aumento sostenido por la buen desempeño de dicho vendedor, quien cumplía las metas exigidas por su empleador y aceptadas mediante la firma de los anexos de contrato de trabajo correspondiente y que tenía como expectativa seguir prestando servicios para dicho empleador. El criterio de vida útil laboral del DL N° 3500 podría ser considerado como una proyección temporal o duración excesiva, si se considera tanto la tendencia a la rotación laboral en Chile como un antecedente legal, cual es el tope temporal de la indemnización por años de servicios de 11 años establecida en el artículo 163 inciso 2° del Código del trabajo.

#### 2.2.5.4 Criterios alternativos para limitar la proyección temporal o duración del lucro cesante del vendedor comisionista

Adelantando nuestra postura, consideramos que pueden ser tres los criterios o escenarios de solución para establecer la proyección temporal o duración en el tiempo del lucro cesante del vendedor comisionista cuando es desvinculado por decisión de la entidad empleadora:

1° Criterio ideal de estabilidad en el empleo con respaldo en artículo 3° del D.L. N° 3.500. La duración del lucro cesante será el saldo de vida laboral útil de la víctima del daño, vale decir, el número de años que le quedan hasta cumplir 60 o 65 años si es mujer u hombre, respectivamente. Para BARROS BOURIE, este es un escenario que

---

<sup>293</sup> *Ibíd...*, p. 263.

simplifica la proyección o duración del lucro cesante, y en consecuencia la determinación de su monto total; toda vez que “no incorpora la probabilidad que por cualesquiera circunstancias pudiera haber terminado antes su vida laboral”<sup>294</sup>, por enfermedades o cesantía. Cabe señalar que para el caso concreto de un comerciante o empresario, no necesariamente la edad de pensionarse por vejez marca el ocaso de su actividad e ingresos.

2° Criterio especial legal laboral del tope a la indemnización por antigüedad: El lucro cesante del vendedor comisionista durará el tiempo que le reste para cumplir 11 años de relación laboral con la entidad empleadora que acaba de desvincularlo.

3° Criterio restringido de la proyección de las ventas de tracto sucesivo perfeccionadas con el cliente antes del momento del despido. El lucro cesante del comisionista se prolongará por todo el tiempo restante que dure hacia el futuro el vínculo comercial entre el cliente y el proveedor (empleador del vendedor), a contar de la desvinculación del vendedor y el plazo de dicho contrato cuando es de tracto sucesivo, según las estipulaciones del contrato firmadas por el cliente. Por ejemplo, un vendedor de Isapres, al mes anterior del despido “cerró” afiliaciones con clientes, quienes firmaron contrato de salud por un año, o un plazo mayor. La contrapartida aquí es que el proveedor del servicio gozará y percibirá por un año el precio mensual del valor del plan de salud contratado por el cliente, gracias a la venta afinada por dependientes que fueron despedidos por necesidades de la empresa o incluso a dependientes que siendo contratados a plazo fijo, no se les renovó el contrato.

Creemos que el primer criterio resulta excesivo para la situación especial del vendedor comisionista y su lucro cesante, siendo más afín con otros casos de daño, como por ejemplo, los derivados de daños corporales por accidente o muerte de una víctima, pues considera las expectativas de vida laboral activa de ésta.

En aras de la exigencia de la razonable certeza como presupuesto de reparabilidad del lucro cesante, creemos que los criterios segundo y tercero, vale decir, el del saldo

---

<sup>294</sup> *Ibíd.*, p. 277.

de años para llegar a los 11 años de antigüedad laboral con el empleador que decidió desvincular al vendedor comisionista, o el del saldo de duración efectiva de los contratos de venta de productos o servicios perfeccionados por el vendedor antes de su desvinculación son los más idóneos para brindar la solución reparatoria a dicho vendedor, criterios que deben a su vez combinarse con una solución de valoración de la base de cálculo, respectivamente, pudiendo ser, en el criterio del tope legal de la indemnización por antigüedad, más afín la base de cálculo del promedio las comisiones previas al despido, y, para el criterio de la proyección de los contratos de ventas de tracto sucesivo, el importe exacto del total de las comisiones de cada uno de los contratos perfeccionados al mes del despido.

2.2.5.5 Consideración final: la indemnización del lucro cesante, como la de todo daño, bajo el estatuto de la responsabilidad civil tiene una función reparatoria y no previsional

El juez de instancia en el juicio donde se discuta la indemnización de perjuicios por responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, debe tener presente, que “la función del derecho de la responsabilidad civil es reparatoria y no distributiva”<sup>295</sup>. Por lo que a la hora de estimarse el monto del lucro cesante a reparar, habrá que considerar “las efectivas expectativas de ingreso de la víctima”, por lo que debe desestimarse el factor de las necesidades susceptibles de cobertura de mecanismos de previsión o seguridad social, lo cual debe necesariamente relacionarse con el problema del cúmulo de indemnizaciones explicado en un acápite anterior, a propósito de los requisitos del daño.

Finalmente, debe aclararse la pretensión reparatoria del lucro cesante del vendedor comisionista, cualquiera sea el criterio para su determinación y cálculo, no excluye la pretensión reparatoria de otros daños derivados del mismo hecho de la desvinculación, tales como el daño emergente o daño moral derivado de la interrupción de la relación

---

<sup>295</sup> *Ibíd.*, p. 279.

laboral del vendedor comisionista, sobre todo de aquél que gozaba de una antigüedad que conformaba para dicho trabajador una garantía de estabilidad en el empleo presente y futura.

### **2.3 Jurisprudencia en torno al lucro cesante civil y comercial. Rechazo mayoritario y tendencia reciente a su aceptación paulatina**

Debe tenerse presente que, en materia de lucro cesante, nuestros tribunales se han inclinado mayoritariamente por rechazar su reparación, principalmente en base a una exigencia rígida de la certeza de dicho daño o por exigir probar su monto, lo cual a juicio de autores como BARROS BOURIE y DIEZ SHWERTER es poco feliz, toda vez que la tendencia reciente en materia de daño patrimonial, es a aceptar su reparación con la sola acreditación de su existencia, por lo que son los tribunales los llamados a “apreciar y deducir su monto, aun cuando no se haya rendido prueba sobre el particular...”<sup>296</sup>.

Por consiguiente, tradicionalmente, nuestros tribunales se han inclinado por el rechazo de la pretensión reparatoria del lucro cesante. DIEZ SCHWERTER ilustra la realidad jurisprudencial del siguiente modo: “Las contadas sentencias que han reparado el lucro cesante lo hacen (considerando)...antecedentes tales como la edad de la víctima y el monto de lo que ganaba.”<sup>297</sup>.

Por último, debe tener presente, que la causa inicial de muchos fallos catalogados como civiles, fue un vínculo laboral culminado súbitamente por la muerte del trabajador a causa de un accidente de trabajo. Las demandas indemnizatorias deducidas por los familiares del trabajador siniestrado en su mayoría se ventilan ante la justicia civil, en

---

<sup>296</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit., pp. 58, 59: “(...) la certidumbre del daño (en este caso lucro cesante) dice relación con su existencia y no con su cuantía ni con la mayor o menor dificultad para determinarla o apreciarla”, y p. 180. En similar posición BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 233, quien estima que por tener la responsabilidad civil una función primordialmente reparatoria, la incommensurabilidad del daño “no debe impedir su reparación”; “la certidumbre del daño no se extiende al período de tiempo, al monto y a la suma global que pueda estimarse necesaria para cubrirlos en el tiempo”, p.262.

<sup>297</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 181.

juicio ordinario de lato conocimiento, donde el familiar reclama el daño equivalente a la pérdida del sustento familiar que proporcionaba en vida el trabajador siniestrado y que en un escenario de normal curso de los acontecimientos, hubieses seguido otorgando al familiar que reclama. En estos supuestos, obviamente los fallos se tipifican como civiles, no obstante el origen del litigio se vincula a una relación contractual laboral súbitamente extinguida.

### **2.3.1 Criterios del rechazo de la indemnización compensatoria del lucro cesante**

#### **2.3.2.1 Rechazo por exigencia rígida de su certeza o certidumbre**

- Es difícil que en juicio se acredite la certeza del lucro cesante y más aún su importe monetario. (Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 07.04.1993, Rol N° 7263).
- “sólo son reparables los daños ciertos, es decir, aquellos que son reales y efectivos... y no los meramente eventuales” (Corte de Apelaciones de Concepción, 23.08.1999, RDJ, tomo 96, sección 4°, p.99).
- “No existe evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora del nombrado (...) durante toda su vida laboral, por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del accidente, hubiere necesariamente de perdurar de por vida” (Corte de Apelaciones de Santiago, 11.07.2000, Gaceta Jurídica, N° 241, p. 201, confirmada por Corte Suprema el 16.10.2000).
- “Para acreditar la certidumbre del daño, debe proporcionarse al juez antecedentes que permitan determinar la ganancia probable dejada de percibir por el acreedor, sin que sea suficiente, para tal fin, intentar apoyar esa pretensión en lo que la víctima del accidente pudo percibir, por concepto de remuneraciones, durante el resto de su vida laboral útil.”(Corte de Apelaciones de Santiago, 02.11.2001, Gaceta Jurídica, N° 257, p. 172).
- “El lucro cesante es susceptible de indemnización, cuando el perjuicio ha consistido en la privación de una ganancia cierta, y no de la eventualidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo, ya que es evidente que los



contratos de trabajo y sus particulares condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias...” (Corte de Apelaciones de Santiago, 08.04.2003, confirmada por Corte Suprema el 16.04.1998, en Revista Fallos del Mes, N° 509, p. 560).

- Otros fallos en similar sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 26.05.1944, RDJ, tomo 41, sección 2°, p. 41; Corte de Apelaciones de Concepción, 02.07.1955, RDJ, tomo 52, sección 4°, p. 156; Corte Suprema, 27.09.1968, RDJ, tomo 65, sección 4°, p. 241; Corte Suprema, 22.09.1976, Fallos del Mes N° 214, p. 199; Corte Suprema, 16.10.1978, RDJ, tomo 75, sección 4°, p. 594; Corte de Apelaciones PAC, 06.10.1986, RDJ, tomo 83, sección 4°, p. 248; Corte de Apelaciones de San Miguel, 02.12.1988, RDJ, tomo 85, sección 4°, p. 191; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 13.06.1989, Gaceta Jurídica N° 108, p. 84; Corte de Apelaciones de San Miguel, 20.06.1989, Gaceta Jurídica N° 108, p. 82; Corte de Apelaciones de Santiago, 04.09.1991, RDJ, tomo 88, sección 4°, p. 138; Corte de Apelaciones de Santiago, 11.11.1997, confirmada por Corte Suprema el 16.04.1998, en Revista Fallos del Mes, N° 473, p. 324; Corte Suprema el 14.04.1999, en Revista Fallos del Mes, N° 485, p. 503; Corte de Apelaciones de San Miguel, 19.07.1999, Gaceta Jurídica, N° 229, p. 153; Corte de Apelaciones de Copiapó, 06.08.1999, Gaceta Jurídica, N° 234, p. 95; Corte de Apelaciones de Concepción, 23.08.1999, RDJ, tomo 96, sección 4°, p. 199; Corte de Apelaciones de Santiago, 07.09.1999, Gaceta Jurídica, N° 231, p. 135; Corte de Apelaciones de Santiago, 28.10.1999, Gaceta Jurídica, N° 232, p. 195; Corte de Apelaciones de Santiago, 10.03.2000, Gaceta Jurídica, N° 237, p. 159; Corte Suprema, 30.01.2001, Gaceta Jurídica, N° 247, p. 150; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15.05.2001, Gaceta Jurídica, N° 256, p. 144; Corte de Apelaciones de San Miguel, 23.05.2001, RDJ, tomo 98, sección 3°, p. 103; Corte de Apelaciones de Santiago, 11.03.2002, Gaceta Jurídica, N° 273, p. 229; Corte Suprema, 27.03.2002, Gaceta Jurídica, N° 261, p. 80; Corte de Apelaciones de Concepción, 28.08.2002, Gaceta Jurídica, N° 266, p. 210; Corte Suprema, 13.11.2002, Gaceta Jurídica, N° 269, p. 39; Corte de Apelaciones de Santiago, 29.08.2003, Gaceta Jurídica, N° 278, p. 282.

### 2.3.1.2 Rechazo por insuficiencia probatoria de su monto

Cabe señalar que en ocasiones nuestros tribunales rechazan la indemnización del lucro cesante en base a la exigencia de rendir probanzas no sólo sobre su razonable certeza (probable existencia a futuro), sino también de su monto o bien esgrimiendo como argumento de rechazo -no obstante estar acreditada dicha especie de daño- la dificultad para adoptar criterios que permitan su proyección temporal o duración.

- Se consideró que “los daños propiamente patrimoniales es indudable que deben ser acreditados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto, situación dentro de la cual se encontraría en autos la indemnización que el actor caracteriza como lucro cesante”, para luego resolver el rechazo de la pretensión indemnizatoria considerar insuficiente el criterio de la ausencia del ingreso que aportaba un trabajador fallecido, en su calidad de jefe de hogar, como prueba de su base de cálculo. (Corte de Apelaciones de Santiago, 26.11.1990, Gaceta Jurídica, N° 123, p. 47).
- Otras sentencias en similar sentido: Corte Suprema, 08.07.1953, RDJ, tomo 50, sección 4°, p. 89; Corte Suprema, 19.07.1960, RDJ, tomo 57, sección 4°, p. 155; Corte de Apelaciones de San Miguel, 02.12.1988, RDJ, tomo 85, sección 4°, p. 191; Corte de Apelaciones de San Miguel, 08.08.1989, RDJ, tomo 86, sección 4°, p. 73; Corte de Apelaciones de Santiago, 26.09.1990, RDJ, tomo 87, sección 3°, p. 167; Corte de Apelaciones de Santiago, 02.11.2001, Gaceta Jurídica, N° 257, p. 172; Corte de Apelaciones de Santiago, 17.04.2002, RDJ, tomo 94, sección 2°, p. 31; Corte de Apelaciones de Concepción, 28.08.2002, Gaceta Jurídica, N° 266, p. 210; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13.12.2002, Gaceta Jurídica, N° 270, p. 183; y Corte de Apelaciones de Santiago, 01.07.2003, Gaceta Jurídica, N° 277, p. 149.

### 2.3.2.3 Consecuencias del rechazo de la reparación del lucro cesante

Tal como lo plantea BARROS BOURIE, el tradicional rechazo a la pretensión reparatoria del lucro cesante, bajo el argumento de “la exigencia de una prueba concluyente de los ingresos futuros, equivale a dejar a esta clase de perjuicios sin la

posibilidad de ser indemnizada o bien dejarla subsumida bajo la suma global que se reconoce sustitutivamente como daño moral<sup>298</sup>.

En efecto, es frecuente que nuestros tribunales rechacen el lucro cesante por déficit probatorio, para luego subsumirlo en la partida daño moral. A modo de ejemplo, citamos los siguientes fallos

- Corte de Apelaciones de Concepción (23.08.1999, RDJ, tomo 96, sección 4°, p.99), en el cual se rechaza el lucro cesante, pero a la vez se concede indemnización por daño moral.
- Corte de Apelaciones de Santiago (02.11.2001, Gaceta Jurídica N° 257, p.172), que concede únicamente indemnización por daño moral a trabajador accidentado.
- Corte de Apelaciones de Santiago (17.04.2002, RDJ, tomo 94, sección 2°, p.31), que concede únicamente indemnización por daño moral a víctimas de lesiones por accidente de helicóptero.
- Corte de Apelaciones de Concepción (02.11.2001, Gaceta Jurídica N° 266, p.210), que concede únicamente indemnización por daño moral a accidentado.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta (13.12.2002, Gaceta Jurídica N° 270, p.183), otorgando indemnización por daño moral propio a familiares de trabajador fallecido en accidente de trabajo.
- Corte de Apelaciones de Santiago (01.07.2003, Gaceta Jurídica N° 277, p.149), en la que se condena a pagar indemnización de daño moral a víctima cuyo daño la dejó incapaz para el trabajo.

Por último, cabe señalar, en clave estadística, que durante el período 1986-2004, para casos de demandas por daños derivados de la muerte de la víctima, el 94% de

---

<sup>298</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 279.

los sentenciadores concedió únicamente indemnización por daño moral y sólo un 2% acogió la pretensión reparatoria del lucro cesante.<sup>299</sup>

### 2.3.1 Criterios de acogida

Las pocas ocasiones en que nuestros tribunales han acogido la pretensión reparatoria del lucro cesante, han sido tanto como por un alivio probatorio de la exigencia de certeza absoluta de su ocurrencia como de la acreditación de su monto y duración, quedando a la prudencia del juez su estimación.

El lucro cesante se ha reconocido tanto para el plano de la responsabilidad contractual como para la aquiliana (Corte Suprema, 26.11.1970, RDJ, tomo 67, sección 1°, p. 535).

#### 2.3.2.1 Se acoge el lucro cesante en base al alivio probatorio de la certeza de su ocurrencia

En ciertas oportunidades nuestros jueces han accedido a la reparación del lucro cesante, en un escenario probatorio aliviado de la certeza de su existencia, toda vez que “la prueba que se rinda en relación al lucro cesante irá destinada a acreditar con razonable certeza que éste existe, lo que implica demostrar que se percibían ingresos provenientes del ejercicio de alguna actividad y que salvo ‘hipótesis excepcional, era racional entender que los seguiría percibiendo’ el demandante.”<sup>300</sup>. En este escenario, al acreditarse la razonable certeza del lucro cesante, gatilla el efecto ineludible de conceder su reparación “aun cuando haya dificultades en cuanto al modo en que se hará su reparación o a la forma de calcular su indemnización.”<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., nota N° 147 al pie p. 265.

<sup>300</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit., p. 58.

<sup>301</sup> *Ibíd.*,

- En sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1944 se estableció que “para evaluar el lucro cesante deben proporcionarse antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que dejó de percibirse.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26.05.1944, RDJ, tomo 41, sección 2º, p. 41).
- La indemnización del lucro cesante “ha de comprender únicamente las utilidades reales probables y no las posibles.” (Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 06.20.1986, RDJ, tomo 83, sección 4º, p. 248).
- La evaluación del lucro cesante requiere únicamente aportar “antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar una ganancia probable que deja de percibirse; de otro modo, la regulación no sería prudencial sino arbitraria.” (Corte de Apelaciones de Santiago, 26.05.1944, RDJ, tomo 41, sección 2º, p. 41).
- El lucro cesante, como daño futuro “es indemnizable siempre que sea cierto y no hipotético” (Corte de Apelaciones de Chillán, 05.10.1970, RDJ, tomo 67, sección 2º, p. 85).

#### 2.3.2.2 Se acoge aliviando o eximiendo al demandante de probar su monto exacto, recurriendo el juez a parámetros o criterios objetivos de evaluación

Otro aspecto particular en la acogida de la pretensión reparatoria del lucro cesante es la menor exigencia para el demandante de acreditar hechos que directamente conduzcan a su evaluación, dada la dificultad de su certeza y monto.

En este sentido, BARROS BOURIE comenta, que “a falta de todo indicio que sirva de base para la determinación de los ingresos futuros, alguna jurisprudencia ha optado, con mayor sensatez, por establecer una especie de baremo mínimo, que evita dejar a la víctima sin indemnización alguna.”<sup>302</sup>.

---

<sup>302</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 279.

Bajo este escenario procesal, y sin perjuicio de que el daño deba apreciarse en concreto<sup>303</sup>, las probanzas deberán encaminarse a hechos de los cuales juez establezca o derive presunciones que permitan determinar el monto del lucro cesante, pero estas presunciones “deben ser construidas sobre la base de razonamientos explícitos, que cumplan con los requisitos formales de argumentación de los artículos 1.712<sup>304</sup> del Código Civil y 426<sup>305</sup> del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario, la sentencia no cumple con la exigencia del artículo 170 N° 4<sup>306</sup> de ese ordenamiento y es susceptible de ser anulada por vía de casación en la forma (artículo 768 N° 5<sup>307</sup>).”<sup>308</sup>.

En similar sentido, RODRÍGUEZ GREZ estima que el lucro cesante “sólo puede deducirse de otros elementos que conduzcan a la conclusión de que el acreedor ha perdido una ganancia, beneficio o utilidad que con certeza habría podido obtener... Por consiguiente, el lucro cesante sólo puede establecerse sobre la base de una presunción, nunca de una prueba directa. Será el juez el encargado de fijar las bases sobre las cuales se deduce presuntivamente la existencia del lucro cesante, en el

---

<sup>303</sup> Sobre la necesidad de apreciación del daño en concreto, en oposición a la apreciación en abstracto, ver ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., pp. 405 y 561; y BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 266.

<sup>304</sup> Ubicado en el Título XXI de la Prueba de las Obligaciones: “Art. 1712. Las presunciones son legales o judiciales. Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.”.

<sup>305</sup> “Art. 426 (428). Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil.  
Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.”.

<sup>306</sup> “Art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: 4° Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;”.

<sup>307</sup> “Art. 768. (942). El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 5a. En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170;”.

<sup>308</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 266.

entendido de que ello no es más que una proyección ideal de un hecho que no ha ocurrido.”<sup>309</sup>.

Cabe aclarar que la mayor o menor alivación probatoria del monto y la correlativa prudencia del juez dependerá de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, toda vez que existiendo norma legal, a saber, el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, y no teniendo nuestros tribunales una interpretación uniforme de dicha norma, en el sentido de que si se aplica únicamente al ámbito contractual o también alcanza al extracontractual,

Para ilustrar el criterio de la alivación de la prueba directa de su monto, destacamos los siguientes pronunciamientos:

- Una vez probada la razonable certeza de la ocurrencia del lucro cesante, procede acoger la pretensión indemnizatoria, “pudiendo los jueces, en cuanto a su monto, regularlo en forma prudencial...” (Corte Suprema, 23.05.1977, RDJ, tomo 74, sección 4º, p. 281).
- En el mismo sentido: Corte Suprema, 14.06.1954, RDJ, tomo 51, sección 1º, p. 384; Corte Suprema, 24.10.1968, RDJ, tomo 65, sección 4º, p. 293; Corte Suprema, 21.01.1988, RDJ, tomo 85, sección 4º, p. 1; Corte Suprema, 23.05.1977, RDJ, tomo 74, sección 4º, p. 281; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 07.04.1993, Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 192, p. 214; y Corte de Apelaciones de Santiago, 08.11.1994, Gaceta Jurídica N° 173, p. 138.
- La tendencia creciente a adoptar este criterio aliviado, a juicio de DIEZ SCHWERTER parte en 1986, en virtud de pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de PAC, de fecha 11,12,1986 (en RDJ, tomo 83, sección 2º, p. 110).

---

<sup>309</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 253.





## CAPÍTULO III

### DEL LUCRO CESANTE EN MATERIA LABORAL

#### **3.1 El daño en materia laboral y las indemnizaciones tarifadas legales del despido**

##### **3.1.1 Recepción de la idea del daño para el plano laboral. Tipos de daño**

Habiendo exhibido las ideas matrices en torno a los institutos claves del estatuto jurídico de la responsabilidad civil y considerando que el Derecho Laboral es una rama de reciente data, es posible afirmar que el daño, tanto patrimonial como moral tienen cabida al interior del vínculo contractual laboral, el cual aun siendo de naturaleza sui generis, dada la desigualdad de las partes contratantes, no es menos cierto que dicho daño deriva del incumplimiento de una o más prestaciones económicas o ético-jurídicas que conforman el abanico de obligaciones que dicho vínculo impone con marcado peso en la persona del empleador, quien es el más expuesto, en consecuencia, a incumplir las numerosas obligaciones laborales y previsionales y por consiguiente, a causar daño a la persona del trabajador, tanto económico como moral.

##### **3.1.2 Casos de daño patrimonial laboral**

El daño patrimonial laboral deriva del incumplimiento, por parte del empleador, de las obligaciones económicas que se traducen en el pago de sumas de dinero, tanto laborales en sentido estricto, como de las previsionales, siendo aplicable supletoriamente la regla legal del artículo 1559 del Código Civil<sup>310</sup>, por lo que la

---

<sup>310</sup> “Art. 1559. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1ª Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

reparación por la no satisfacción al trabajador se traduce en el recargo de intereses, al ser éstos, el modo legal de reparación por equivalencia del daño.

Las obligaciones económicas del contrato de trabajo son obligaciones de dar sumas de dinero al propio trabajador o a terceros en calidad de administradores de los diversos mecanismos previsionales cuyo beneficiario es el propio trabajador, y siendo consistentes con el régimen general de responsabilidad contractual en materia civil establecido del Título XII del Libro IV del Código Civil chileno, podemos afirmar que el incumplimiento de dichas obligaciones consiste tanto en el retardo como en el no pago de las cantidades en por parte del empleador de estos deberes legales de connotación patrimonial.

#### 3.1.2.1 Por incumplimiento de obligaciones económicas del contrato de trabajo

Las obligaciones o deberes económicos del contrato de trabajo son:

- a) El pago de remuneraciones y asignaciones no remuneracionales en dinero individualmente pactadas;
- b) Pago de sumas de dinero reconocidas como debidas por el empleador en el finiquito, correspondientes a remuneraciones, asignaciones no remuneracionales, compensación de feriado proporcional y eventual indemnización tarifada legal por antigüedad e indemnización sustitutiva del aviso previo del despido por necesidades de la empresa, u otras indemnizaciones pactadas voluntariamente, procedentes caso a caso; y
- c) Pago de beneficios pactados colectivamente contenidos en convenios o contratos colectivos.

---

2ª El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3ª Los intereses atrasados no producen interés.

4ª La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”

En todos estos casos, al tratarse de obligaciones laborales dinerarias, el mecanismo de reclamación judicial perseguirá tanto el cobro tanto del capital, vale decir, el cumplimiento en naturaleza, como de los intereses o cumplimiento por equivalencia indemnizatorio.

El modo de reclamación judicial será el siguiente:

*i. Juicio declarativo ordinario*

Ante el respectivo Juzgado de Letras del Trabajo o Juzgado de competencia común, quien, en virtud del artículo 420 letra a) del Código del Trabajo.

*ii. Cumplimiento incidental de la sentencia o juicio ejecutivo (de cobranza laboral)*

Ante Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional o juez de competencia laboral "...en aquellos territorios jurisdiccionales en que no existan..."<sup>311</sup> los primeros, en virtud del título ejecutivo que se presenta a cobro. Se aplican las reglas procesales contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, artículos 473 y siguientes.

Los títulos ejecutivos laborales en la actualidad están señalados en los artículos 169, 463 y 468 del Código del Trabajo.

• Títulos del artículo 463:

1. Las sentencias ejecutoriadas;
2. La transacción, conciliación y avenimiento que cumplan con las formalidades establecidas en la ley;
3. Los finiquitos suscritos por el trabajador y el empleador y autorizados por el Inspector del Trabajo o por funcionarios a los cuales la ley faculta para actuar como ministros de fe en el ámbito laboral;

---

<sup>311</sup> Art. 421 del Código del Trabajo chileno.

4. Las actas firmadas por las partes, y autorizadas por los Inspectores del Trabajo y que den constancia de acuerdos producidos ante éstos o que contengan el reconocimiento de una obligación social, o sus copias certificadas por la respectiva Inspección del Trabajo;
5. Los originales de los instrumentos colectivos del trabajo, respecto de aquellas cláusulas que contengan obligaciones líquidas y actualmente exigibles, y las copias auténticas de los mismos autorizadas por la Inspección del Trabajo, y
6. Cualquier otro título a que las leyes laborales o de seguridad social otorguen fuerza ejecutiva.

- Título del inciso final del artículo 169 del Código del Trabajo: incorporado por la reforma procesal laboral de la ley N° 20.087. “Se trata del aviso por el que el empleador pone término al contrato de trabajo de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 inciso primero, esto es, de las necesidades de la empresa, por el que queda obligado de su sola aplicación al pago de la indemnización por años de servicio y a la indemnización sustitutiva del aviso previo en caso de que éste no se dé, por lo que, en caso en que esas no se paguen, el aviso constituye el título suficiente para seguir la ejecución, pudiendo en tal caso el juez incrementar las indemnizaciones hasta en un 150%.”<sup>312</sup>.

“De este modo, constituye título ejecutivo laboral el aviso de despido por término de contrato en virtud de las necesidades de la empresa.”

- Título del artículo 468 del Código del Trabajo: se trata del pacto suscrito por las partes ante el juez de la causa.

### 3.1.2.2 Por incumplimiento de obligaciones previsionales asociadas del contrato de trabajo

---

<sup>312</sup> ACADEMIA JUDICIAL. Manual de la cobranza ejecutiva laboral y previsional. Los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y el procedimiento ejecutivo. Año 2006, pp. 101 y 102.

Las obligaciones previsionales de carácter monetario operan sea como cotización, vale decir, descuento de la remuneración del trabajador, la cual de retiene, declara y paga a la entidad previsional correspondiente; o como aporte directo del empleador a la entidad previsional.

Las obligaciones previsionales de carácter monetario son:

- a) Pago, con cargo a las remuneraciones del trabajador de la cotización previsional legal obligatoria de vejez e invalidez común a la AFP;
- b) Pago, con cargo a las remuneraciones del trabajador de la cotización previsional legal obligatoria de salud a FONASA o ISAPRE;
- c) De existir contratación indefinida, la cotización del 0.6% del Seguro de Cesantía administrado por la AFC;
- d) Afiliación y pago directo de la cotización básica obligatoria del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley N° 16.744, correspondiente al 0,95% del total de las remuneraciones al interior de la empresa, y además, la cotización adicional diferenciada; y
- e) Pago de cotización adicional para pensión de vejez anticipada de trabajadores reconocidos como sujetos a “trabajo pesado”, en los términos de la Ley N° 19.404 y Decreto Supremo N° 71 sobre Comisión Ergonómica.

La reclamación de cualquiera de estas obligaciones previsionales asociadas al vínculo contractual laboral se verifica como juicio declarativo, según se anotó recientemente, en virtud del artículo 420 letra c) del Código del Trabajo o como cobranza previsional, si existe el título ejecutivo respectivo, pero aplicándose directamente las normas especiales de la ley N° 17.322.

Los títulos ejecutivos de seguridad social se encuentran establecidos en las siguientes normas:

- Ley 17.322: Artículos 2º, 3º, 4º, 17, 22 a) y 31
- DFL N° 2/1967 MTPS
- Ley N° 18.010: artículo 6º

- Ley N° 19.799: artículos 3º, 4º y 5º
- Código Civil: artículo 2472
- DL N° 3.500: artículos 2º, 19 y 31

### **3.1.3 El daño moral laboral**

Sostenemos en este punto, que el daño moral laboral, podrá ser contractual o extracontractual, dejando por establecido, a nuestro juicio, el grueso de las posibilidades se asocia a un daño moral contractual, distinguiendo dos posibles situaciones: daño moral derivado del incumplimiento de obligaciones económicas laborales y daño moral derivado del incumplimiento de deberes ético-jurídicos laborales.

#### 3.1.3.1 Daño moral contractual derivado del incumplimiento de obligaciones económicas

El daño moral deriva tanto del retardo como en el no pago por parte del empleador de las cantidades de dinero correspondientes a las obligaciones económicas laborales antes señaladas. Para que proceda su reparación deben acreditarse en juicio los presupuestos que nuestra jurisprudencia ha establecido para el daño moral contractual y que son: la existencia del daño, entendido tanto en su noción tradicional -como sinónimo de *pretium doloris* (noción mayoritaria en nuestra jurisprudencia)- como en su acepción contemporánea, asimilable a la lesión de intereses extrapatrimoniales con proyección patrimonial; su licitud, certeza y su vínculo causal directo con incumplimiento del empleador.

#### 3.1.3.2 Daño moral contractual derivado del incumplimiento de obligaciones ético-jurídicas

Aquí es donde se presentan las mayores posibilidades de daño moral. Apoyamos nuestra aseveración citando a BARROS BOURIE cuando señala, a propósito de los límites a la extensión del daño moral y su consiguiente reparación en el ámbito

contractual, lo siguiente: “algunos contratos que naturalmente comprenden la protección de intereses extrapatrimoniales... Es el caso de la obligación de seguridad de los contratos de trabajo, de transporte de personas y de servicios médicos.”<sup>313</sup>.

Las citadas obligaciones ético-jurídicas o contenido ético jurídico del vínculo laboral, equivalen a deberes de cuidado y respeto por parte del empleador respecto de sus trabajadores, las cuales se encuentran establecidas en reglas normativas de rango legal, reglamentario y constitucional.

El establecimiento de los deberes ético-jurídicos en el nivel constitucional, se manifiesta con nitidez a partir de la reforma de la ley 19.759 de 2001 y el refuerzo procesal en virtud de la reforma de la ley 20.087. En virtud de dichas reformas, el contenido ético-jurídico se robustece al incluirse el respeto a los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, no discriminación, negociación colectiva, justa retribución) e inespecíficos del trabajador (“ciudadanía laboral”).

### **3.1.4 Cese del vínculo contractual laboral e indemnizaciones a que da lugar**

#### **3.1.4.1 Breve aproximación histórica a las normas del despido**

Siguiendo en este aspecto a GAMONAL CONTRERAS, como una manera de entender la naturaleza misma de la indemnización por años de servicios (tarifada legal por antigüedad), las normas relevantes son las siguientes:

- **Ley 4059 de 1924 sobre Contrato de Trabajo entre Patrones y Empleados Particulares.**

---

<sup>313</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 343.

Implicó la absorción del estatuto comercial que se aplicaba al auxiliar del comercio que se vincula bajo subordinación y dependencia con el principal, toda vez que se incluyen el siguiente artículo:

*“Art. 29. El contrato de trabajo a que se refiere esta ley, termina por las causales generales de espiración y, en especial, por las señaladas en el artículo 333 del Código de Comercio.”*

Por su parte, el mencionado artículo 333 del Código de Comercio dispone:

“Art. 333. Sólo son causas legales de rescisión por parte del principal:

1a Todo acto de **fraude o abuso de confianza** que cometa el factor o dependiente;

2a La ejecución de algunas de las **negociaciones prohibidas** al factor o dependiente;

3a Las **injurias o actos** que, a juicio del juzgado de comercio, comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses del comitente.”

Otra norma relevante de la citada ley es la siguiente:

*Art. 31. Los patrones deberán abonar, además, a los empleados que hubieren servido mas de un año, a título de indemnización y en los casos en que su acto voluntario ponga fin al contrato, una suma igual a tantos sueldos mensuales como fueren los años completos de servicios.*

- **Código de 1931**

“En materia de terminación del contrato, refundía las leyes Nos. 4.053 y 4.059 de 1924, las cuales disponían que los contratos de trabajo de los obreros podían terminar por libre desahucio con la única obligación de otorgar un plazo de preaviso de 6 días de anticipación. Respecto de los empleados particulares, existía el desahucio con un preaviso de un mes de anticipación, más una indemnización a cargo del empleador equivalente a tantos sueldos mensuales como fueren los años



completos de servicio, cuando el empleador por acto voluntario ponía fin al contrato.”<sup>314</sup>.

Se mantiene la indemnización por antigüedad tarifada, sin tope de años, de la ley Nº 4.059.

- **Ley 16.455 de 1966**

Tiene el mérito de establecer un estatuto común y general “de terminación de contrato de trabajo para obreros y empleados particulares.”, manteniendo la indemnización tarifada por antigüedad del Código de 1931, sin tope de antigüedad.

Crea, además una indemnización especial por despido injustificado, vale decir, aquél que no se enmarcaba dentro de las causales del artículo 2º de dicha ley, “muy similares a las actuales del artículo 160”<sup>315</sup>, junto a una causal especial no disciplinaria, suerte de germen de la actual necesidades de la empresa del artículo 161, pues señalaba el artículo 2º Nº 10 de la antigua ley “Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; es decir, las del despido disciplinario sin derecho a indemnización.”

Se establece una nueva indemnización, adicional a la tarifada por antigüedad en el artículo 8º de la ley, “Cuando el Juzgado resuelva que la terminación del contrato ha sido injustificada” y el empleador se negare a reincorporar al trabajador. El artículo además disponía un tope al señalar: “la respectiva indemnización, la que no podrá ser inferior a un mes por año de servicio continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no inferior a seis meses. Esta indemnización es sin perjuicio de

---

<sup>314</sup> GAMONAL CONTRERAS. Daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago, EDITREM, 2000, pp. 45 y ss. En esto el autor cita a THAYER, W y NOVOA, P. Manual de derecho del trabajo, tomo II, Santiago, EDITORIAL Jurídica de Chile, 1989.

<sup>315</sup> *Ibíd.*, p. 46.

cualesquier otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contratos otorguen al trabajador.”

En el artículo 9º inciso final, instaura la primera forma histórica del despido indirecto: “Si quien incurriere en alguna de las causales enumeradas en el artículo 2º de esta ley, en lo que le sean aplicables, fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al respectivo Juzgado para que éste, de acuerdo con las normas de los artículos 7º y 8º de la presente ley, fije la indemnización que proceda sin perjuicio de las acciones civiles y criminales que el trabajador pudiere deducir en contra del empleador.”.

- **Decreto Ley Nº 2.200 (Plan Laboral)**

Es una norma de reformas múltiples al estatuto histórico del contrato de trabajo en general

Entre otros aspectos “estableció el desahucio del empleador como casual general para poner término al contrato; se dispuso una indemnización de un mes por año de servicio”<sup>316</sup> y, lo más relevante, “se suprimió el derecho a reincorporación del trabajador injustamente despedido”<sup>317</sup>, para lo cual se tuvo que incluir una norma que declaró expresamente la incompatibilidad de la indemnización por antigüedad con cualquier otra, precisamente, como consecuencia de haberse erradicado el derecho a indemnización sustitutiva de la reincorporación, norma que es el antecedente y la justificación histórica del actual artículo 176 inciso segundo, con lo que resulta relevante concluir que en materia de despido, en base al principio de reparación integral del daño, la reparación del daño patrimonial o moral con ocasión del despido, puede acumularse a la tarifada por antigüedad, de considerarse que esta última no tiene un carácter indemnizatorio sino otro, el cual sería un “premio a la fidelidad” y un

---

<sup>316</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>317</sup> *Ibíd.*

medio de “previsión y asistencia social”<sup>318</sup> o también un freno a la aplicación indiscriminada de la actual causal necesidades de la empresa.

#### 3.1.4.2 Naturaleza de las indemnizaciones del despido. Discusión doctrinaria

En términos simples son dos las situaciones que abren el debate:

- a) Indemnizaciones con ocasión del término de la relación laboral
- b) Indemnización por vulneración de derechos fundamentales

##### a) Indemnizaciones con ocasión del término de la relación laboral

Desde un enfoque tradicional, es preciso aclarar que en nuestro ordenamiento muestra consenso generalizado en torno a la idea de que el derecho a despedir no es ilimitado, por lo que debe ejercerse sin cometer abuso ni violación de la buena fe, por lo que debe tener siempre un fundamento o justificación.

En general, las indemnizaciones laborales tarifadas por despido pueden tener tres finalidades:

- i. Compensatoria del esfuerzo y desgaste del trabajador, para el caso del despido por necesidades de la empresa, que obliga al empleador a pagar una indemnización por antigüedad superior a un año, con tope legal de once.
- ii. Sancionatoria del término unilateral a voluntad del empleador que despide en forma inesperada (cuando se aplica correctamente causal necesidades de la empresa, y se indemniza con las partidas de los artículos 162 y 163 del CT) o abusiva (cuando el despido es declarado indebido, injustificado o

---

<sup>318</sup> Ibíd., p. 48

improcedente, al tenor del art. 168 del CT y por lo tanto se condena a indemnizar con recargos tarifados). Bajo esta mirada, las indemnizaciones tarifadas legales y sus recargos no compensan un daño en particular, sino que castigan la conducta del empleador quebrantadora de la continuidad y estabilidad laboral o su error al separar injustificadamente al trabajador. En consecuencia, sería procedente que el trabajador desvinculado, acumulase a su demanda de despido injustificado, la indemnización del daño moral.

- iii. Reparatoria del daño moral ocasionado por la invocación maliciosa de causales que afectan la honra y dignidad del trabajador, tales como las del artículo 160 N° 1, 5 y 6 del Código Laboral. En este supuesto se ubicaría el recargo del 100% de la indemnización que se conceda judicialmente, cuando el juez declara indebido el despido -decidido por el empleador bajo las causales recién descritas- y además carente de motivo plausible, en virtud de lo dispuesto en el art. 168 inciso 2° del CT.

Ahora bien, en el supuesto de que el trabajador reclamase la reparación del daño moral sufrido a raíz del despido injustificado o improcedente, por invocación errónea de las causales del art. 159 o del art. 161, ambos del CT, respectivamente; a juicio de autores laboristas como GAMONAL CONTRERAS<sup>319</sup> y UGARTE CATALDO<sup>320</sup>, quienes consideran que las indemnizaciones tarifadas legales no “absorben” ni reparan del daño moral acaecido a partir del despido, y considerando además el principio de la reparación integral del daño; el posible daño moral derivado del despido, por haberse generado en el último momento del vínculo laboral, y por transgredir el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, latamente reglado, es reclamable como daño de carácter contractual laboral; por lo que será el juez laboral quien conozca la demanda de indemnización del daño moral, como una diversa y acumulable a la de impugnación del despido, e interpuesta coetáneamente con ella. En suma, para estos

---

<sup>319</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El Daño moral en el contrato.... Op. cit., p.25 y ss.

<sup>320</sup> UGARTE CATALDO, J. L. Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo Procedimiento de Tutela Laboral. En Ensayos Jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, N° 2, Santiago, 2006, p. 34.

autores, el eventual daño moral derivado de un despido mal ejecutado, es de naturaleza contractual laboral acumulable a las indemnizaciones tarifadas legales, toda vez que estas últimas serían de naturaleza sancionatoria (en los recargos) o compensatoria del desgaste personal del trabajador a lo largo de la relación laboral (las indemnizaciones propiamente tal) o reparatoria, pero sólo del daño patrimonial del despido, mas no el moral.<sup>321</sup>

No obstante lo expuesto recientemente, para autores civilistas como DOMÍNGUEZ ÁGUILA<sup>322</sup> sostienen la postura parcialmente contraria, cual es sostener derechamente que no son acumulables las demandas de de indemnización del daño moral con las derivadas del despido injustificado ante el mismo juez laboral, por considerara que el daño moral debe reclamarse en sede civil bajo el estatuto de la responsabilidad extracontractual, toda vez que “la indemnización fijada por el artículo 168 del Código del Trabajo no reviste carácter de única y total”<sup>323</sup>, por lo que cabe la reparación de otros daños que cause el despido.

En cuanto a la jurisprudencia, hay un criterio riguroso mayoritario de negar la procedencia del daño moral a raíz de un despido. Como ejemplo citamos los siguientes fallos: 1) Corte Suprema, 24.09.2007, Rol Casación N° 4649-2006; Corte Suprema, Rol 3680-00 y Corte Suprema, Rol 5737-04.

---

<sup>321</sup> GAMONAL CONTRERAS afirma que en aquellos sistemas con indemnización legal tarifada según antigüedad del trabajador no se resarce el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del despido, por lo que “el monto de la indemnización no considera el perjuicio sufrido... Por otra parte, si el trabajador encuentra de inmediato trabajo no existe daño y no procedería la indemnización”. El autor afirma a continuación que “El actual régimen indemnizatorio por años de servicio del Código de 1994... es de naturaleza jurídica compleja. Opinamos que participa de la idea del ‘premio a la fidelidad’ para aquellos trabajadores que han laborado cierto tiempo en la empresa...en consideración a que la indemnización procede para los trabajadores que tienen una antigüedad mínima de un año, y que la tarifa legal se calcula en relación a los años de servicio”, y no en base al real daño patrimonial y moral sufrido. El autor añade que en el caso de la causal del art.161, reviste un fin inhibitor del despido o de promoción de la estabilidad en el empleo y sentencia que “no resarce el daño producido por el trabajador por el despido”. Ver GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago, EDITREM, 2000, p. 43 y 48 y ss.

<sup>322</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Reparación del daño moral por despido injustificado. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°2, pp.431-445.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 443.

## b) Indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Respecto de la indemnización tarifada por vulneración de derechos fundamentales, regulada en los artículos 489 inc. 3° y 495 del CT, GAMONAL CONTRERAS sostiene que dicha indemnización es de naturaleza reparatoria del “daño material y moral” sufrido por el trabajador cuyo derecho fundamental ha sido vulnerado por el empleador<sup>324</sup> y adicional a la que proceda en el supuesto del despido vulneratorio y además injustificado.

Para UGARTE CATALDO<sup>325</sup>, es sancionatoria, por lo que no obsta a que el trabajador reclame en un artículo aparte, la reparación del daño moral padecido a raíz de la vulneración de sus derechos fundamentales, sobre todo si se trata del su integridad física y psíquica o su honra, intimidad y dignidad.

### 3.1.4.3 Cuantía o magnitud.

En la actualidad, la indemnización tarifada legal por despido por necesidades de la empresa tiene un tope de 330 días de remuneración y la base de cálculo se regula en el artículo 172 del Código del Trabajo, cuyo sentido es excluir los estipendios esporádicos, sean o no remuneración según la tipificación del artículo 42.

### 3.1.4.4 Situación especial del Despido Indirecto del art. 171 del Código del Trabajo

Siguiendo a GAMONAL CONTRERAS, “en el despido indirecto, el empleador ha incurrido en ciertas causales de caducidad que facultan al trabajador para poner término al contrato. En estos casos será necesario establecer si la falta del empleador

---

<sup>324</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El Daño moral en el contrato.... *Ibíd.*, p.151 y ss.

<sup>325</sup> UGARTE CATALDO, J.L. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: notas a propósito del nuevo procedimiento. *Revista Derecho Laboral*, Tomo XLIX N° 221. Enero- marzo 2006, Montevideo.

ha provocado un daño moral al trabajador, para determinar si procede la indemnización.”<sup>326</sup>.

La figura del despido indirecto, significa una serie de situaciones de indisciplina cometidas por el propio empleador o sus representantes, donde el trabajador ha mantenido una conducta correcta, situación que le da derecho a éste último a solicitar se dé término al vínculo laboral con derecho a percibir la indemnización tarifada legal por antigüedad, por lo que afirmamos, nada obsta a que el trabajador comisionista, exija adicionalmente la reparación del lucro cesante en los términos que ya comentamos, con lo cual afirmamos el cúmulo de las indemnizaciones tarifada legal por antigüedad con la del lucro cesante.<sup>327</sup>

### **3.2 Realidad de la Jurisprudencia en torno al lucro cesante laboral**

En materia laboral, el grueso de las pretensiones reparatorias del lucro cesante tienen lugar a propósito de dos grupos de situaciones tipo, la primera de ellas, el despido anticipado, injustificado, o indirecto y, la segunda, a causa de accidentes de trabajo con resultado de lesiones incapacitantes o muerte del trabajador.

Deben tenerse presente en este punto, las consideraciones tratadas en el punto 2.3 de la presente memoria, en el sentido de que en materia de lucro cesante reclamado en sede civil, nuestros tribunales han sido mayoritariamente reacios a acceder a su reparación, sea por una exigencia rígida de la certeza de dicho daño , o por exigir probar su monto; frente a lo cual nuestros autores difieren, argumentando éstos últimos que la tendencia reciente en materia de daño patrimonial de aceptar su reparación con la sola acreditación de su existencia, por lo que son los tribunales los

---

<sup>326</sup> GAMONAL CONTRERAS. Daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago, EDITREM, 2000, pp. 61 y ss.

<sup>327</sup> *Ibíd.*, p. 57 y ss...

llamados a “apreciar y deducir su monto, aun cuando no se haya rendido prueba sobre el particular.....”<sup>328</sup>.

### **3.2.1 Reclamo del lucro cesante con ocasión del despido**

En este grupo de demandas con ocasión del despido, impropiaamente denominado “caducidad” del contrato de trabajo, el empleador pone término a la relación laboral, tanto por causales de mal comportamiento del trabajador, tipificadas en el artículo 160 del Código del Trabajo, como por la causal genérica “necesidades de la empresa” y sus especificaciones, contemplada en el artículo 161 del CT, despido frente al cual, muchas veces el trabajador reacciona impugnando la causal, acogiéndose al art. 168 del CT, estimándola dicha causal como indebida (causales del artículo 160) o improcedente (causal art. 161), para que en definitiva se el intérprete judicial quien establezca si los hechos se pueden subsumir dentro de la causal de despido esgrimidas por el empleador en el caso sometido a discusión.

Dentro de este primer grupo de litigios, también destaca la impugnación de la terminación anticipada del contrato de trabajo, sea por una injustificada aplicación, por parte de la entidad empleadora, de la causal de terminación objetiva del artículo 159 N°4 (vencimiento del plazo convenido en el contrato), o del N°5 del citado artículo (Conclusión del trabajo o servicio, para contratos por obra)

Por último, en otras ocasiones se pide la indemnización del lucro cesante derivado del término del vínculo laboral a solicitud del propio trabajador, lo que se enmarca dentro de la figura del despido indirecto regulado en el artículo 171 del CT, sea porque el empleador ha incurrido en un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato

---

<sup>328</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit., pp. 58, 59: “(...) la certidumbre del daño (en este caso lucro cesante) dice relación con su existencia y no con su cuantía ni con la mayor o menor dificultad para determinarla o apreciarla”, y p. 180. En similar posición BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 233, quien estima que por tener la responsabilidad civil una función primordialmente reparatoria, la inconmensurabilidad del daño “no debe impedir su reparación”; “la certidumbre del daño no se extiende al período de tiempo, al monto y a la suma global que pueda estimarse necesaria para cubrirlos en el tiempo”, p.262.



incurrido, (artículo 160 N°7 del CT) o bien su conducta infraccional se enmarca dentro de las causales de los números 1 y 5 del CT.

Pasamos a exhibir algunos pronunciamientos, en orden cronológico retrospectivo:

- Se rechaza pretensión indemnizatoria del lucro cesante, causa Rol 753-2010, Corte de Apelaciones de Rancagua, fallo de 14.12.2010, revoca sentencia de primera instancia y rechaza demanda. El demandante reclama perjuicios a título de lucro cesante sobre la base de no haber sido contratado por dos empresas, debido a que no aparecía formalmente desvinculado de la demandada. El actor trata de acreditar las frustradas ofertas, de las cuales surgiría tanto el lucro cesante como el daño moral, con documentos que no indican sueldo alguno que el actor haya podido dejar de ganar, y que si bien no fueron objetados, emanan de terceros que no son parte en el juicio y no los han reconocido testimonialmente en él. Aquí claramente no se logra tener por acreditada la existencia del lucro cesante, fallando la prueba de su existencia o su requisito de certeza razonable, estimando el sentenciador que sólo se trata de una conjetura vaga de daño futuro.
- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante en recurso de casación acogido por la Corte Suprema, de fecha 17/11/2009, Rol 7021-2009. Un trabajador contratado por obra de construcción inmobiliaria demanda despido indirecto, vale decir, un término de la relación laboral decidido por el trabajador, quien alega que su empleador incurrió en incumplimiento grave de sus obligaciones, solicitando además reparación del lucro cesante, equivalente este último daño a las remuneraciones que hubiere tenido derecho a percibir hasta la fecha efectiva de conclusión de la obra para la cual fue contratado, daño contractual laboral derivado precisamente del incumplimiento de las obligaciones del empleador. La Corte considera que la pretensión es autónoma y diversa del sistema de “indemnizaciones por despido injustificado, indebido o improcedente”, las que se “fundan principalmente en la idea de reparar un

daño, cual es la pérdida del empleo”<sup>329</sup>, toda vez que “la indemnización en examen, obedece a la sanción a que se hace acreedor el empleador por haber incumplido gravemente las obligaciones que le impone el contrato de trabajo.” (considerando 5°), estimando además que la entidad empleadora se comportó como un contratante no diligente (considerando 6°), lo que unido al art. 1556 del Código Civil<sup>330</sup>, “disposición aplicable en la materia” que suple en el caso de autos. En definitiva, se concede reparación del lucro cesante, equivalente a las “remuneraciones que debió percibir hasta el término del contrato por obra o faena convenido con su empleador.”

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte Suprema, fallo de casación acogido de fecha 08/07/2008, Rol 2811-2008. Un trabajador contratado por obra demanda despido injustificado, alegando que el empleador esgrime anticipada y erróneamente la causal del art. 159 N°5 del CT, solicitando indemnización sustitutiva de aviso previo y la del lucro cesante por el valor total de las remuneraciones “a que hubiere tenido derecho el trabajador hasta el vencimiento natural de la relación laboral”. La Corte Suprema, discrepa de los jueces de instancia, en el sentido de considerar que, frente a la acumulación de indemnizaciones concedidas por dichos jueces, esas indemnizaciones son incompatibles, toda vez que “Ambas resarcan la inmediatez en la pérdida de la fuente de trabajo. Una de ellas por haberse adoptado la decisión desvinculatoria anticipadamente y, la otra, por no haberse comunicado el despido con la debida antelación. Por consiguiente, al condenar a la demandada a pagar ambas indemnizaciones, resulta que un mismo

---

<sup>329</sup> No obstante los jueces de fondo desestimaron la reparación del lucro cesante toda vez que “la legislación laboral contempla la existencia expresa y específica de ciertas indemnizaciones a que el trabajador tiene derecho en la hipótesis del despido indirecto, las que comprenden el lucro cesante que el actor pretende, ya que en materia laboral deriva de la ley la reparación del perjuicio por la pérdida del trabajo por causa ilegal, mediante una reparación del daño de carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que éste siempre se produce y, aún cuando mantiene un origen compensador, no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por la ley.” Lo subrayado es nuestro.

<sup>330</sup> “Art. 1556. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”.

período deberá ser indemnizado doblemente”. En suma desestima la indemnización sustitutiva del aviso previo y mantiene la del lucro cesante por el término anticipado del vínculo laboral.

En este mismo sentido, Corte Suprema, 24.09.2007, Rol Casación N° 4649-2006 (Jaime Ortiz con Codelco Norte), rechazando la indemnización del daño moral citando fallos de la misma Corte Roles 3680-00 y 5737-04 (considerando 11° y 3° sentencia de reemplazo).

- En sentido opuesto al del criterio de que, estimándose incompatible la indemnización del lucro cesante por término anticipado e injustificado de contrato por obra o faena con la indemnización sustitutiva del aviso previo, la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 14.06.2007, Rol 110-2007, rechaza la indemnización del lucro cesante y admite la sustitutiva por falta de aviso.
- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte Suprema, fallo de casación rechazada de fecha 18/04/2006, Rol 5141-2005. La Corte de Apelaciones de Antofagasta estimó que la indemnización por lucro cesante es compatible con la indemnización por despido injustificado. Un trabajador por obra demanda al empleador despido indirecto por incumplimiento grave de sus obligaciones, y subsidiariamente demanda despido indebido toda vez que el empleador alega haber terminado regularmente el vínculo por causal del art. 160 N° 3 del CT, solicitando la indemnización tanto del lucro cesante, consistente en las remuneraciones que hubiere tenido derecho a percibir hasta el término de la relación laboral, como las indemnizaciones por despido indebido. Se acogió en primera instancia la demanda de despido indebido y la Corte de Apelaciones confirma esta acogida, declarando además que la indemnización por lucro cesante “es procedente desde el momento que el artículo 176 del Código del Trabajo establece la incompatibilidad con la indemnización establecida en el artículo 163 del mismo cuerpo legal, lo que en la especie no ocurre, atendido que el contrato que vinculó a las partes no alcanzó la vigencia mínima de un año que exige esta última disposición.” No obstante lo anterior, la Corte de Alzada limita la proyección temporal del lucro

cesante, pues considera que no existe certeza absoluta en cuanto al tiempo de duración y expiración de la obra, supeditada a un contrato de concesión administrativa con una municipalidad, que si bien contempla un plazo de duración total de 10 años, se contempla asimismo una cláusula que concede el derecho a cualquiera de las partes a terminar anticipadamente el contrato en base a causales que se regulan en dicho contrato, por lo que el Tribunal ad quem limitó el tiempo del lucro cesante a 4 meses, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa al trabajador exonerado y generar una situación de inequidad, más si se considera que el trabajador puede obtener un nuevo empleo.

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte Suprema, fallo de casación acogido, 29/09/2005, Rol 3137-2004. El argumento en este caso fue considerar que si el empleador termina la relación laboral con un trabajador por obra o faena por la causal de necesidades de la empresa y no acredita su concurrencia, hay un incumplimiento del contrato por parte del empleador en orden a otorgar el trabajo convenido y pagar las correspondientes remuneraciones hasta el vencimiento del plazo que las partes habían estipulado originalmente, frente al cual cabe concluir que el empleador se ha transformado en un contratante no diligente y, por ende, los trabajadores tienen el derecho a reclamar la contraprestación que les hubiere sido legítimo percibir si no se hubiere producido el incumplimiento aludido, es decir, indemnización por lucro cesante. Además la procedencia de la misma se encuentra prevista en el artículo 1556 del Código Civil, aplicable como principio general de derecho. Si, por el contrario, el empleador acredita la concurrencia de la causal, no puede considerarse un contratante negligente, por lo que los trabajadores no tienen derecho a la indemnización mencionada. En el caso de autos se concede la indemnización del lucro cesante por término anticipado del contrato por obra, bajo la estimación de que se aplicó improcedentemente la causal de despido por necesidades de la empresa.
- Se rechaza pretensión indemnizatoria del lucro cesante de horas extraordinarias. Corte de Apelaciones de Rancagua, de 29/06/2004, Rol

219736. La Corte de alzada estimó que la variabilidad de las horas extraordinarias y el hecho que ese concepto, “cualquiera sea el monto, no esté integrado a la remuneración normal del actor, hace que se llegue a la conclusión lógica que dichas sumas de dineros son eventuales en su recepción y que por esa razón no pueden considerarse como parte integrante, permanente, regular y definitiva, de los haberes del actor. Así entonces, no existiendo certeza de que esas sumas de dineros estaban incorporadas al patrimonio remuneracional permanente del actor, ni aun en forma prudencial, se le puede otorgar suma alguna por este concepto.” (Considerando Tercero letra c).

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por término anticipado de contrato a plazo fijo. Corte Suprema, fallo de 22/01/2003, Rol 3101-2002. Se declara en primer instancia indebido un despido anticipado de directora de colegio contratada a plazo fijo, en el cual se esgrimen causales de caducidad del artículo 160, las que no se lograron acreditar. La actora solicita indemnización del lucro cesante por el término anticipado junto a la indemnización del aviso previo que se omitió. La Corte Suprema desarrollo en recurrente argumento que a futuro se esgrime para acceder a la reparación del lucro cesante por termino anticipado del contrato de trabajo a plazo fijo o por obra o faena, del siguiente modo: “ 5º) Que esta corte ha señalado ya, anteriormente, que el Código del Trabajo no contempla expresamente la indemnización por lucro cesante en el caso de que se trata; sin embargo, está por acoger esta pretensión atendido que esta rama del derecho no puede considerarse aislada del ordenamiento jurídico en general, el cual ha de estimarse como la base de la acción deducida por la trabajadora, es decir, el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento en sociedad, la concepción jurídica recogida por las leyes y, concretamente, en el derecho que una parte tiene a ser indemnizada en el evento que su contraria no dé cumplimiento a lo pactado, motivo que la lleva a acceder a esta petición de la actora, por cuanto ha dejado de ganar aquello que, como contratante cumplidor, tenía derecho a exigir y percibir.”: Finalmente rechaza la indemnización

sustitutiva del aviso previo, pues estima que conforma una recompensa doble: 7°) “por aplicación de los principios generales del derecho, que no es pertinente que el contratante diligente sea indemnizado dos veces por la misma circunstancia o tenga derecho a una recompensa doble sobre la base del mismo hecho, esto es, la terminación injustificada y anticipada del contrato de trabajo, por ende, resulta inadmisibles que se otorgue a la demandante la indemnización sustitutiva del aviso previo juntamente con la remuneración por todos y cada uno de los meses que debió durar el contrato estipulado.”

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por despido anticipado e injustificado. Corte Suprema, 19/07/2001, Rol 1831-2001.

De los fallos antes comentados, es posible concluir que hay lugar a la reparación del lucro cesante del trabajador cuyo contrato es a plazo fijo o por obra o faena, y este termina anticipadamente, sea por infracciones contractuales del empleador que dan derecho al despido indirecto, como por la injustificada, indebida o improcedente aplicación de las causales de terminación del contrato de trabajo. En todos estos casos, el monto de la reparación del lucro cesante se extiende hasta la época o fecha de término originalmente pactada por las partes, no siendo posible acumular dicha indemnización a la sustitutiva del aviso previo, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa en favor del actor.

### **3.2.2. Lucro cesante derivado de accidentes del trabajo**

La segunda situación tipo que con frecuencia nos sitúa en el escenario de la pretensión reparatoria del lucro cesante laboral, es la de los daños o muerte sufridos por el trabajador a causa de un accidente de trabajo, al tenor de la hipótesis legal contemplada en el artículo 5° de la ley N° 16.744, que señala “...se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.”, en relación con el artículo 69 letra b) de la misma ley, que dispone “Cuando, el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: ...b) La víctima y las demás

personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”, todo lo anterior complementado por lo dispuesto en el artículo 420 letra f) del CT, que dispone que será de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: “ f) los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N.º 16.744”.

Por último, cabe señalar, que los actores sustentan su pretensión indemnizatoria en el incumplimiento del deber de cuidado de la vida y salud, o deber de seguridad laboral establecido en el artículo 184 del Código Laboral, el cual prescribe:

“El empleador estará obligado tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica...”.

En este segundo grupo de de demandas, destacamos los siguientes pronunciamientos:

- Se rechaza la pretensión indemnizatoria del lucro cesante sustanciada ante Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, Rit N° O 52 2010, Ruc N° 10 4 0026002 3, fallo cuya nulidad se rechaza, como también se desestima la Unificación de Jurisprudencia por la Corte Suprema, en fallo de fecha 28.10.2010, Rol 7147-2010. Un jugador de fútbol profesional, reclama indemnización del lucro cesante deriva de la pérdida de una chance a raíz de

un accidente de trabajo que sufrió. El jugador, contratado indefinidamente por un club, desde enero de 2006. En julio de 2008, mientras realizaba práctica deportiva, sufrió lesión, siendo derivado a la mutual de seguridad. El demandante alega que “Que corresponde indemnizar la pérdida de chance que ocasionó la lesión ya que resulta evidente que la pérdida de la posibilidad de desempeñarse como jugador profesional de fútbol se presenta como una probabilidad suficiente de beneficio económico, que supera la existencia de un daño eventual o hipotético, para constituirse entonces en un perjuicio cierto y resarcible” . Luego añade que “atendido su carácter de futbolista profesional, con posibilidades ciertas de proyectar una carrera por lo menos durante 5 o 7 años más, habiendo sido hasta un mes antes de su lesión titular en el equipo y asimismo con posibilidades ciertas de mejorar también las condiciones económicas, sea en el club demandado o en otro nacional o extranjero, el monto a indemnizar por esto concepto lo estimo en una suma no inferior a \$ 100.000.000”. El juez rechazó su pretensión reparatoria señalando que si bien “se logró acreditar la existencia de la lesión en rodilla del actor” y “se probó el agravamiento de la lesión sufrida por actor, que terminó con un 40% de incapacidad declarada y que lo mantuvo con licencias médicas de larga data”... no obstante “el demandado acreditó haber tomado todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud del actor, como lo ordena el artículo 184 del Código del Trabajo.”. La Corte de Valparaíso rechazó el recurso de Nulidad y finalmente la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de Unificación de Jurisprudencia, por no enmarcarse dentro de “los supuestos estrictos” consagrados por el artículo 484 del CT.

- Se acoge la pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Apelaciones de Santiago, 18/06/2010, Rol 481-2010, Recurso de Nulidad. La Corte anula el fallo del juez de instancia, por estimar que en su sentencia, pese a tener por acreditada fehacientemente la gravedad de las lesiones sufridas por el actor a consecuencia del accidente laboral y la incapacidad respectiva, rechaza la indemnización por lucro cesante argumentando que no se encuentra suficientemente acreditado el grado de incapacidad, lo cual se aparta de la



lógica y de la sana crítica. La Corte estimó que el lucro cesante, para ser indemnizado, debe ser necesariamente cierto, sin que ello conlleve una certeza absoluta, por la configuración y naturaleza del daño, sino a una de carácter relativo, siempre que esté fundada en antecedentes reales, objetivos y probados. Al respecto, el lucro cesante resulta ser más bien un juicio de probabilidad, cuyo resultado no puede ser exacto, ni matemático, pero sí ha de sostenerse en consideraciones fundadas y razonables, dentro de un contexto de normalidad y atendidas las circunstancias del caso. En consecuencia, no resulta argumento suficiente para desestimar la procedencia del lucro cesante la existencia de una resolución de declaración de invalidez que determine el grado de invalidez, toda vez que ésta resulta obligatoria para impetrar las prestaciones que derivan del seguro de accidentes del trabajo consagrado en la Ley N° 16.744, pero no para la determinación del lucro cesante, el que se sustenta, también, en el incumplimiento de la obligación de protección del artículo 184 del Código del Trabajo Reformado (considerandos 4º y 5º, sentencia de reemplazo). La Corte estima que el actor acreditó el daño físico invalidante a causa del accidente, lo cual redujo su capacidad de ganancia y además le coarta el acceso a futuros trabajos de su oficio habitual previo al accidente como albañil.

Para evaluar económicamente el efectivo detrimento en la capacidad de ganancia del actor se atiende, además del informe pericial sobre las lesiones, a la remuneración que percibía al momento de ocurrir el siniestro, a la edad que tenía a dicho momento y a si las lesiones que sufrió afectan el oficio que desempeñaba. Tales circunstancias permiten una adecuada estimación de la pérdida en la capacidad de trabajo durante el período productivo de vida laboral, esto es, hasta la edad de 65 años, requisito que la ley establece para obtener una pensión de vejez en el actual sistema de pensiones basado en la capitalización individual y que impacta negativamente en su monto final, puesto que éste depende de la capacidad de ahorro que el actor haya podido generar con sus ingresos (considerando 7º, sentencia de reemplazo).

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 08/03/2010, Rol 146-2009, Recurso de Nulidad rechazado. La Corte estimó que se ajusta a derecho la sentencia de grado, que en base a los hechos acreditados, estableció que el empleador infringió el deber de cuidado del artículo 184 del CT y que dicho incumplimiento tiene relación causal con el accidente y el daño posterior del trabajador siniestrado. Luego estimó la Corte que no hay incompatibilidad entre la reparación del lucro cesante con las prestaciones económicas del seguro de la ley 16.744, toda vez que “ninguna norma de la citada ley señala algo semejante” (considerando QUINTO) y que por el contrario, la redacción del artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744 “de alguna manera hace compatible las indemnizaciones establecidas en el Código Civil a propósito de la responsabilidad contractual, incluido el daño moral, con todas las demás que la citada legislación contemple” (considerando QUINTO). Esto último equivale a la defensa de que no se verifica un cúmulo de indemnizaciones.
- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante. Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 17/10/2008, Rol 634-2008, Recurso de Apelación confirmatorio de fallo de primera instancia. Se considero que “en cuanto a la categoría de lucro cesante en la indemnización por accidente del trabajo, no hubo discusión respecto a la efectividad de la pérdida de capacidad laboral ni al porcentaje del 45% a que ascendió. El documento de fojas 13, evaluación y declaración de invalidez de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, califica la pérdida denominándola ‘pérdida de capacidad de ganancia’” (considerando Primero). Luego añade “Segundo: Que, respecto a proyectar su pasado laboral, a su futuro, el oficio de albañil y la edad a que había llegado el trabajador, apto para desempeñar un trabajo como el que realizaba, son bases para suponer que se había ganado la vida obteniendo un ingreso proporcionado al que se gana en la plaza en esa actividad, que es lo normal, ya que no hay indicios que tuviera otra fuente de ingresos más que su trabajo. Tercero: Que, el fundamento de la apelación, se centra en que el 45% de la capacidad laboral perdida se satisfará en el futuro con la pensión de

incapacidad. Quinto: Que, las normas de seguridad social integran el sistema laboral, de allí que es legítimo utilizar hipótesis que en él son válidas, como es el propio hecho que se prevea que un trabajador tiene un rango de vida útil laboral, al menos, con un límite fijado a los 65 años, apreciado en conjunto con el hecho concreto que este trabajador estaba plenamente activo al momento del accidente, en condiciones de utilizar el 100% de su capacidad laboral, encontrándose en la situación fáctica de procurarse su sustento, son antecedentes objetivos para inferir que hubiera podido continuar haciéndolo si el accidente no hubiera acaecido. Además, se cuenta con antecedentes suficientes para evaluar el perjuicio que le significa no poder hacerlo. Sexto: Que, sobre el futuro, no es posible pretender certeza ni exactitud, siendo ineludible entrar en el terreno de las probabilidades... estas investigaciones parten del concepto fundamental de la probabilidad como relación lógica entre hipótesis y elementos de confirmación.”

A continuación, en el mismo considerando sexto, la Corte, para validar el criterio del juez de primera instancia que accedió a reparar el lucro cesante, trae a la vista fallos anteriores en dicho sentido, señalando “Esta doctrina es armónica con la que surge, por ejemplo, de un fallo de la sala especializada laboral de esta Corte, que sostuvo en sus fundamentos cuarto y quinto: “Que el lucro cesante consiste en un daño futuro. Por ende, para su determinación cabe analizar en qué medida los efectos del ilícito impiden a la víctima percibir un provecho o beneficio económico que razonablemente, habría obtenido de no haber mediado la infracción legal. Que, considerando la edad, remuneración y labores desarrolladas por el actor al momento del accidente –jornalero de la construcción (fuente de sus ingresos) –, corresponde proyectar las consecuencias de la incapacidad que sufriera, por un período que resulte coherente con lo normal y previsible. (Rol 1901 2007 I. Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de 31 de diciembre de 2007. Rol 703 2008 Corte Suprema. Desierto. Sentencia de 28 de febrero de 2008).”.

- Se rechaza pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Corte Suprema, 12/08/2008, Rol 2555-2008, Recurso de Casación en el fondo acogido. Un trabajador siniestrado demanda lucro cesante y daño moral derivado del accidente. El juez de primera instancia estimó que el empleador infringió el art. 184 del CT, pero accede únicamente a la reparación del daño moral, por lo que la del lucro cesante fue rechazada, “sobre la base de considerar que los supuestos de ese resarcimiento no fueron acreditados y que resulta insuficiente un cálculo estimativo al efecto” (considerando quinto fallo de casación) lo cual es confirmado por la Corte de Apelaciones (Rol 3398-2007, 03.04.2008), aunque este último tribunal eleva la indemnización del daño moral por la corta edad del trabajador siniestrado. Posteriormente, la Corte Suprema advierte "Sexto: Que, en consecuencia, sólo es posible concluir que el recurrente pretende la modificación de los hechos establecidos en la sentencia atacada, por cuanto alega que los presupuestos de los perjuicios correspondientes al lucro cesante se encuentran probados con los contratos de trabajo acompañados, las liquidaciones de remuneraciones y el informe de incapacidad del trabajador. Tal alteración no es posible por este medio, desde que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, la fijación de los hechos corresponde a facultades privativas de los jueces del grado y no admite revisión por este medio, salvo que en su establecimiento se hayan quebrantado las leyes reguladoras de la prueba, cuestión que no se advierte en la especie. A ello cabe agregar que la indemnización por concepto de lucro cesante, definido este último como la pérdida efectiva de la ganancia cierta, no puede otorgarse sobre la base de los supuestos de los que parte el actor, esto es, los años pendientes para su jubilación, obtención de una remuneración por todo ese lapso, a que su monto sea invariable, ya que el resarcimiento establecido por la ley debe corresponder al daño causado y, además, la ley N° 16.744 prevé, precisamente, la compensación a este tipo de daño a través de los mecanismos que ella misma establece y a los que puede acceder el trabajador." En definitiva, habiéndose negado la reparación del lucro cesante por los jueces de grado, la Corte de Casación esgrime su argumento de la incompatibilidad de las

reparaciones civiles con las prestaciones económicas de la Ley 16.744 que se otorgaren”.

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante, derivado de accidente de trabajo fatal, cuya demanda se incoa por la hija del trabajador fallecido, en sede Civil. La Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 01/08/2006, Rol 3361-2003, confirma parcialmente fallo de primera instancia que acoge demanda por daño moral y lucro cesante, ante la muerte por accidente de trabajo de padre de una menor, estimándose que el accidente resultaría imputable a la empresa empleadora, por cuanto no contaba con protección alguna en un pozo con agua hirviendo en el que se realizaban operaciones desde una grúa, pese a indicaciones de la Asociación Chilena de Seguridad. El tribunal de Alzada considera que se trata de responsabilidad extracontractual puesto que entre la demandante (la menor representada por su madre) y la empresa no existe vínculo contractual. La Corte reconoce indemnización solo en favor de la menor, a título de daño moral (\$50.000.000), y del lucro cesante, donde esta última, en defecto de prueba de su certeza, salvo el criterio de la estimación de vida probable laboral del demandado, se fijó en \$5.000.000. No se otorga indemnización alguna a la madre de la menor, por no haber demandado para sí el daño propio.
- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo 18/11/2005, 1796-2005 (confirmado por Corte Suprema, con fecha 21.06.2006, al declarar inadmisibile el recurso de casación en la forma y rechazar el de fondo). La Corte confirma la sentencia de grado que estableció lo siguiente: “Decimocuarto: Que consecuente con lo anterior, corresponderá acoger la demanda tanto respecto de la indemnización por el lucro cesante, como por el daño moral producido por el accidente; para regular la primera se considerará el grado de incapacidad permanente que ha sido secuela del accidente, estimado por los organismos correspondientes, la remuneración que percibía el actor cuando tenía plena capacidad de trabajo, la circunstancia que percibe una pensión de invalidez de \$ 76.000 mensuales, y el

tiempo de vida laboral hasta pensionarse por vejez; atendido los referidos parámetros, la sentenciadora regula los perjuicios por lucro cesante en la suma de \$ 25.000.000 que representa un mínimo de pérdida en ganancia atendida la remuneración que gozaba hasta el accidente y aun considerando la pensión otorgada, por los veinticuatro años de vida laboral útil que tenía el actor como expectativa”.

- Se acoge pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 26/04/2006, Rol 2367-2005. La Corte dispuso: “Noveno: Que, en cuanto al lucro cesante, y contrariando lo sostenido por el juez a quo, esta Corte estima que se encuentran suficientemente acreditados los supuestos para su procedencia y cuantificación. Según consta en documento fs.3 de la Asociación Chilena de Seguridad existió una primera evolución médica que concluyó en una incapacidad previa del 50%, que luego se revisó por agravación de las secuelas, considerándose una incapacidad del 70%. Luego, si el actor obtenía un ingreso de \$ 250.000 mensuales según consta en el contrato de trabajo se produce un perjuicio patrimonial manifiesto que equivale a la disminución de sus ingresos en la misma proporción de la disminución de sus capacidades físicas. En este mérito, se otorgará al actor la indemnización por el lucro cesante que represente la diferencia entre la remuneración contractual y la pensión que ha percibido desde la fecha del accidente 6 de marzo del 2000 y la fecha del accidente. Respecto del lucro cesante que se generaría con posterioridad a esta sentencia; debe decirse que no basta la simple estimación de la probable vida laboral del accidentado para inferir de ello lo que habría de percibir por este concepto, por cuanto no es posible anticiparse a numerosas eventualidades que pueden hacer variar el cálculo que pudiera hacerse, sea por circunstancias de la vida o por el acceso a capacitación y fuentes de trabajo que la medicina ha desarrollado y con ello progresivamente se ha ido produciendo una inserción al mundo laboral, lo que puede ocurrir en el caso del actor teniendo presente que no ha sufrido daños en su capacidad intelectual.”.

Esta misma línea de argumentación se observa en fallo de apelación de la Corte de Santiago, de fecha 07.05.2004, Rol N° 2.531 2003, en virtud del cual se concede reparación por lucro cesante derivado de accidente de trabajo

- Se rechaza pretensión indemnizatoria del lucro cesante por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 19/04/2006, Rol 7781-2004: La Corte revoca parcialmente el fallo de primera instancia, negando lugar a la petición de reparación del lucro cesante, en base al siguiente argumento: “15°. Que, en lo que concierne a la demanda de indemnización por lucro cesante, que el actor funda en la sola afirmación de que como consecuencia del siniestro de que se trata él dejará de percibir el sueldo de que gozaba en el momento de su ocurrencia durante todo el tiempo que media entre el accidente y la fecha en que él cumpla sesenta y cinco años de edad, cabe considerar que tal demanda no se encuentra suficientemente fundada, toda vez que no está revestida de una prueba suficiente de que el perjuicio que pretende por ese concepto se ha de producir necesariamente, ya que la posibilidad de percibir la indicada remuneración durante todos los años que transcurran hasta que el actor cumpla sesenta y cinco años de edad independientemente de la ocurrencia del siniestro de que se trata es absolutamente incierta; por tal motivo, esta Corte negará lugar a la indemnización por causa de lucro cesante solicitada en la demanda.” En definitiva, la Corte rigidiza el requisito de la certeza del lucro cesante.

Otros fallos anteriores que acogen la indemnización del lucro cesante por accidente del trabajo, que podemos citar son:

- Corte de Apelaciones de Concepción, treinta y uno de marzo de dos mil tres. Rol N° 4.137 2002, confirmando sentencia de primera instancia apelada. (causa José Telmo Romero Soto con Themco Fábrica de Productos de PVC LTDA)
- Corte de Apelaciones de Santiago, 08/04/2003, Rol 2586-2002 (causa Calixto Fermín Ossandón Beltrán; con Hormigones Transex Limitada)

- Corte Suprema, 08/05/2002, Rol 5029-2001 (causa Iván Hernando Díaz Bruna con Alfredo Chellew e Hijos Ltda; MC 2000; SQM Químicos)

Por el contrario, fallos que niegan la indemnización del lucro cesante derivado de siniestros laborales fueron:

- Corte de Apelaciones de Santiago, 02/11/2001, 6093-2000 (Marco Ramírez Contreras; con Cifuentes y Vicencio Ltda). Se Rechaza por rigidizar certidumbre (considerando cuarto).
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 01/08/2001, 420-2000 (Juan Contreras Sánchez; con Héctor Zuzulich Vásquez). La Corte rechaza por rigidizar certidumbre (considerando cuarto) pero no obstante lo subsume en la partida daño moral (considerando quinto).
- Corte de Apelaciones de San Miguel, 23/05/2001, 364-2000 (Ricardo Aros Alvarado; con José J. Prieto Ltda.) Rechaza por no rendirse probanza alguna destinada a acreditar el lucro cesante (considerando séptimo)



## CAPÍTULO IV

### EL LUCRO CESANTE DEL TRABAJADOR VENDEDOR COMISIONISTA Y SU INDEMNIZACIÓN

#### **4.1 Hipótesis del presente estudio: la no percepción de comisiones que se hubieran devengado, de no haber concluido inesperadamente el contrato de trabajo, originan un lucro cesante para el comisionista vendedor**

Habiéndose tratado en los capítulos anteriores el marco conceptual y las instituciones ligadas al problema central objeto de estudio de la presente memoria, a continuación nos corresponde abordar derechamente el problema del posible daño patrimonial sufrido por el trabajador comisionista despedido por voluntad del empleador y su eventual derecho a reclamar judicialmente la correspondiente indemnización reparatoria de dicho daño bajo el estatuto sustantivo de la responsabilidad civil, como una pretensión acumulable pero independiente del régimen de indemnizaciones legales tarifadas especiales del despido reguladas en el Código del Trabajo, tanto la sustitutiva del aviso previo como la de antigüedad superior a un año con tope de once años, como los recargos establecidos en el art. 168 del Código Laboral

#### **4.1.1 Elementos que configuran el lucro cesante del vendedor comisionista**

##### **4.1.1.1 Relación laboral**

Las características del vínculo laboral que une a un vendedor comisionista con un empleador se trataron en el Capítulo I (punto 1.3), unido al criterio judicial patrio

proclive a la tener por configurada la relación laboral en base a hechos que prueben su elementos, más allá de que exista o no un contrato de trabajo escrito, por tratarse de un contrato consensual, tópico que se trató en el punto 1.5.4.3 relativo a la jurisprudencia atinente a los vendedores comisionistas, con fallos ilustrativos de tal postura, tales como: 1) Corte de Apelaciones de Concepción, 27/12/2007, Rol 598-2007; 2) Corte Suprema, 19/12/2002, 3871-2002; 3) Corte de Apelaciones de Talca, 27.06.2001, Rol 1397 y; 4) Corte Suprema, 12/08/1998, 2424-1998; nos dan luces del vínculo laboral.

Recordando la jurisprudencia del lucro cesante laboral con ocasión del despido, claramente aumentan las posibilidades de éxito en el reclamo judicial, el hecho de que el contrato de trabajo sea a plazo fijo o por obra o faena.

Bajo una figura de contratación civil o comercial entre el vendedor comisionista y su mandante, se diluye la prosperidad de la pretensión toda vez que en ciertas figuras mercantiles, el riesgo de la insolvencia futura lo asume el mandatario comisionista, riesgo que en un vínculo laboral pertenece exclusivamente al empleador, por aplicación del principio de la ajenidad.

#### 4.1.1.2 Estipulación expresa de pago de comisiones por venta

Debe haber pacto expreso del pago de comisiones, al tenor del concepto legal del artículo 42 letra c) del Código del Trabajo, debiéndose estipular un sistema de cálculo con base de cálculo en las operaciones de venta o análogas, perfeccionadas por el trabajador. Es preciso reiterar la idea de la ajenidad laboral, lo que exige que las comisiones se devenguen puras y simples, por lo que no correspondería supeditar éstas a hechos posteriores al perfeccionamiento de las operaciones o al incumplimiento contractual del cliente o su futura insolvencia.

#### 4.1.1.3 Ventas de bienes o servicios u operaciones análogas perfeccionadas

En concordancia con lo anterior, al momento del despido, el trabajador ha perfeccionado una o más ventas que bajo un escenario normal, van a reportar ganancias para el empleador con posterioridad al despido, sobre todo si se trata de:

i. Ventas cuyo régimen contractual es de tracto sucesivo, con pagos periódicos y duración de dichos contratos entre el cliente y la empresa, de carácter indefinido o por un año con cláusulas de renovación tácita.

ii. Ventas de bienes tangibles o servicios de cuantioso valor, cuyo pago por el cliente, cuando es una empresa, será efectuado a 30, 60 o 90 días, bajo prácticas comerciales respaldadas con emisión de boletas o facturas, circunstancias que bajo la ley N° 19.983 (D.O. 15.12.2004) sobre mérito ejecutivo de factura, brinda una garantía en el cobro para el empleador del vendedor desvinculado dentro del año siguiente al vencimiento de la deuda adquirida por el cliente<sup>331</sup>.

A mayor abundamiento, y reforzando la idea de que la comisión nace pura y simple tan pronto se perfeccione el contrato entre la empresa y el cliente, es preciso recordar que la regla general de perfeccionamiento de los contratos es la consensualidad, al tenor del art. 1443 del Código Civil:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

---

<sup>331</sup> El art. 10 inciso 3° de la citada ley dispone: “El plazo de prescripción de la acción ejecutiva, para el cobro del crédito consignado en la copia de la factura establecida en esta ley, en contra del deudor de la misma, es de un año, contado desde su vencimiento. Si la obligación de pago tuviese vencimientos parciales, el plazo de prescripción correrá respecto de cada vencimiento.”

4.1.1.4. Cese anticipado o inesperado del vínculo contractual entre comisionista y su contraparte por decisión o voluntad del empleador o bajo las causales de despido indirecto

Habiendo un vínculo contractual vigente entre el vendedor comisionista y el empleador, éste último decide terminarlo. Aquí se dan tres escenarios:

i. Terminación anticipada por decisión del empleador de un vínculo laboral se pactó a plazo fijo o por obra o faena.

En este tipo de contratación, el empleador esgrime injustificadamente las causales del art. 159 N° 4 (vencimiento del plazo) o 5 (conclusión del trabajo o servicio) del CT, o indebidamente las del art. 160 o aplica la causal necesidades de la empresa improcedentemente. En este supuesto se da el grueso de la jurisprudencia que estima procedente indemnizar el lucro cesante del trabajador, aunque declara que dicha indemnización es incompatible con a sustitutiva del aviso previo. Al respecto nos remitimos al punto 3.2.1 de la presente memoria.

ii. Terminación inesperada, por voluntad del empleador, de un contrato indefinido

El empleador decide terminar el contrato indefinido, pero luego el ex trabajador impugna dicha decisión y el juez declara el despido injustificado error al aplicar causal 159 N° 2 o 6), indebido (no se configuran las causales disciplinarias del art. 160) o improcedente.

Siendo válido pedir la reparación del lucro cesante, en este escenario surge la dificultad de precisar su duración en el tiempo.

iii. Terminación de un contrato a plazo fijo, por obra o indefinido por incurrir el empleador en las causales de despido del art. 160 N| 1, 5 o 7 del CT, vale decir, por despido indirecto

Aquí debe haber una declaración judicial que reconozca la figura.

En el caso que el contrato tuviera el carácter de indefinido, surge la misma dificultad del escenario anterior, es decir, precisar proyección temporal del lucro cesante hacia el futuro.

4.1.1.5 Al momento del cese de del vínculo contractual, el vendedor comisionista ha perfeccionado ventas que reportarán, bajo un escenario de normal curso de los acontecimientos un ingreso económico actual y futuro para el empleador

Es preciso recordar que el lucro cesante es por esencia un daño a futuro de razonable ocurrencia, vale decir, en torno a él existe una certeza razonable que ocurrirá, lo cual se explica, tal como lo señalara RODRIGUEZ GREZ, bajo un escenario de un futuro donde se mantendrán las circunstancias al momento del hecho que genera el daño, o un escenario de normal desarrollo de los acontecimientos. La ganancia futura del empleador asimismo, una realidad paralela que goza en su proyección hacia el futuro la misma certeza.

Cabe señalar que deben tenerse presente que refuerzan la idea de la ganancia futura del empleador las siguientes instituciones legales:

- i. En toda su amplitud, la garantía general de todo acreedor, para perseguir los bienes presentes y futuros de su deudor, consagrada en el art. 2465 del Código Civil<sup>332</sup>.
- ii. La posibles garantías personales o reales que acompañen las operaciones de ventas al crédito.

---

<sup>332</sup> “Art. 2465. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.”.

iii. Si el precio del bien o servicio “colocado” por el vendedor se pacta con pago a plazo (en mensualidades periódicas o a plazo diferido), opera además el derecho del acreedor a gozar de la aceleración del pago, al tenor del artículo 1496 del Código Civil.<sup>333</sup>.

iv. Para el caso de operaciones de ventas a comerciantes, el mérito ejecutivo de la factura consagrado en la ley N° 19.983 de 2004 antes mencionada, que permite su cobranza judicial, con las medidas de apremio que corresponden.

#### 4.1.1.6 Se origina un lucro cesante para el trabajador

Verificándose los elementos anteriores, pasamos a tratar el daño del comisionista, consistente en el lucro cesante por las comisiones no percibidas por ventas perfeccionadas al momento del despido.

a) El lucro cesante del vendedor comisionista<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> El cual señala: “ El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1° Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia;

2° Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.”

<sup>334</sup> Al respecto, ver 2.2 de la presente obra. No obstante destacamos las reflexiones de RODRÍGUEZ GREZ: ““el lucro cesante se debe entender dentro de una categoría doctrinaria mayor, cual es la del daño futuro. En el campo de las obligaciones contractuales, el lucro cesante es “un daño virtual y futuro”, “...un concepto más complejo. Se trata siempre de un daño futuro y corresponde a la utilidad, provecho o beneficio económico que el contratante deja de obtener como consecuencia del incumplimiento. Consiste, entonces, en una proyección en el tiempo de los efectos del incumplimiento...un legítimo provecho económico que razonablemente, conforme al desarrollo natural de las cosas, ha debido obtener el contratante víctima del incumplimiento...es una proyección causal que realiza el juez de los efectos del incumplimiento ( ...).resulta de dos elemento: el desarrollo normal de la relación causal (que determina la causa y sus efectos posteriores) y la no interferencia de hechos ordinarios, conforme al curso natural y previsiblemente razonable de las cosas. En otras palabras, el lucro cesante corresponde a una utilidad, provecho o beneficio que ordinaria y razonablemente habría obtenido el contratante víctima del incumplimiento, de no mediar este hecho.”. RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Extracontractual. Op. cit., p.343; RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit., p. 228.

De modo análogo a los casos de lucro cesante sufrido por un trabajador por la terminación anticipada de un contrato a plazo fijo o por obra, o injustificada de un contrato indefinido; o el que padece un familiar de un trabajador fallecido en un accidente de trabajo, cuando un vendedor comisionista es desvinculado injustificadamente o anticipadamente y al momento del despido ha perfeccionado una o más ventas que le reportaran una ganancia, tanto inmediata como futura al empleador, el trabajador comisionista va a dejar de percibir las correspondientes comisiones, que de no haberse verificado el término del contrato, bajo un escenario de normal desarrollo de los acontecimientos, hubiera podido seguir percibiendo.

En general, el lucro cesante, es una proyección hacia el futuro de la pérdida de posibles ganancias, de una expectativa objetiva de ingresos futuros.

El lucro cesante del vendedor comisionista es la no percepción de sus comisiones futuras, por ventas perfeccionadas al momento del despido, que en cambio sí le seguirán reportando utilidades efectivas al empleador, no importando el posible y futuro incumplimiento del cliente, toda vez que el empleador tiene a su disposición un set de herramientas legales que le permitirán perseguir la satisfacción de su crédito.

#### b) Método de cálculo del lucro cesante del vendedor comisionista. Escenarios

Según se revisó en el punto 2.2.5 de la presente obra, hay dos elementos que nos permitirán obtener el monto final: a) la base de cálculo de los ingresos de la víctima anteriores al hecho que causa el daño y b) la duración o proyección hacia el futuro de dichos ingresos, los que deben combinarse para lograr el monto total:

$\text{Base de cálculo} \times \text{duración temporal} = \text{monto total del lucro cesante}$
---

i. Base de cálculo: Para determinar el primer elemento, lo lógico será adoptar un criterio de los ingresos históricos<sup>335</sup>, a fin de establecer los ingresos efectivos y habituales en base al promedio de una cierta cantidad de meses de los ingresos inmediatamente anteriores al hecho que genera la interrupción hacia el futuro de dichos estipendios, en este caso, el despido del trabajador comisionista.

De modo análogo al criterio legal laboral, podría, la base de cálculo podría ser el promedio de las comisiones de los últimos 3 meses anteriores al mes del despido (art. 172 inciso 2°).

ii. Duración o proyección hacia el futuro

Si el trabajador logra acreditar ante el juez la certeza razonable de la ocurrencia del lucro cesante, lo que debería provocar una inmediata admisión de la pretensión reparatoria; a continuación el sentenciador deberá adoptar criterios para limitar su proyección temporal hacia el futuro, juicio que, según dijimos, reviste cierta complejidad genérica, a la cual se suma la de la situación particular de los trabajadores que estaban contratados indefinidamente.

- Comisionista desvinculado estaba contratado indefinidamente:

El monto de su lucro cesante por las comisiones no percibidas por ventas perfeccionadas al momento del despido puede resolverse adoptando uno de los siguientes criterios:

1° Criterio ideal de estabilidad en el empleo con respaldo en artículo 3° del D.L. N° 3.500. La duración del lucro cesante será el saldo de vida laboral útil de la víctima del daño, vale decir, el número de años que le quedan hasta cumplir 60 o 65 años si es mujer u hombre, respectivamente.

---

<sup>335</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit.,. 280: “la historia de los ingresos pasados es un buen indicio de lo que se puede esperar en el futuro.”



Consideramos que no es pertinente para esta figura para trabajadores jóvenes, quienes tienen altas expectativas de encontrar un nuevo empleo después de ser desvinculados. Por el contrario, es un criterio de solución más afín con trabajadores cercanos a la edad de pensionarse por vejez, haciendo presente que es el criterio mayoritario de nuestra jurisprudencia en casos de accidentes del trabajo, más aún si son fatales.

2° Criterio especial legal laboral del tope a la indemnización por antigüedad: El lucro cesante del vendedor comisionista durará el tiempo que le reste para cumplir 11 años de relación laboral con la entidad empleadora que acaba de desvincularlo.

3° Criterio restringido de la proyección de las ventas de tracto sucesivo perfeccionadas con el cliente antes del momento del despido. El lucro cesante del comisionista se prolongará por todo el tiempo restante que dure hacia el futuro el vínculo comercial entre el cliente y el proveedor (empleador del vendedor), a contar de la desvinculación del vendedor y el plazo de dicho contrato cuando es de tracto sucesivo, según las estipulaciones del contrato firmadas por el cliente. Por ejemplo, un vendedor de Isapres, al mes anterior del despido “cerró” afiliaciones con clientes, quienes firmaron contrato de salud por un año, o un plazo mayor. La contrapartida aquí es que el proveedor del servicio gozará y percibirá por un año el precio mensual del valor del plan de salud contratado por el cliente, gracias a la venta afinada por dependientes que fueron despedidos por necesidades de la empresa o incluso a dependientes que siendo contratados a plazo fijo, no se les renovó el contrato.

El problema de este criterio surge cuando el vendedor, al momento del despido, perfecciona dos más ventas con distintos plazos de duración de los contratos y sus modalidades de pago a plazo, por lo que en este escenario sería pertinente que el juez promediara la duración de todos y cada uno de los contratos perfeccionados.

- Comisionista estaba contratado a plazo fijo

Nuestros tribunales han aceptado la indemnización del lucro cesante del trabajador a plazo o fijo o por obra o faena, según se trató anteriormente (3.2.1). En esos casos, los jueces estiman que el lucro cesante equivale a las remuneraciones que hubiera tenido derecho a percibir el trabajador hasta el término pactado de la relación contractual. En consecuencia y de modo análogo, el lucro cesante del vendedor comisionista en esta situación deberá calcularse promediando las comisiones de entre uno a tres meses anteriores a la desvinculación y multiplicarse ese valor por el saldo de meses de duración del contrato pactada inicialmente.

## **4.2 El lucro cesante del vendedor comisionista cuyo contrato culmina por voluntad del empleador es un daño patrimonial que debe ser indemnizado por el empleador**

### **4.2.1 Fundamentos**

Pasamos a establecer los fundamentos de la pretensión reparatoria

#### **4.2.1.1 Evitar enriquecimiento sin causa**

Surge el enriquecimiento injustificado o injusto so sin causa, cuando el patrimonio de una persona por hecho propio es ajeno o por causas naturales aumenta en detrimento de otro sin motivo justificado o por una cosa desaprobada por la ley. El citado principio se encuentra en íntima comunión con el valor de la justicia conmutativa, toda vez que su manifestación ocurre precisamente en las relaciones entre partes individuales, sea que el vínculo que las una tenga por fuente el contrato o un hecho lícito o ilícito, lo cual potencialmente degenera en el campo de la responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente.

El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de un valor pecuniario de un patrimonio

a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley.

La prohibición del enriquecimiento injusto se traduce en el rechazo al enriquecimiento sin causa legal que lo justifique producto de un empobrecimiento relativo de otra persona. De lo anterior se obtienen sus elementos: (1) existencia de un enriquecimiento de una parte; (2) el correlativo empobrecimiento de la otra; (3) la conexión o relación correlativa entre empobrecimiento y enriquecimiento de las dos partes; (4) falta de causa o causa ilegítima que justifique el enriquecimiento, (5) Que no exista culpa ni interés de la parte empobrecida, y (6) la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

#### 4.1.2.2 Principio de la reparación integral del daño

La reparación íntegra del daño causado con ocasión de una infracción contractual o extracontractual constituye un principio rector en materia de responsabilidad civil, de gran aceptación por la doctrina y la jurisprudencia nacional y cuyo respaldo positivo se desprende de la redacción del artículo 2329 del Código Civil, relativo al plano de los delitos civiles.

Para BARROS BOURIE, el principio, quien no afirma si el principio se liga con carácter exclusivo a la responsabilidad extracontractual o no, tiene mayor expresión y coherencia con la noción de daño patrimonial (material o económico) antes que con el daño moral, ligado más bien al criterio de la reparación equitativa<sup>336</sup>.

Relevante y complementario resulta el planteamiento de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, quien afirma que el principio de la reparación integral del daño, de tipo patrimonial, se sostiene constitucionalmente en la garantía del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental; en tanto que, la reparación del daño moral, en las garantías de del derecho a la vida e integridad física y psíquica o de la

---

<sup>336</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., pp. 311 y ss.

privacidad, dignidad y honra de la persona, ambas consagradas en los artículos 19 N°1 y N° 4 de la Constitución Política, respectivamente.

En otro sentido, con independencia del carácter patrimonial o moral del daño sufrido, parte de la doctrina estima que el principio de la reparación integral del daño sufre restricciones en materia de incumplimiento contractual, teniendo mayor amplitud para el ámbito aquiliano. Para RODRÍGUEZ GREZ, quien ya sostuvimos afirma que “el concepto de daño en la responsabilidad contractual no es el mismo que el aplicable a la responsabilidad extracontractual”<sup>337</sup>, siendo más restringido el primero, por el hecho de estar íntimamente vinculado a una causa, cual es el incumplimiento de la prestación debida, lo cual se confirma con el texto expreso del artículo 1.556 del Código Civil; es además reticente a aceptar la reparación del daño moral en materia contractual<sup>338</sup>, razones por las cuales el citado principio tiene mayor consistencia con el estatuto de la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, el autor concluye, en base a la exégesis de los artículos 1556, 1558, 1559 y 2329 del Código Civil que “en materia contractual impera el principio de ‘reparación limitada de los daños provenientes del incumplimiento’ y en materia extracontractual el principio de la ‘reparación integral de la víctima’.”<sup>339</sup>. Por último, señala que “de lo anterior se desprende que para el legislador es más grave la infracción al deber de no dañar a nadie en la vida social, que la infracción de las obligaciones que se asumen en virtud de un contrato.”<sup>340</sup>. En esta misma postura es posible mencionar a DOMÍNGUEZ ÁGUILA, quien afirma que el principio “sufre una grave limitación en materia contractual, porque aquí, salvo hipótesis de dolo o culpa grave, la víctima sólo obtendrá

---

<sup>337</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 215.

<sup>338</sup> *Ibíd.*, cuando el autor afirma que el “...daño contractual ... aparece circunscrito en la ley al menoscabo efectivo experimentado por el patrimonio del acreedor (daño emergente), a las ganancias y utilidades que pudieron devengarse en su favor (lucro cesante) y que causalmente el incumplimiento no hizo posible obtener y, aun cuando resulte discutible, al menoscabo extrapatrimonial o moral que, en ciertos, se sigue del incumplimiento. Así se desprende de los artículos 1556, 1558 y 1559 del Código Civil”.

<sup>339</sup> *Ibíd.*, p. 216.

<sup>340</sup> *Ibíd.*

reparación del daño directo previsto, como regla general.”<sup>341</sup>. Añade que el principio es más bien una intención más que una realidad y que “saber si en un cierto sistema se reparan todos los daños, requiere primero determinar qué se entiende por daño en ese sistema, es decir, saber si la noción admitida cubre efectivamente todas las alteraciones a la situación existente antes del hecho dañoso.”<sup>342</sup> El autor finalmente afirma que el principio se debilita por las limitaciones o requisitos del daño para que sea indemnizable.

#### **4.2.2 Argumentos en contra de la pretensión reparatoria**

##### **4.2.2.1 La dificultad de probar la certeza y monto del lucro cesante**

Tal como se pudo apreciar al tocar los puntos 2.3.1.1 y 2.3.1.2 del presente estudio, muchas veces nuestros tribunales rechazan la reparación del lucro cesante, al mantener un criterio rígido en cuanto al requisito de la certidumbre, estimando que el demandante no ha podido probar o ha probado insuficientemente la existencia de aquel daño. En otros casos, habiéndose probado la certeza razonable del lucro cesante, nuestros jueces desestiman su reparación por no haberse acreditado total o suficientemente su monto, criterio de rechazo que a juicio de autores como BARROS BOURIE o DIEZ SCHWERTER resulta excesivo, pues ellos estiman que la sola acreditación de un estándar de certeza razonable de la ocurrencia a futuro del lucro cesante debería provocar sin más su acogida por el tribunal, debiendo el juez de instancia dedicarse luego a fijar su monto, a menos que en el caso de autos el demandante haya solicitado expresamente la reserva de dicha determinación, al tenor del art. 173 del CPC, el cual para cierta parte de nuestros tribunales, se entiende afín con el daño por incumplimiento de obligaciones contractuales, según se menciona el asunto en el punto 2.1.2.4 y se estudia con mayor detención en el punto 4.3.1 letra h).

---

<sup>341</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño... Op. cit., p.135.

<sup>342</sup> *Ibíd.*, p. 136.

#### 4.2.2.2 El riesgo futuro de la insolvencia del cliente

Es también posible esgrimir como argumento de la parte demandada en su defensa, alegar la efectiva y posterior insolvencia o incumplimiento del cliente, con lo que desaparece el enriquecimiento incausado para él. No obstante, debe tenerse presente que la legislación común contempla un set de garantías que buscan proteger al acreedor del contratante incumplidor. Además debe recordarse que se estima doctrinaria y administrativamente que en la relación laboral rige el principio de ajenidad, por lo que el riesgo de la ganancia o pérdida de la explotación del giro lo asume el empleador.

#### 4.2.2.3 La posibilidad de que el vendedor comisionista encuentre nuevamente empleo

De considerarse que las indemnizaciones laborales no tienen un fin reparatorio del daño, y considerando el principio de la reparación integral y el enriquecimiento sin causa, el trabajador podría intentar el reclamo de la reparación del lucro cesante, ante lo cual el demandado podría alegar en su contestación que el daño ha cesado o desaparecido o nunca se configuró, toda vez que el demandante goza de un nuevo empleo.

#### 4.2.2.4 Las indemnizaciones tarifadas legales del despido subentienden el daño y por lo tanto son indemnizatorias y reparatorias de éste

A propósito de discusión sobre la finalidad de las indemnizaciones legales laborales tarifadas, para algunos éstas no fueron establecidas en función del daño sufrido por el trabajador, por lo que no tienen un fin reparatorio, sino sancionatorio o compensatorio, según se vio en el punto 3.1.4.2.

### **4.3 Régimen de responsabilidad aplicable**

#### 4.3.1 Cuestión previa: diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

Siguiendo a BARROS BOURIE y RODRÍGUEZ GREZ, pasamos a señalar las diferencias principales entre el estatuto jurídico de la responsabilidad contractual y extracontractual:

##### a) Fuente de la obligación reparatoria

La responsabilidad contractual tiene por antecedente remoto el consentimiento o la voluntad de obligarse, el cual genera una primera obligación (de primer grado) la que, de ser incumplida o no “debidamente cumplida”<sup>343</sup> y habiéndose agotado el cumplimiento forzado con miras a obtener la satisfacción en naturaleza, da origen a la obligación siguiente, consistente en la de responder<sup>344</sup> indemnizando los “daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento de esa obligación principal”<sup>345</sup>.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual tiene como fuente la comisión de un hecho ilícito que causa daño, el cual “que no está antecedido de una relación jurídica obligatoria”<sup>346</sup>, sino más bien se trata de un hecho o infracción al deber general

---

<sup>343</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 978.

<sup>344</sup> Con miras a lograr la satisfacción por equivalencia. Al respecto BARROS BOURIE plantea como necesaria la distinción entre los dos niveles obligacionales derivados del contrato, a saber, la obligación de primer grado, cual consiste en cumplir la prestación debida a clara y la de segundo grado, derivada del incumplimiento en naturaleza, cual es satisfacer por equivalencia mediante una indemnización de perjuicios. Al respecto señala que: “la distinción es un resultado natural de los dos niveles que tiene la obligación emanada de un contrato: por un lado, el deudor está obligado a cumplir la obligación convenida, para lo cual el acreedor dispone de la acción de cumplimiento en naturaleza; y, por otro, del incumplimiento imputable se sigue la acción indemnizatoria de los perjuicios irrogados. En materia *de responsabilidad extracontractual*, ambos niveles se confunden, porque el deber general de cuidado cuya infracción da lugar a la responsabilidad no es homologable a la relación personal obligatoria que nace del contrato.”. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 871.

<sup>345</sup> *Ibíd.*

<sup>346</sup> *Ibíd.*, p. 976.

de cuidado que causa daño (responsabilidad por culpa) o incluso un simple hecho con resultado de daños para terceros (responsabilidad estricta). En palabras de RODRÍGUEZ GREZ: la responsabilidad extracontractual - y su correlativo deber de indemnizar- se funda en “la obligación de carácter social”<sup>347</sup> consistente en no causar daño culpable o intencionalmente a nadie.

#### b) Capacidad

En materia de responsabilidad extracontractual ofrece una regulación de más rigurosa que en el ámbito extracontractual. Así, en lo contractual, rige la regla del artículo 1447 del Código Civil, la cual señala:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes<sup>348</sup> y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Por su parte, la capacidad para cometer ilícitos civiles se rige, en materia extracontractual, por el artículo 2319 del cuerpo legal civil, que dispone:

“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

---

<sup>347</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit. p.7

<sup>348</sup> “Art. 26. Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”



Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.”

En suma, la capacidad de causar daño por incumplimiento contractual comienza a partir de los catorce o doce años, si es hombre o mujer, respectivamente; en tanto que la capacidad de causar daño por la comisión de un ilícito civil parte desde los siete años, para toda persona.

#### c) Momento a partir del cual se configura o presupuesto gatillante

En la responsabilidad por incumplimiento contractual, “el deudor debe ser constituido en mora para que haya lugar a la responsabilidad contractual”<sup>349</sup>. En el ámbito extracontractual, la responsabilidad surge a partir de la comisión de un “hecho que causa daño.”<sup>350</sup>.

#### d) Culpa

En materia contractual cabe señalar que la culpa ofrece una graduación en el artículo 44 del Código Civil<sup>351</sup>, lo cual unido a lo dispuesto en el artículo 1547 de dicho

---

<sup>349</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 976.

<sup>350</sup> *Ibíd.*, p. 976.

<sup>351</sup> “Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

cuerpo legal<sup>352</sup>; se concluye que en materia contractual la culpa se presume<sup>353</sup> y “se aprecia *in abstracto*”<sup>354</sup>. En otro sentido, habiendo una equiparación de la culpa grave al dolo (artículo 44 inciso final del Código Civil), aplicable a todo el sistema de responsabilidad civil, a juicio de RODRÍGUEZ GREZ, esta equiparación debe concordarse con la prohibición de pactar el perdón del dolo futuro, establecida en el artículo 1465 del cuerpo legal civil, a propósito de los actos jurídicos, por lo que en consecuencia “si el perdón anticipado del dolo no vale, tampoco vale el perdón anticipado de la culpa grave”<sup>355</sup>, por lo que en materia contractual “no puede exonerarse del deudor de la responsabilidad por culpa grave.”<sup>356</sup>.

Por el contrario, en el plano del ilícito civil, la culpa o “factor de atribución no se gradúa y se aprecia *in concreto*”<sup>357</sup>, y “el demandante debe probarla (...)”<sup>358</sup>. ALESSANDRI RODRÍGUEZ afirma “Sobre la base de los principios anteriormente expuestos, el tribunal... deberá tomar en cuenta la situación personal de la víctima, es decir, el daño que haya experimentado en sí misma y no el que habría sufrido un tipo ideal o abstracto.”<sup>359</sup>.

---

<sup>352</sup> “Art. 1547. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

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 a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

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

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

<sup>353</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 976.

<sup>354</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit. p.7.

<sup>355</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 124.

<sup>356</sup> Ibid., p. 124.

<sup>357</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit. p.8.

<sup>358</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 976.

<sup>359</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 405.

La distinción anterior debe entenderse sin perjuicio que el daño, en cuanto entidad transversal a todo el sistema de responsabilidad civil, no se presume, por lo que deberá probarse su existencia en el juicio declarativo de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual.

#### e) Daño

Según se afirmó en el punto anterior, en base a lo dispuesto en el artículo 1698 inciso primero del Código Civil<sup>360</sup>, el daño siempre debe probarse, en la fase procesal declarativa, a lo menos en cuanto a su existencia, pudiendo haber reserva de la determinación de su especie y monto, según se explicará en un siguiente punto.

A juicio de RODRÍGUEZ GREZ, el *quantum* o extensión del daño no es uniforme en la responsabilidad por incumplimiento contractual y aquiliana, toda vez que “en lo contractual ‘el daño está delimitado por la “prestación”<sup>361</sup>, mientras que en lo extracontractual “imperera el principio de la reparación integral del daño.”<sup>362</sup>.

#### f) Relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento

A juicio de RODRÍGUEZ GREZ, “las teorías sobre la casualidad incorporadas en nuestros textos doctrinarios sólo sirven en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”, toda vez que en ésta “se trata de determinar cuál es el hecho que causa daño” y, por el contrario, en la de tipo contractual lo relevante es “establecer si otro hecho, diverso del incumplimiento, fue la causa del daño.”<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> “Art. 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”.

<sup>361</sup> RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual... Op. cit. p.8.

<sup>362</sup> *Ibíd.*

<sup>363</sup> *Ibíd.*

#### g) Prescripción de la acción

La acción por responsabilidad contractual prescribe transcurridos cinco años desde que la obligación se hizo exigible, en virtud de lo prescrito en el artículo 2515 del Código Civil, “salvo que la ley establezca plazos menores (artículos 1834, 1856 y 1866, además de los establecidos por leyes especiales)”<sup>364</sup>; en tanto que su equivalente extracontractual “es de cuatro años desde la perpetración del hecho”<sup>365</sup>. En este aspecto no es menor establecer si la naturaleza de la responsabilidad por lucro cesante del empleador respecto de su dependiente vendedor comisionista es de naturaleza contractual o extracontractual, y asumiendo el primer carácter, si ésta se puede reclamar dentro de los cinco años que confiere la ley civil general, o bien los cuatro años que concede la ley comercial o los seis meses de la ley laboral;<sup>366</sup> y

h) Derecho del demandante a solicitar reserva de la discusión en torno a la especie y monto de los perjuicios a indemnizar. Alcance del artículo 173 del CPC, en relación con el artículo 235 número 6 del mismo cuerpo legal

---

<sup>364</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 977.

<sup>365</sup> *Ibíd.*

<sup>366</sup> En el Código de Comercio, el Libro II, relativo a los contratos y obligaciones mercantiles en general, dentro del cual se sitúa el estatuto del mandato comercial, contempla una primera norma, el artículo 96, que remite el tema de la prescripción a las normas generales del Código Civil, al señalar que: “Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código.” No obstante este precepto, al final del Libro II, se contempla el Título XVII, “de la prescripción”, con un artículo único, el 822 que dispone: “Las acciones que procedan de las obligaciones de que trata el presente Libro y que no tengan señalado un plazo especial de prescripción, durarán cuatro años. Las prescripciones establecidas en este corren contra toda clase de personas.” Ahora bien, es preciso señalar que se generó un cruce o superposición de normas comerciales y laborales en materia de despido del mandatario comercial que es a la vez dependiente del principal, a partir de la dictación de la ley N° 4059 de 1924, en cuyo artículo 29 se hace aplicable la rescisión por decisión del empleador, cruce de estatutos que nos conduce a tener presente otro plazo de prescripción especial de data posterior, cual es el de dos años para los derechos laborales (contados desde que la obligación se hizo exigible), y seis meses para las acciones derivadas de los actos y contratos (contados desde la terminación de los servicios), al tenor de lo establecido en el artículo 510 del Código del Trabajo.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no ha sido pacífica la interpretación del artículo 173<sup>367</sup> en relación con la regla sexta del artículo 235<sup>368</sup>, ambos del Código de Procedimiento Civil. Ambas normas apuntan al derecho de la parte demandante de indemnización, a efectuar expresa reserva en la demanda que origina el juicio declarativo de responsabilidad civil; de la discusión de la especie y monto de los perjuicios cuya indemnización se reclama. Dicha reserva traslada la mencionada discusión a la etapa de la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, tanto en su cumplimiento incidental o como bajo la iniciación de un nuevo juicio ejecutivo de obligaciones de dar.

Para parte de la doctrina tradicional, y en base a una interpretación restrictiva del artículo 173 del CPC, el derecho a reserva es más consistente con la responsabilidad contractual, toda vez que en materia extracontractual los jueces de instancia gozan de gran discrecionalidad para apreciar la culpa -la cual no está graduada-, el daño y la indemnización. En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ afirma que “los jueces de fondo son soberanos para apreciar la extensión del daño y el monto de la

---

<sup>367</sup> El cual se ubica dentro del Título XVII, “DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES”, y éste a su vez, como parte del Libro I, DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO. La citada norma dispone: “Art. 173 (196). Cuando una de las partes haya de ser **condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto**, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia.

**En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.”** Lo destacado es nuestro.

<sup>368</sup> El cual se ubica dentro del Título XIX, “DE LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES”, del Libro I, cuyo texto reza: “Art. 235. Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 (se refiere al cumplimiento incidental de las resoluciones) o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial, de acuerdo con las reglas siguientes:  
(...) 6a. Si la sentencia ha condenado a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios y, de conformidad a lo establecido en el **inciso segundo del artículo 173**, se ha **reservado al demandante el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución** del fallo, el actor deberá formular la demanda respectiva en el mismo escrito en que pida el cumplimiento del fallo. Esta demanda se tramitará como incidente y, de existir oposición al cumplimiento del fallo, ambos incidentes se substanciarán conjuntamente y se resolverán en una misma y única sentencia.”. Lo subrayado es nuestro.

indemnización. Así se ha fallado.<sup>369</sup>, añadiendo una consecuencia: “Se trata de una mera cuestión de hecho... que escapa... a la revisión del tribunal de casación, toda vez que la ley no ha señalado las normas que deben observarse para determinar ese monto.”<sup>370</sup>; luego el autor sentencia que el monto de la indemnización puede regularlo el juez “discrecionalmente según el mérito del proceso, aunque no se hayan establecido las bases a que se refiere el artículo 196 C.P.C.”<sup>371</sup>, norma que corresponde al actual artículo 173. En efecto, el autor afirma que en materia extracontractual, el artículo 173 del CPC -en el sentido de que es el demandante quien debe expresar en su demanda o en una fase posterior las bases para la discusión de la especie y monto del daño- no tiene aplicación, interpretación que a juicio del autor tiene respaldo a nivel de jurisprudencia: “ Una jurisprudencia que puede considerarse definitivamente establecida, decide que este precepto es inaplicable a la regulación de los perjuicios causados por un delito o cuasidelito, pues sólo se refiere a los que provengan del incumplimiento de obligaciones contractuales o de relaciones jurídicas preexistentes. Esta jurisprudencia se ha originado principalmente con motivo de la reparación del daño moral... puesto que este daño no es susceptible de una exacta apreciación pecuniaria.”<sup>372</sup>. Finalmente, el autor advierte que la amplia facultad del juez de instancia de fijar el monto de los perjuicios en materia extracontractual o en torno al daño moral (el cual actualmente se acepta para materia de incumplimiento contractual) “está limitada por las peticiones de las partes y por el monto del daño”, pues de lo contrario, “habría un enriquecimiento sin causa para la víctima y... ultrapetita”<sup>373</sup>, respectivamente.

---

<sup>369</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual... Op. cit., p. 404.

<sup>370</sup> *Ibíd.*, p. 418.

<sup>371</sup> *Ibíd.*

<sup>372</sup> *Ibíd.* p., 418. Advierte el autor en comentario riesgo de abuso en esa discrecionalidad a la hora de estimarse el daño moral por responsabilidad aquiliana, lo cual muchas veces desvía de su fin reparatorio a la indemnización, transformándola “en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien la demanda.” En este punto ver p.408 de la citada obra.

<sup>373</sup> *Ibíd.*, p. 418.

DIEZ SCHWERTER observa similar postura al comentar que de lograr probarse la existencia del daño en el juicio de responsabilidad extracontractual, procede sin más la condena y la indemnización “Es por ello que se ha resuelto que si están comprobados los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), debe accederse a su indemnización, ‘pudiendo los jueces, en cuanto a su monto, regularlo en forma prudencial, ya que no es aplicable en estos casos lo que dispone el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil’.”<sup>374</sup>.

No obstante lo expuesto anteriormente, la tendencia doctrinaria actual da una interpretación extensiva a la citada norma (artículo 173 del CPC), la que no distinguiría entre ambas especies de responsabilidades (contractual y extracontractual), por lo que así como en materia contractual, en el campo de la responsabilidad aquiliana también sería posible postergar la determinación del *quantum* indemnizatorio. Al respecto BARROS BOURIE comenta: “Se justificó tradicionalmente esta diferencia en la supuesta particularidad de la responsabilidad extracontractual, que daría a los jueces facultades soberanas para apreciar la extensión del daño y determinar el monto de la indemnización, aunque no se hayan fijado las bases de su determinación”<sup>375</sup>.

Más allá de la discusión anterior, lo claro es que, al reclamarse judicialmente la responsabilidad, el juicio declarativo tiene por finalidad establecer si el demandado es o no responsable, por lo que es en materia contractual (y a juicio de BARROS BOURIE también en materia extracontractual) es posible postergar la determinación de la cuantía de la indemnización reparatoria a un momento posterior, cual es el cumplimiento incidental del fallo declarativo-condenatorio o en un nuevo juicio ejecutivo de dicho fallo.

---

<sup>374</sup> DIEZ SCHWERTER, J. L. El daño...Op. cit. p. 58.

<sup>375</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado... Op. cit., p. 920. El autor cita a ALESSANDRI, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno. Santiago, Chile. Ed. Universitaria, 1943, pp. 49 y 578. RODRIGUEZ GREZ comparte esta interpretación favorable a la reserva en materia extracontractual. Ver RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Op. cit., p. 266.

#### **4.3.2 Posición primera: La fuente del lucro cesante es el incumplimiento de una obligación del contrato individual de trabajo. Consecuencias**

El lucro cesante en cuanto daño patrimonial padecido por el vendedor comisionista a partir del despido, puede considerarse de naturaleza contractual laboral, por ser el contrato de trabajo la fuente y la medida de la obligación de remunerar dichas comisiones y que pesa sobre el empleador; aspecto diverso es determinar el momento a partir del cual se devenga este daño, lo cual a su vez nos lleva al terreno de su determinación o cálculo.

Esta interpretación es sostenida en doctrina por GAMONAL CONTRERAS, quien en base a la expansión, dinamismo y evolución del Derecho Laboral, defiende la idea del carácter contractual del daño derivado del incumplimiento de los deberes tanto económicos como ético-jurídicos<sup>376</sup>.

Las consecuencias de esta apuesta son principalmente cuatro:

##### *i. El tribunal competente*

Será el juez con competencia laboral, lo cual está en total sintonía con el artículo 420 del Código del Trabajo.

##### *ii. El derecho de fondo aplicable*

Nada obsta a que el juez laboral siga los criterios civilistas del daño en materia contractual, contenidos principalmente en el Título XII del Libro IV del Código Civil, latamente reproducidos, con sus principios y normas, para la determinación del daño; sin perjuicio de que aprecie la prueba según la sana crítica, por regla de especialidad laboral en los aspectos laborales.

---

<sup>376</sup> Ver GAMONAL Contreras, Sergio. Daño moral por término... Op. cit., pp. 58 y ss. Ver, del mismo autor El Daño moral en el contrato de trabajo. 2ª ed. Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. 8 y ss.



*iii. Plazo de prescripción de la acción*

Será el plazo especial de seis meses, al tenor de lo establecido en el artículo 510 del Código del Trabajo.

*iv. Derecho incuestionable a reserva de la determinación del monto del lucro cesante*

La determinación del monto se deja para un momento posterior, cual es el cumplimiento incidental del fallo declarativo-condenatorio o en un nuevo juicio, lo que se desprende supletoriamente del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil.

**4.3.3 Posición segunda: La fuente del lucro cesante es el despido. Consecuencias**

En este caso, la responsabilidad de reparar el daño será considerada extracontractual civil, por arrancar el daño de un hecho situado en el ocaso de vínculo laboral y que es la desvinculación declarada injustificada o bien el despido indirecto declarado judicialmente.

Esta postura es defendida por SALGADO PÉREZ Y DOMÍNGUEZ ÁGUILA.<sup>377</sup> Se opone a ella, estimando que frente al despido injustificado o indirecto estamos frente a un incumplimiento de las obligaciones contractuales laborales y la buena fe, GAMONAL CONTRERAS, al señalar “Discrepamos de esta tesis, ya que el daño moral por término del contrato de trabajo es producto de un hecho (el despido...) que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del

---

<sup>377</sup> Ver GAMONAL Contreras, Sergio. Daño moral por término... Op. cit., p. 60 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Reparación del daño moral por despido injustificado. En Revista Chilena de Derecho, 25, 1998, P. 443.

contrato de trabajo, reconocido en nuestro Código, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.”<sup>378</sup>

*i. El tribunal competente*

Será el juez laboral, cuando el trabajador reclame conjuntamente con la impugnación del despido su pretensión reparatoria del daño.

Por el contrario, si el demandante posterga su demanda, acogiéndose plenamente al estatuto civil, será el juez civil, en juicio ordinario de lato conocimiento.

*ii. El derecho de fondo aplicable*

Rige el estatuto del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, artículos 2314 a 2334, sobre delitos y cuasidelitos civiles, con un sistema probatorio de prueba legal o tasada y con los inconvenientes de la certidumbre del lucro cesante.

*iii. Plazo de prescripción de la acción*

Si el trabajador reclama indemnización conjuntamente con la impugnación del despido, el plazo es de seis meses. Por el contrario, si demanda ante juez civil únicamente la reparación del daño, corre el plazo de cuatro años, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil.

*iv. Posible negativa del juez de fondo a reservar la determinación del monto del lucro cesante para la etapa de ejecución del fallo*

Hasta el momento presente, subsiste hay discordia en torno al alcance del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, para la reparación del daño extracontractual.

---

<sup>378</sup> Ver GAMONAL Contreras, Sergio. Daño moral por término... Op. cit., p. 60

#### 4.3.4 Nuestra posición

- Consideramos que en los casos de terminación anticipada del contrato del vendedor comisionista que se pactó a plazo fijo o por obra o faena, el lucro cesante es claramente un daño derivado del incumplimiento contractual del empleador. Si el trabajador opta por pedir su reparación, renunciando a las indemnizaciones tarifadas legales del despido, al tenor de lo normado en el inciso 2° del CT (según se explicará en el siguiente punto), será el juez laboral quien conocerá y decidirá si hay cabida o no a dicha reparación, la cual deberá analizarse según el estatuto de la responsabilidad civil contractual, debiendo tenerse presente que rige en este ámbito la importante presunción de culpa, por lo que el demandante tendrá la no fácil tarea de acreditar el lucro cesante y su monto, a fin minimizar el riesgo de que su pretensión sea desestimada, no obstante en doctrina se considera que basta la prueba de la existencia del daño para hacer procedente su reparación (en este caso la certeza razonable del lucro cesante, bajo el escenario de “normal curso de los acontecimientos”).
- Para casos de terminación injustificada o de despido indirecto, hay una conducta dolosa del empleador que nos obliga a sostener que estamos frente a una situación de ilícito civil, toda vez que la conducta del empleador, con dolo o culpa, ha generado el lucro cesante al trabajador, equivalente a la no percepción de las utilidades ciertas y futuras derivadas de las ventas perfeccionadas y que dan origen a vínculos comerciales entre el cliente y el empleador de cierta permanencia en el tiempo. En este supuesto de responsabilidad extracontractual, el trabajador deberá probar el dolo o la culpa del empleador en su decisión de despedir injustificadamente o en su comportamiento de indisciplina para los casos de despido indirecto.

Claramente, en esta segunda situación, es necesario que el trabajador impugne el despido en sede laboral, manifestando expresamente que para el caso de acogerse su pretensión impugnatoria, renuncia a la indemnización

tarifada legal de antigüedad y sus recargos, reclamando en su lugar la indemnización del lucro cesante bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, sirviendo la condena judicial que declara injustificado el despido, un valioso antecedente probatorio del dolo o la culpa del empleador

#### **4.4 Derecho del trabajador comisionista despedido por voluntad del empleador a optar entre el modelo indemnizatorio tarifado legal laboral o uno que incluya la compensación del lucro cesante**

Consideramos, en base a una interpretación analógica del artículo 176 del Código del Trabajo<sup>379</sup>, norma que al establecer que toda indemnización que deba pagarse al trabajador será incompatible con aquella establecida en el artículo 173 del mismo cuerpo legal, agregando a reglón seguido que en caso de incompatibilidad entre una y otra deberá pagarse al trabajador por la que este opte (principio pro operario), se configura un derecho de opción preferente de carácter laboral al trabajador para que éste elija el sistema indemnizatorio que más convenga a sus intereses, a saber, el legal laboral tarifado establecido para el despido (artículos 162, 163 y recargos del art. 168) o el que repare su lucro cesante efectivo, bajo el régimen de la responsabilidad civil,

El derecho a opción del trabajador entre uno u otro sistema indemnizatorio, implica lógicamente, que la elección de uno provoca la renuncia del otro.

De materializarse la pretensión reparatoria por lucro cesante ante tribunales, tal solicitud debe ser conocida y resuelta por los tribunales laborales en consonancia con lo establecido en el artículo 1° del Código del Trabajo y 76 de la Constitución Política,

---

<sup>379</sup> “Art. 176. La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término del contrato o de los años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo de este último, con excepción de las establecidas en los artículos 164 y siguientes.

En caso de incompatibilidad, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte.”

no siendo dable a la judicatura limitar tal derecho de opción desatendiendo el tenor literal del inciso 2° del art, 176 del CT.

Afirmamos, en base a los principios justificantes del presente capítulo, que, el trabajador comisionista, al reclamar las indemnizaciones que tiene derecho a exigir con ocasión del cese de su vínculo laboral, puede elegir el sistema que más convenga a sus intereses económicos, lo que es igual a decir que podrá optar entre la tarifada legal laboral con sus posibles recargos por impugnación de la causal; o una compensación del lucro cesante. Consecuencia lógica de esta opción serán las normas de fondo aplicables a la indemnización en uno y otro caso, a saber, laborales o civiles, respectivamente; sin perjuicio que desde el punto de vista procesal, de optarse por la compensación del lucro cesante, será el carácter contractual o extracontractual el factor decisivo para definir cuál es el tribunal competente.

La indemnización del lucro cesante en general, siguiendo los criterios civilistas, desde luego debe considerar un criterio de valoración objetivo que permita determinar su ocurrencia, su monto y el período futuro; pero en este caso tan sui generis del vendedor comisionista, todos esos factores típicamente inciertos dentro del lucro cesante, tienen certeza, toda vez que lo que el trabajador busca, es acelerar el pago de las comisiones futuras totalmente ciertas, al estar detallados todos los aspectos en el contrato de venta del producto tangible o intangible, unido al porcentaje de comisión que el contrato individual de trabajo debe tener declarado expresamente, al ser una estipulación obligatoria, al tenor del artículo 10 del Código del Trabajo.

La única incertidumbre de esta reclamación reparatoria es, a nuestro juicio, la potencial insolvencia de la entidad empleadora, con lo cual estimamos de justicia, que el pago de la indemnización del lucro cesante a título de comisiones devengadas por ventas efectivamente perfeccionadas con los clientes sea como capital y no como renta periódica, para minimizar este riesgo en el pago de la reparación. En este mismo sentido, en ningún caso el empleador, en cuanto demandado, podría alegar como elemento devaluador de lo reclamado por el demandante, el margen de riesgo de insolvencia del cliente deudor del precio en parcialidades, pues la entidad empleadora,

en cuanto acreedor, goza de los derechos o medidas auxiliares y la garantía de prenda general correlativa que ya se señalaron en un punto anterior

En términos prácticos, el trabajador deberá efectuar la determinación del lucro cesante, vale decir, calcular su monto antes de firmar el finiquito de trabajo, en cuya virtud estaría aceptando la indemnización tarifada legal, renunciando a la del lucro cesante.

#### **4.4.1 Consecuencias económicas de la opción**

La opción que tiene un trabajador vendedor comisionista entre las indemnizaciones tarifadas laborales y la del lucro cesante adquiere crucial importancia cuando uno u otro sistema conducen a notorias diferencias de montos finales.

En términos simples, convendrá el sistema tarifado legal, cuando el vendedor:

- Al momento del despido, haya tenido bajas comisiones.
- Su sueldo base sea de bajo monto, o su sueldo base sea similar al promedio de las comisiones de sus últimos tres meses.
- Los las ventas perfeccionadas durante los tres últimos meses generen contratos entre cliente y empresa de ejecución instantánea.
- Los montos de las ventas de los últimos tres meses sean bajas.
- Tenga la antigüedad mínima de un año. A mayor antigüedad, mayor conveniencia del sistema tarifado laboral.
- Cuento con medios de prueba que le permitan acreditar el carácter injustificado, indebido, improcedente o indirecto del despido.

Por el contrario, será conveniente la opción de reparación del lucro cesante cuando:

- La antigüedad laboral inferior a un año. Conveniencia que se diluye a medida que aumenta la antigüedad, para luego volver a ser atractiva, cuando el trabajador ha superado el tope legal de los once años y sus comisiones promedio son altas.
- Con independencia de la antigüedad laboral, el promedio de las comisiones de los últimos meses sean en base a operaciones de cuantía muy superior a la de su último sueldo base.
- El promedio de las comisiones de los últimos meses sean por operaciones que generen contratos de tracto sucesivo para el empleador y por lo tanto, una ganancia sostenida por un tiempo cierto para la empresa, en base al tenor del contrato.
- El promedio de las comisiones de los últimos meses superen con creces el horizonte de la indemnización por años de servicios que podría percibir el trabajador

Por lo anterior, en una situación límite, donde el vendedor ostente una antigüedad cercana al tope legal de los once años, y su sueldo base sea alto, pero asimismo el promedio de las comisiones de los últimos tres meses sea mayor que el sueldo base, el trabajador se enfrentará a una disyuntiva, la que se aclara haciendo el cálculo de su posible indemnización.

Por último debe tenerse presente que al elegir la indemnización civil, de considerarse que la responsabilidad es extracontractual, deberá probar la culpa del empleador, junto al daño, siendo esto último equivalente a la necesidad de probar la certeza razonable de la existencia del lucro cesante y ojalá presentar antecedentes que permitan al juez tener herramientas del cálculo, sin perjuicio del debate sobre el alcance del art. 173 del CPC y las atribuciones que tiene el juez para fijar el monto, aunque éste no esté acreditado.

#### **4.4.2 Consideración final**

Es aconsejable, como medida de resguardo anticipada y garantía de lucro cesante, que el vendedor comisionista logre negociar con su empleador al momento de celebrar el contrato de trabajo una cláusula de aceleración o de pago efectivo al momento del despido de las comisiones devengadas por ventas perfeccionadas durante el vínculo laboral hasta el momento previo al despido, y cuya percepción y cobro se encuentre pendiente. O bien una estipulación clara de qué operaciones dan lugar al estipendio comisión y cuáles no, para no enfrentar el riesgo de perderlas por un cambio unilateral de condiciones (más allá de lo permitido legalmente, al tenor del *ius variandi* consagrado como un derecho del empleador en el art. 12 del CT) e instrucciones de último momento en las metas u otros criterios técnicos en torno a la producción por el empleador, que perjudiquen económicamente al vendedor.

De no lograrse una garantía anticipada de pago de comisiones futuras en el propio contrato de trabajo, la posibilidad de la reparación del lucro cesante extrajudicialmente dependerá del poder negociador que tenga el trabajador



## CONCLUSIONES

1. La actividad del vendedor comisionista, tiene un origen comercial, el cual arranca de las necesidades de tráfico mercantil de la época de la República de Roma. Esta forma de colaboración perdura a lo largo del tiempo, pasando a estar regulada por el Código del Comercio y leyes especiales mercantiles propias de nuevos mercados, como el de seguros, salud privada bajo régimen de salud y pensiones de vejez administradas por AFP.
2. No obstante el origen comercial de la figura del auxiliar comisionista, en la actualidad el vínculo que el vendedor tenga con su mandante será dependiente y, en consecuencia, regulado por el Código del Trabajo y leyes complementarias, cuando reúna los elementos propios de la relación laboral, más allá de existir o no un contrato de trabajo escrito. Así se ha estimado por nuestros tratadistas especializados y nuestra judicatura.
3. El daño es una institución transversal eje de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, que también puede configurarse en materia laboral.
4. El daño para ser reparado debe reunir diversos elementos que deberán acreditarse en el juicio correspondiente. Entre dichos requisitos, la certeza o certidumbre es un elemento crucial y de controvertida estimación en materia de lucro cesante, por ser un daño futuro
5. La terminación de un vínculo laboral en forma inesperada, sea por despido ilegal, despido indirecto o por muerte del trabajador a raíz de un accidente de trabajo fatal, puede originar una o más especies de daño, siendo el lucro cesante muchas veces reconocido por nuestros tribunales como un daño indemnizable en sede laboral o civil.
6. Los vendedores comisionistas cuyos contratos culminan inesperadamente o ilegalmente por voluntad del empleador, pueden padecer un daño consistente en lucro

cesante por las comisiones derivadas de ventas perfeccionadas al momento del cese del vínculo y que originarán ganancias ciertas para el empleador a futuro.

7. El vendedor comisionista desvinculado inesperada o ilegalmente, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del art. 176 del Código del Trabajo, tiene un derecho a optar entre las indemnizaciones tarifadas legales del despido y la reparación del lucro cesante.

## BIBLIOGRAFÍA

### ÍNDICE DE AUTORES

ACADEMIA JUDICIAL. Manual de la cobranza ejecutiva laboral y previsional. Los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y el procedimiento ejecutivo. Año 2006

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (reimpresión 2009).

BARAHONA ESTAY, Francisca. Despido Indirecto. Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2009.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 35 (1): 85 - 106, 2008.

BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile; 2007.

CORRAL TALCIANI, Hernán. El daño moral por muerte o lesiones en la jurisprudencia, con particular referencia a los accidentes del trabajo. En La responsabilidad por accidentes del trabajo, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) 10, Santiago, 2005

DÍEZ SCHWERTER, José Luis. El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

-- Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del derecho de daños. En Revista de Derecho Universidad de Concepción. 214 (2): 143-150. Julio –diciembre 2003, p. 149.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. En Revista de Derecho Universidad de Concepción, 188:125-168, julio –diciembre 1990.

-- Responsabilidad contractual. Daño moral. Cúmulo de responsabilidades. Prueba del daño moral. Comentario de Jurisprudencia. En Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 193, año LXI, enero/junio de 1993, pp. 159-163.

-- Reparación del daño moral por despido injustificado. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°2, pp.431-445.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. El Daño Moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2002.

FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Ed. Jurídica de Chile, 1990.

GAMONAL Contreras, Sergio. Daño moral por término del contrato de trabajo. Santiago, EDITREM, 2000

--El Daño moral en el contrato de trabajo. 2ª ed. Santiago, Lexis Nexis, 2007.

GATICA PACHECO, Sergio. Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Chile, Santiago, Jurídica, 1959.

HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral. Santiago, ed. Jurídica de Chile, decimoctava edición ampliada y actualizada., 2009.

LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, editorial LexisNexis, 2003.

NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo, tomo III, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 3° edición, 1998.

PALMA ROGERS, Gabriel. Derecho Comercial. Ed. Nascimento, 1940.

PRADO PUGA, ARTURO. El poder del factor de comercio en la etapa previa a la codificación mercantil: contenido y límites. Revista chilena de historia del Derecho. 15 (1989), p. 27-57.

PUNTOLEX S.A. Jurisprudencia Daño Moral. Santiago, 2007.

REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS. CÓDIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Tomo I Código de Comercio. Santiago, Ed. Jurídica, 1994. Compilador: SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo y MARCHANT RÍOS, Ricardo.

RODRIGUEZ GREZ, P. Responsabilidad Contractual. Santiago, Ed. Jurídica, 2003.

-- Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Ed. Jurídica, 2004.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. Derecho comercial. Tomo I. Actos de comercio. Noción general de empresa individual y colectiva. Colección Manuales Jurídicos. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 6a. ed. Actualizada, 2006.

UGARTE CATALDO, J. L. Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo Procedimiento de Tutela Laboral. En Ensayos Jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, N° 2, Santiago, 2006.

-- UGARTE CATALDO, J.L. La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: notas a propósito del nuevo procedimiento. Revista Derecho Laboral, Tomo XLIX N° 221. Enero- marzo 2006, Montevideo.

VARELA VARELA, Raúl. Derecho Comercial. Santiago, Ed. Universitaria, 1961.

### **NORMAS JURÍDICAS**

- Constitución Política de la República de Chile
- Código Civil chileno
- Código de Comercio chileno
- Código del Trabajo chileno
- DFL N° 251
- DL N° 3.500
- DS N° 863 de 1990, Reglamento sobre los Auxiliares del Comercio de Seguros
- DFL N° 1 de 2006, Ministerio de Salud, refunde DL N° 2763, Ley N° 18933 y Ley N° 18469.

### **JURISPRUDENCIA**

- Fallos de Tribunales Superiores de Justicia de Chile, base de datos Legal Publishing, <[www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl)>
- Gaceta Jurídica.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia.
- Dictámenes Dirección del Trabajo, sitio Web de la entidad <<http://www.dt.gob.cl/1601/w3-channel.html>>