

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Naya Mabel Flores Araya.

Yuly Andrea Lucio Ahuad.

Cristián Matías Sepúlveda Videla.

PROFESOR GUÍA: Sr. Héctor Humeres Noguera.

Santiago, Chile 2005.

TABLA DE CONTENIDOS . .	7
INTRODUCCIÓN . .	13
CAPÍTULO I DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL Y DE LA CIVIL EN PARTICULAR . .	15
Concepto de Responsabilidad e Importancia: . .	15
Diversas clases de responsabilidad . .	17
1.2.1 Responsabilidad Moral o Ética: . .	17
1.2.2 Responsabilidad Jurídica: . .	18
Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil¹⁶ . .	20
1.3.1 Etapa Anterior al Derecho Romano. . .	20
1.3.2 La Responsabilidad en el Derecho Romano. . .	22
1.3.3 Antiguo Derecho Francés (Siglo XII en Adelante, hasta la redacción del C.C. Francés.) . .	26
1.3.4 Etapa de la Codificación Civil Francesa y del establecimiento del Sistema Clásico de Responsabilidad Civil. . .	28
1.3.5 Críticas al principio de la Culpa y la expansión de la Responsabilidad Civil. . .	30
Teoría del Riesgo o de la Responsabilidad Objetiva. . .	32
CAPÍTULO II ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA O DOLO . .	37
2.1 El Hecho Voluntario (acción u omisión) . .	37
2.1.1 La Capacidad en Sede Delictual o Cuasidelictual: . .	38
2.2 Culpa o Dolo . .	44
2.2.1 La Culpa . .	44
2.2.2 El Dolo . .	52
El Daño . .	54
2.3.1 Concepto de Daño. . .	54
Certidumbre del Daño . .	55
Clases de Daños . .	55
La Relación de Causalidad . .	61
2.4.1 Concepto. Elementos Naturalístico y Normativo de la Relación Causal . .	61
Prueba de la Relación Causal . .	65
Concurrencia de Culpa de la Víctima . .	66
2.5 Conclusiones a los Capítulos Primero y Segundo . .	66
CAPÍTULO III RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL . .	68
3.1 Introducción al Capítulo . .	68
3.2 Presupuestos de la Responsabilidad Civil . .	69
Existencia de un Contrato . .	69
3.2.2 Inejecución de la Conducta Convencional Debida . .	79
La Relación de causalidad . .	85
El Daño . .	87
3.3 Conclusiones al Capítulo Tercero . .	98
CAPÍTULO IV LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR EL HECHO AJENO . .	99

Antecedentes Generales . . .	99
4.2 Doctrina de la Culpa In Eligendo vel Vigilando . . .	100
4.3 La Responsabilidad Vicaria, Substituta o Refleja . . .	101
4.4 La Responsabilidad Civil del Empresario por Riesgo de Empresa . . .	103
4.5 Presupuestos para que Opere la Responsabilidad del Empresario por el Hecho Ajeno en Nuestro Derecho Positivo . . .	104
4.5.1 Que Exista un Vínculo de Subordinación o Dependencia entre dos Personas . . .	105
4.5.2 Que Tanto el Empresario como quien actúa bajo su mando tengan capacidad extracontractual. . .	106
4.5.3 Que el Dependiente o Subordinado haya cometido un Delito o Cuasidelito Civil . . .	106
4.5.5 Que el Daño Ocasionado a la Víctima se produzca en el Ejercicio de las Funciones del Dependiente. . .	108
Derecho de Repetición del Empresario en contra del Subordinado . . .	110
Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Teletrabajo . . .	110
Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Trabajo a Domicilio . . .	113
Tendencia de los Tribunales Nacionales de ir Objetivando Paulatinamente la Responsabilidad por el Hecho Ajeno . . .	114
4.9Conclusiones al Capítulo Cuarto . . .	115
CAPÍTULO V LA SUBCONTRATACIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD . . .	117
1 Introducción . . .	117
2 Consideraciones . . .	118
5.3 Delimitación del tema . . .	121
5.4 La responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones de los contratistas o subcontratistas . . .	122
5.4.1 Antecedentes Históricos: . . .	122
5.4.2 Ámbito de aplicación: . . .	125
Definiciones: . . .	127
5.4.4. Análisis artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo . . .	129
5.5 La Subcontratación de Mano de Obra y la Simulación Laboral . . .	134
5.5.1. Antecedentes: . . .	134
5.5.2. Naturaleza jurídica del ilícito sancionado en el artículo 478 inciso 1º del Código del Trabajo . . .	135
5.5.3. Configuración del Fraude de Ley . . .	140
5.5.4. Sanciones a la Simulación y Fraude de Ley . . .	141
5.6 Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, y que regula el funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios . . .	142
Conclusiones al Capítulo Quinto . . .	144
CAPÍTULO VI RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES. . .	146
6.1 Antecedentes Generales . . .	146
6.2. Teorías sobre Responsabilidad del Empleador . . .	148
6.2.1. Teoría de la Responsabilidad Extracontractual o Teoría de la Culpa . . .	148

6.2.2. Teoría de la Inversión de la Prueba . . .	148
6.2.3 Teoría de la Responsabilidad Contractual . . .	148
6.2.4 Teoría Objetiva de Responsabilidad o del Riesgo Profesional . . .	149
6.2.5 Teoría del Riesgo de Autoridad: . . .	150
6.2.6 Teoría del Riesgo Social: . . .	151
6.3. Evolución Histórico- Legislativa de los Accidentes Laborales en Nuestro Derecho Positivo. . .	152
Ley N° 3.170: . . .	152
Ley N° 4.055, de 8 de septiembre de 1924: . . .	152
D.L. N° 170: . . .	154
6.3.4 Legislación posterior al Código de 1931: . . .	154
Ley N° 16.744, de 01 de febrero de 1968: . . .	154
6.4 Régimen Actual de Responsabilidad del Empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de sus Dependientes. . .	155
Antecedentes: . . .	155
Definiciones: . . .	157
6.4.3 Financiamiento del Sistema: . . .	166
6.5 Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales . . .	166
6.5.1 Antecedentes Generales: . . .	166
6.6 Titulares del la Acción de Indemnización . . .	168
6.7 Tribunal competente: . . .	172
6.8 Cúmulo de Responsabilidades . . .	174
6.9 Prescripción de las Acciones . . .	178
6.10 Conclusiones al Capítulo Sexto . . .	179
CAPÍTULO VII RESPONSABILIDAD POR DESPIDO DECLARADO INJUSTIFICADO, INDEBIDO O IMPROCEDENTE . . .	181
7.1 Antecedentes . . .	181
7.2 Evolución Histórica . . .	183
7.3 Procedencia de la indemnización en Sede Civil . . .	187
No es procedente el reclamo de daños en Sede Civil . . .	187
Es procedente el reclamo de daños en Sede Civil . . .	188
Naturaleza Jurídica de las indemnizaciones del Código del Trabajo . . .	192
Indemnización Sustitutiva del Aviso Previo . . .	193
Indemnización por Años de Servicio . . .	195
Los aumentos legales de la indemnización por Años de Servicio . . .	200
Seguro de Cesantía . . .	202
Fundamentos Doctrinarios y Jurídicos de la procedencia de la indemnización por Despido Injustificado . . .	203
7.7 Estatuto Jurídico aplicable a la Indemnización por Despido Injustificado . . .	206
7.7.1 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Contractual . . .	206
7.7.2 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Extracontractual . . .	207
7.8 Conclusiones al Capítulo Séptimo . . .	209

CONCLUSIONES . .	210
BIBLIOGRAFÍA . .	214

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION

Capítulo I: DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL Y DE LA CIVIL EN PARTICULAR

- 1.1 Concepto de Responsabilidad e Importancia
- 1.2 Diversas Clases de Responsabilidad
 - 1.2.1 Responsabilidad Moral o Ética
 - 1.2.2 Responsabilidad Jurídica
 - 1.2.2.1 Responsabilidad Penal
 - 1.2.2.2 Responsabilidad Civil, sus Clases
- 1.3 Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil
 - 1.3.1 Etapa anterior al Derecho Romano
 - 1.3.2 La Responsabilidad en el Derecho Romano
 - 1.3.3 Antiguo Derecho Francés (Siglo XII en adelante hasta la redacción del Código Civil Francés.)
 - 1.3.4 Etapa de la Codificación Francesa y del establecimiento del sistema clásico de Responsabilidad Civil
 - 1.3.5 Críticas al Principio de la Culpa y la Expansión de la Responsabilidad Civil
 - 1.3.6 Teoría del Riesgo o de la Culpa Objetiva

Capítulo II: ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR CULPA O DOLO

- 2.1 El Hecho Voluntario (Acción u Omisión)
 - 2.1.1 La Capacidad en sede delictual o cuasidelictual
 - 2.1.1.1 Los Dementes
 - 2.1.1.2 Los Menores de siete años
 - 2.1.1.3 Los Mayores de siete años y menores de dieciséis
 - 2.1.1.4 Prueba de la Incapacidad
 - 2.1.1.5 Responsabilidad del guardián del incapaz
 - 2.1.1.6 Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas
 - 2.1.1.6.1 Responsabilidad por el Hecho Personal
- 2.2 Culpa o Dolo
 - 2.2.1 La Culpa

2.2.1.1 Nuestra opinión respecto del estándar de comportamiento exigible en sede extracontractual

2.2.1.2 La culpa como infracción de un deber de cuidado establecido en una norma legal: la llamada Culpa Infraccional

2.2.1.3 Infracción de Usos o Hábitos¹

2.2.1.4 Infracción de Reglas Profesionales

2.2.1.5 Clases de Culpa: Culpa por Acción y por Omisión²

2.2.1.5.1 Culpa por Acción

2.2.1.5.2 Culpa por Omisión

1.5.2.a Omisión en la Acción Omisión Propiamente 84

2.2.2 El Dolo

2.2.2.1 Dolo de Acción y Dolo de Omisión

2.2.2.2 Apreciación del Dolo

2.3 El Daño

2.3.1 Concepto de Daño

2.3.2 Certidumbre del Daño

2.3.3 Clases de Daños

2.3.3.1 El Daño Material

2.3.3.2 El Daño Moral

2.3.3.2.1 Concepto y Funciones del Daño Mora

2.3.3.2.2 Intereses o Derechos comprendidos en la indemnización del Daño Moral

2.3.3.2.3 Características relevantes del Daño Moral en nuestro Derecho

2.4 La Relación de Causalidad

2.4.1 Concepto. Elementos Naturalístico y Normativo de la Relación Causal

2.4.1.1 Elemento Naturalístico

2.4.1.2 Elemento Normativo

2.4.1.2.1 Teoría de la Causa Próxima

2.4.1.2.2 Teoría de la Causa Adecuad

2.4.1.2.3 Teoría de la Causa más Eficaz o más Activa

2.4.1.2.4 Teoría del Seguimiento o de la Impronta Continua de la Manifestación Dañosa

2.4.2 Prueba de la Relación Causal

2.4.3 Concurrencia de la Culpa de la Víctima³

2.5 Conclusiones de los Capítulos Primero y Segundo

Capítulo III: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

3.1 Introducción al Capítulo

3.2 Presupuestos de la Responsabilidad Civi

3.2.1 Existencia de un Contrato

- 3.2.2.1.1 Responsabilidad Precontractual Civil
- 3.2.1.2 Responsabilidad Precontractual en el Ámbito Laboral
- 3.2.1.3 Responsabilidad Postcontractual en el Ámbito Civil y Laboral
- 3.2.2 Inejecución de la Conducta Convencional Debida
- 3.2.2.1 Estándar de Conducta exigido en Materia Laboral
- 3.2.3 La Relación de Causalidad
- 3.2.4 El Daño
- 3.2.4.1 Requisitos del Daño Contractual para que sea Indemnizable
- 3.2.4.2 El Daño Moral en Materia Contractual
- 3.2.4.2.1 Nuestra Opinión sobre el Daño Moral en Materia Contractual
- 3.2.4.3 Ideas Generales sobre la Reparación del Daño Moral en Materia Laboral
- 3.3 Conclusiones al Capítulo Tercero
- Capítulo IV: LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR EL HECHO AJENO
- 4.1 Antecedentes Generales
- 4.2 Doctrina de la Culpa In Eligendo Vel Vigilando
- 4.3 La Responsabilidad Vicaria, Substituta o Refleja
- 4.4 La Responsabilidad Civil del Empresario por Riesgo de Empresa
- 4.5 Presupuestos para que opere la Responsabilidad del Empresario por el Hecho Ajeno en Nuestro Derecho Positivo
- 4.5.1 Que exista un vínculo de Subordinación o Dependencia entre dos
- 4.5.2 Que tanto el Empresario como quien actúa bajo su mando tengan Capacidad Extracontractual
- 4.5.3 Que el Dependiente o Subordinado haya cometido un delito o cuasidelito civil
- 4.5.4 Que la víctima del ilícito civil acredite la responsabilidad del dependiente
- 4.5.5 Que el daño ocasionado a la víctima se produzca en el ejercicio de las funciones del Dependiente
- 4.5.6 Descarga de la presunción de Responsabilidad que pesa sobre el
- 4.5.7 Derecho de Repetición del empresario en contra del
- 4.6 Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Teletrabajo
- 4.7 Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Trabajo a Domicilio
- 4.8 Tendencias de los Tribunales Nacionales de ir Objetivando paulatinamente la Responsabilidad por el Hecho Ajeno
- 4.9 Conclusiones del Capítulo Cuarto
- Capítulo V: LA SUBCONTRATACIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD
- 5.1 Introducción
- 5.2 Consideraciones

5.3 Delimitación del Tema

5.4 La Responsabilidad del Dueño de la Obra, Empresa o Faena por Obligaciones de los Contratistas o Subcontratistas

5.4.1 Antecedentes Históricos

5.4.2 Ámbito de Aplicación

5.4.3 Definiciones

5.4.4 Análisis de los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo

5.4.4.a Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Subsidiaria

5.4.4.b Límite en cuanto a la Naturaleza de las Prestaciones que Generan Responsabilidad Subsidiaria

5.4.4.c Límite Temporal de la Responsabilidad Subsidiaria

5.4.4.d Algunas Consideraciones Procesales

5.5 La Subcontratación de Mano de Obra y la Simulación Laboral

5.5.1 Antecedentes

5.5.2 Naturaleza Jurídica del Ilícito Sancionado en el artículo 478 inciso 1° del Código del Trabajo

5.5.3 Configuración del Fraude de Ley

5.5.4 Sanciones a la Simulación y Fraude de Ley

5.6 Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación y que regula el Funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios

5.7 Conclusiones al Capítulo Quinto

Capítulo VI: RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

6.1 Antecedentes Generales

6.2 Teorías Sobre Responsabilidad del Empleador

6.2.1 Teoría de la Responsabilidad Extracontractual o Teoría de la

6.2.2 Teoría de la Inversión de la Prueba

6.2.3 Teoría de la Responsabilidad Contractual

6.2.4 Teoría Objetiva de Responsabilidad o del Riesgo Profesiona

6.2.5 Teoría del Riesgo de Autoridad

6.2.6 Teoría del Riesgo Social

6.3 Evolución Histórico- Legislativa de los Accidentes Laborales en Nuestro Derecho Positivo

6.3.1 Ley N° 3.170

6.3.2 Ley N° 4.055, de 08 de septiembre de 1924

6.3.3 DL. N° 170

6.3.4 Legislación Posterior al Código de 1931

- 6.3.5 Ley N° 16.744, de 01 de febrero de 1968
- 6.4 Régimen Actual del Responsabilidad del Empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de sus Dependientes
 - 6.4.1 Antecedentes
 - 6.4.2 Definiciones
 - 6.4.2.1 Accidentes del Trabajo
 - 6.4.2.1.1 Causales Eximentes de Responsabilidad del 6.4.2.1.1.a Fuerza Mayor Extraña
 - 6.4.2.1.1.b Los Producidos Intencionalmente por la Víctima
 - 6.4.2.2. Enfermedades Profesionales
 - 6.4.2.2.a Enfermedades Directamente Profesionales o Verdaderas
 - 6.4.2.2.b Enfermedades Indirectamente Profesionales o de Trabajo
 - 6.4.2.2.1 Requisitos
 - 6.4.3. Financiamiento del Sistema
- 6.5 Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del Empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales
 - 6.5.1 Antecedentes Generales
- 6.6 Titulares de la Acción de Indemnización
- 6.7 Tribunal Competente
- 6.8 Cúmulo de Responsabilidades
- 6.9 Prescripción de las Acciones
- 6.10 Conclusiones al Capítulo Sexto

Capítulo VII: RESPONSABILIDAD POR DESPIDO DECLARADO INJUSTIFICADO, INDEBIDO O IMPROCEDENTE

- 7.1 Antecedentes
- 7.2 Evolución Histórica
- 7.3 Procedencia de la Indemnización en Sede Civil
 - 7.3.1 No es procedente el reclamo de daños en sede civil
 - 7.3.2 Es procedente el reclamo de daños en sede civil
- 7.4 Naturaleza Jurídica de las Indemnizaciones del Código del Trabajo
 - 7.4.1 Indemnización Sustitutiva del Aviso Previo
 - 7.4.1.a Necesidades de la Empresa
 - 7.4.1.b Desahucio
 - 7.4.1.c Caso de Despido declarado Injustificado, Indebido o Improcedente
 - 7.4.2 Indemnización por Años de Servicio
 - 7.4.2.1 Premio a la Fidelidad
 - 7.4.2.2 Salario Diferido

7.4.2.3 Mayor Valor de la Empresa o Restitución de la Riqueza Aportada

7.4.2.4 Daño a la Antigüedad

7.4.2.5 Resarcimiento del Daño

7.4.2.6 Pena Impuesta al Empleador

7.4.2.7 Previsión y Asistencia Social

7.4.2.8 Integración o Complemento del Preaviso

7.4.2.9 Responsabilidad Sin Culpa o del Riesgo Profesional

7.4.2.10 Teorías Eclécticas

7.4.3 Los Aumentos Legales de la Indemnización por Años de Servicio

7.5 Seguro de Cesantía

7.6 Fundamentos Doctrinarios y Jurídicos de la procedencia de la Indemnización por Despido Injustificado

7.7 Estatuto Jurídico aplicable a la Indemnización por Despido Injustificado

7.7.1 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Contractual

7.7.2 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Extracontractual

7.8 Conclusiones al Capítulo Séptimo

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil constituye una disciplina jurídica que se ha desarrollado a lo largo de muchas centurias, por ello su elaboración técnica ha alcanzado un importante grado de desarrollo y consistencia dogmática. Esta rama del saber parte de la premisa de que los intervinientes de una relación jurídica se encuentran en un plano de igualdad para discutir el contenido prescriptivo del negocio jurídico que pretenden celebrar. Este principio fundamental, en esta área del Derecho, experimentó una severa crisis en la etapa histórica que marca el nacimiento del Derecho Laboral, nos referimos a la Revolución Industrial. En este estadio de la evolución social se produjeron profundos problemas humanos y abusos de poder que determinaron el surgimiento de esta nueva disciplina jurídica que tuvo que adaptarse a las nuevas necesidades existentes. Esta área del Derecho se nutrió, en alguna medida, de la rica sabiduría dogmática que le proveyó el Derecho Civil; con todo, rápidamente creó principios rectores y recogió criterios que partían de presupuestos diversos al derecho común, partiendo de la premisa de la desigualdad económica existente entre los sujetos de la relación laboral. Para estos efectos, el legislador debió proteger a la parte más débil de ésta (trabajador) otorgándole una serie de derechos irrenunciables para mitigar esta “asimetría” de poder negocial y optó por determinar en forma heterónoma el contenido prescriptivo del Contrato de Trabajo, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad, dando lugar a lo que la doctrina ha denominado “contrato dirigido.”

Con todo, el Derecho Laboral no se emancipó completamente del Derecho Civil, ya que subsisten vinculaciones en diversos ámbitos que muestran esta conexión.

La responsabilidad del empleador es un tema, como tendremos oportunidad de ver, que se nutre de ambos estatutos del Derecho Privado, por ello en la presente Memoria se realizará un análisis que comprenda la evolución y conexión existente en estas dos áreas del saber, tomando, especialmente, en consideración el fecundo trabajo dogmático referente a la responsabilidad civil, adaptándolo a las peculiaridades del tema laboral en análisis.

Acorde con lo expresado en los párrafos anteriores, se hace imperioso comenzar este trabajo con el estudio, en primer lugar de la evolución histórica de la responsabilidad civil, lo que permitirá entender el sentido de las instituciones y normas que nos rigen en la actualidad, estudiando, en detalle, los presupuestos de la responsabilidad extracontractual y contractual actual, a la luz de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacionales, para, de este modo, comprender en toda su dimensión algunas teorías y principios que rigen o regían las hipótesis de perjuicios de naturaleza laboral, en el derecho nacional. Analizaremos el daño moral tanto desde la perspectiva civil como desde la óptica del Derecho del Trabajo, por ser una temática de gran actualidad, tanto en el ámbito nacional como comparado. Por otro lado trataremos sistemáticamente, los casos de posibles daños que pueden presentarse con anterioridad y posterioridad a la vigencia del contrato de trabajo (responsabilidad precontractual y postcontractual), tema que la doctrina nacional no ha examinado con toda la profundidad que amerita. Posteriormente, nos referiremos

a la responsabilidad por el hecho ajeno del empresario, deteniéndonos en ciertas formas de contratación atípicas como el teletrabajo o el trabajo a domicilio, que plantean problemas dogmáticos de importancia, dada nuestra actual estructura de responsabilidad. Además, en este mismo apartado, haremos mención a una interesante tendencia exegética de nuestros tribunales de justicia para adaptar esta responsabilidad del empresario, a las actuales condiciones de la economía.

En los Capítulos siguientes nos centraremos en las fuentes de responsabilidad del empleador netamente laborales, analizando hipótesis de daños específicos producidos a los trabajadores.

Para tales efectos comenzaremos con el análisis de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la empresa, obra o faena, respecto de las obligaciones laborales y previsionales que hayan incumplido los contratistas y subcontratistas. En ese mismo Capítulo definiremos los intervinientes en este tipo de relaciones, estableceremos el ámbito subjetivo y temporal de aplicación de las normas que regulan este tipo de responsabilidad. Por otro lado, analizaremos las relaciones triangulares y las vinculaciones entre éstas con la simulación y el fraude de ley laboral.

Posteriormente, revisaremos las normas y principios aplicables a las hipótesis de perjuicios ocasionados al trabajador, que se verifican con más frecuencia en las relaciones del trabajo, como lo son los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. De este modo, revisaremos la historia legislativa en relación con estas materias, analizaremos las definiciones que se dan de ambos conceptos, los titulares de las acciones entregadas por la ley, así como los tribunales competentes para conocer de ellas, los plazos de prescripción, entre otras materias de importancia.

En el séptimo, y último Capítulo, trataremos un tema aún en ciernes en el Derecho Laboral chileno y que tiene relación con los perjuicios causados al trabajador como consecuencia de un despido declarado, posteriormente, como injustificado, indebido o improcedente, por el Tribunal competente, y la posibilidad de exigir una indemnización adicional de daños no comprendidos explícitamente en el Código del Trabajo, por parte del trabajador. Para tales efectos revisaremos las distintas teorías que explican la naturaleza jurídica de las indemnizaciones que se originan producto del despido. Asimismo, expondremos las posturas que niegan la posibilidad de solicitar reparación por este concepto y aquellas que la defienden, y, en este último caso, los fundamentos constitucionales, legales y de principios dogmáticos que se esgrimen para ello; además, nos pronunciaremos acerca del tribunal competente para conocer de dichos procesos y el estatuto jurídico a aplicar a estas acciones.

CAPÍTULO I DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL Y DE LA CIVIL EN PARTICULAR

Concepto de Responsabilidad e Importancia:

Es un hecho inconcuso, que en los últimos años ha habido un desarrollo importante del tema de la responsabilidad civil en sus distintas variantes (contractual y extracontractual); en particular, esta última ha evolucionado considerablemente en sus aspectos dogmáticos y jurisprudenciales. Esto debido, entre otras razones: al aumento de los riesgos y daños que conlleva la vida moderna, al auge del maquinismo, ciertas consideraciones de justicia, conforme a las cuales se considera conveniente que la víctima de un daño no se vea en la necesidad de soportar íntegramente los efectos patrimoniales del mismo, etc.

Para refrendar lo recién apuntado, resulta de interés transcribir un pasaje del prefacio escrito por Josserand de la obra de André Brun: “ Rappports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles, pág.v ”¹ : “[El Problema de la responsabilidad civil] tiende a ocupar el centro del derecho civil y, por lo tanto, de todo el derecho; en cada materia, en todas las direcciones, se llega a él, en el derecho público como en el derecho privado, en el ámbito de las personas o de la familia como en el de los bienes; es de todos los instantes y de todas las situaciones; se convierte en el punto neurálgico común a todas las instituciones.”

Si uno examina la literatura jurídica más representativa tanto a nivel nacional como comparado, llega a la conclusión de que la elaboración dogmática del tema de la responsabilidad civil ha llegado a formar un sistema teórico coherente y, en general, bien sistematizado; lo anterior es sin perjuicio de advertir algunas inconsistencias y problemas no resueltos, a los cuáles –en su mayoría- la doctrina se ha abocado o probablemente se abocará en el futuro.

Donde se advierten mayores vacíos teóricos es en la conexión que debiese existir entre todo el desarrollo consignado y su aplicación en el ámbito del Derecho Laboral. Sabemos que el Derecho del Trabajo es una rama del ordenamiento jurídico que se vincula al Derecho Civil en función del principio de especialidad.²

¹ MAZEAUD, H; MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J. 1960. Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Segunda Volumen 2, p. 24.

² El laboralista GUILLERMO CABANELLAS, haciéndose cargo, más en general, de la vinculación existente entre el Derecho Civil y el Laboral, nos señala: “El hecho de que los civilistas no se hayan ocupado de la disciplina jurídica cuyo contenido es el trabajo no impide que técnicamente, en buena parte, tenga esta última su eje o centro de partida en el Derecho Civil. Tampoco importa que los códigos civiles no se hayan referido especialmente al contrato de trabajo o que desconozcan las fundamentales instituciones integrantes del moderno Derecho Laboral; en todo caso, surge con plena evidencia la vinculación recíproca entre el Derecho Civil y el Laboral, productora de transformaciones comunes, como si entre uno y otro Derecho rigiera el principio de los vasos comunicantes.

Todo estudio que pretenda ser riguroso en el ámbito jurídico debe comenzar con una definición, al menos tentativa, de aquello que va a ser objeto de análisis posterior. Resulta indispensable, por lo mismo, recordar el significado que el Diccionario de la Lengua Española asigna al vocablo responsabilidad, en su segunda acepción nos señala: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.”³ Probablemente este concepto no logra precisar con toda exactitud el sentido que la ciencia del Derecho Civil asigna a esta expresión. Joaquín Escriche y Martín nos da una definición bastante más cercana a lo que postulan los estudiosos del Derecho Privado, para él responsabilidad es: “La obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero.”⁴ Por su parte, Marcel Planiol y Georges Ripert, dentro de la doctrina francesa, nos señalan: “En Derecho Civil se entiende que existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra.”⁵ Henri y León Mazeaud y André Tunc, refiriéndose a ésta materia en su clásica obra de Derecho Civil, plantean que: “para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio; en consecuencia, una persona que sufre, una víctima (...), y desde el instante en que el autor del daño y la víctima son dos personas diferentes, va a surgir un conflicto, por pedirle la víctima al autor la reparación del perjuicio sufrido. Este conflicto es todo el problema de la responsabilidad.”⁶

Dentro de la doctrina nacional, Arturo Alessandri Rodríguez nos expresa que: “un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.”⁷

Por su parte, Pablo Rodríguez en su libro sobre responsabilidad extracontractual, plantea al referirse a la naturaleza jurídica de la responsabilidad que: “la responsabilidad es una sanción que sobreviene como consecuencia del incumplimiento de una obligación cuyo objetivo es restaurar un equilibrio, originalmente instituido en el ordenamiento, entre quien es titular de un derecho y quien lo quebranta.”⁸ Este destacado autor nacional, se aparta en general, tanto de la doctrina nacional como extranjera al entender la responsabilidad como una

Se establece una simbiosis, por la cual las nuevas tendencias recogidas por el Derecho Civil pasan al Laboral, y de éste a aquél.” CABANELLAS, G. 1949. Tratado de Derecho Laboral, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones El Gráfico Impresores. p 449

³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. 2001. Madrid. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S.A. p. 1959-1960.

⁴ ESCRICHE, J. 1784-1847. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta.

⁵ PLANIOL, M. y RIPERT, G. Traité Practique de Droit Civil Francais. Tome VI. Obligations (Première partie) p. 658.

⁶ MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L y TUNC, A. 1963. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Traducción de la 5° edición. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 2.

⁷ ALESSANDRI, A. 1943. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Imprenta Universitaria. p. 2.

⁸ RODRÍGUEZ, P. 1999. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 13.

suerte de sanción civil, asimilándola ontológicamente a la forma en que los romanos la concibieron en un principio.

Hernán Corral, en un reciente libro sobre la materia, sostiene que la palabra responsabilidad tiene múltiples significados, tanto en el lenguaje coloquial como en el especializado. Según este profesor de la Universidad de los Andes, este vocablo provendría etimológicamente del latín *spondere* que significa prometer. Al añadirsele el prefijo “re (*re-spondere*) la palabra adquiriría el sentido de repetición o de reciprocidad, y significaría entonces prometer a alguien que espera una respuesta.

⁹

Por nuestra parte, en el ámbito del Derecho Privado Chileno, entendemos por responsabilidad: aquella obligación que recae en el autor de un daño antijurídico, de asumir las consecuencias económicas del mismo, (a través de la respectiva indemnización de perjuicios) tratando de dejar indemne a la víctima de los daños sufridos o, al menos, en una situación similar a aquella en que se hubiese encontrado de no mediar el hecho dañoso.

Diversas clases de responsabilidad

En términos generales y siguiendo de cerca al profesor Alessandri,¹⁰ podemos afirmar que la responsabilidad puede ser moral o jurídica, y esta última Civil o Penal. La responsabilidad Civil puede ser de carácter contractual, delictual o cuasidelictual y legal o sin culpa. La responsabilidad delictual o cuasidelictual, denominada también extracontractual o aquiliana, puede ser subjetiva u objetiva, o como prefiere llamarlas

el profesor Enrique Barros:¹¹ responsabilidad por culpa o negligencia y estricta, respectivamente.

1.2.1 Responsabilidad Moral o Ética:

Este tipo de responsabilidad se genera en el fuero interno del individuo, cuando éste contraviene de manera deliberada o culposa los dictados de su credo religioso -si es creyente-, y/o las normas éticas generalmente aceptadas en la cultura a la que el individuo pertenece. Esta forma de responsabilidad se presenta aún cuando no traspase las barreras del pensamiento del sujeto; por ende, para que nos encontremos frente a ella no es indispensable que se genere un daño a otro. La responsabilidad ética regula, en el fondo, las relaciones del individuo consigo mismo, con la divinidad y con sus semejantes. Es preciso señalar que, la responsabilidad ética, supone una discordancia entre los pensamientos o conducta del sujeto y las pautas del correcto proceder; en muchos casos, por lo mismo, existirán hipótesis

⁹ CORRAL, H. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 1.1

¹⁰ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 26.

¹¹ BARROS, E. 2001. Curso de Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Extracontractual. Santiago.

en que se genere responsabilidad moral, sin que el ordenamiento jurídico se vea contravenido, piénsese por ejemplo en el caso, de una persona que envidia profundamente el éxito económico de otra, sin que por ello haga nada en contra de esta última. En el caso propuesto, el pensamiento impregnado de envidia no tiene trascendencia jurídica, y por lo mismo, sólo generará un problema de conciencia, moral o religioso, sin consecuencias en ninguna esfera del Derecho. Es por ello -cabe recalcarlo-que no podrán identificarse la responsabilidad moral con la jurídica, pues al Derecho le interesan las acciones y omisiones de los individuos en relación a otros. No debe desprenderse, de lo expresado, que la responsabilidad moral y jurídica se excluyan una a la otra necesariamente; es más, es frecuente, que un mismo hecho genere responsabilidad en los dos ámbitos. Por ejemplo, si un sujeto imputable conforme a la ley penal, causa lesiones a otro de un modo deliberado (dolosamente), habrá comprometido su responsabilidad ética y jurídica (penal y civil.)

1.2.2 Responsabilidad Jurídica:

Según el profesor Arturo Alessandri: “ la responsabilidad jurídica (...) es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrarios al orden social. En otros términos, la que proviene de la violación de un contrato, de la comisión de delito o cuasidelito civil o de un delito o cuasidelito penal o simplemente de la ley. En los dos primeros casos y en el último, la responsabilidad es civil; en el tercero, penal.”¹²

1.2.2.1 Responsabilidad Penal

Este tipo de responsabilidad será examinado sucintamente en esta memoria y en esta parte, por no vincularse de modo principal con la materia a tratar con detalle en el presente trabajo.

Según el profesor Alfredo Etcheberry: “La responsabilidad penal es la situación jurídica en que se encuentra la persona obligada por la ley a someterse a la pena en ella prevista, que los órganos del Estado reciben la orden de imponerle.”¹³

La responsabilidad penal se presenta frente a conductas que constituyen atentados de gran magnitud contra bienes jurídicos indispensables para el mantenimiento del orden social. En general, cuándo interviene el poder punitivo del estado, es porque ha habido una conducta merecedora de un gran reproche ético-social. Este reproche se manifiesta a través de la sanción penal que, como sabemos, está sujeta en cuanto a su imposición a una serie de estrictos requisitos establecidos tanto a nivel constitucional como legal. También la dogmática penal ha elaborado una acabada teoría en este ámbito, que pretende establecer un cúmulo de garantías que deben ser respetadas a fin de garantizar un debido proceso de ley al individuo que es objeto de persecución criminal.

Don Arturo Alessandri refiriéndose al tema afirma: “ La responsabilidad penal es la que proviene de un delito o cuasidelito penal, de una acción u omisión voluntaria o culpable penada por la ley (artículos 1° y 2° del CP.) Ella existe independientemente de toda idea de daño, es decir, aunque éste no se produzca; y acarrea sanciones penales,

¹² ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 26 y 27.

¹³ ETCHEBERRY, A. Derecho Penal. Parte General. Tomo 2. 3° edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 9.

cuya aplicación se persigue y hace efectiva mediante la acción penal que nace de todo delito (artículo 30 C.P.P.) y cuya naturaleza y extensión varían según la gravedad del hecho y las circunstancias atenuantes y agravantes que hayan concurrido.”¹⁴

1.2.2.2 Responsabilidad Civil; sus Clases:¹⁵

La responsabilidad civil es la que se origina como consecuencia de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser de naturaleza contractual, delictual o cuasidelictual, o legal. Dependiendo si se ha incumplido total o parcialmente un contrato, se ha generado un daño fuera del ámbito de éste último que la víctima no debe soportar legalmente (delito o cuasidelito); o se trata de un perjuicio cuya fuente es la ley, según los casos.

Las principales diferencias y problemas de interés dogmático se presentan en la relación existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Baste por ahora, señalar algunas ideas matrices sobre el tema.

En términos simples, la principal diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual (delictual o cuasidelictual), es que en el caso de la primera hay una inejecución de un contrato, hay una infracción a un vínculo preexistente que liga a las partes. En términos más técnicos podemos afirmar, que en el caso de la responsabilidad contractual el deudor a incumplido una obligación de primer grado y se ha generado como consecuencia de ello una obligación de segundo grado. Es distinto lo que acontece en el terreno extracontractual: ya que en este ámbito es indispensable, para que se genere responsabilidad, el que el autor del daño y la víctima no se encuentren unidos por vínculo alguno, o que, en el evento de existir éste, no regule las situaciones de riesgo que se puedan presentar. Un simple ejemplo permitirá clarificar esta última hipótesis: Si un individuo determinado, celebra un contrato de arrendamiento con otro, y posteriormente uno de ellos de manera negligente atropella al otro con su vehículo a gran velocidad en una carretera, es obvio, que nos encontramos frente a un caso en que se ha generado responsabilidad en contra del autor de los perjuicios-de concurrir naturalmente los demás requisitos para ello-, pero contrariamente a lo que podría pensarse, aquí nos hallamos frente una hipótesis de responsabilidad extracontractual y no contractual, ya que el vínculo jurídico que une a las partes, no tiene

relevancia para la determinación de la responsabilidad en el caso examinado.

Obviamente -conviene recalcarlo- es indispensable tanto en materia contractual como extracontractual la existencia de un perjuicio; es este elemento el que permite asimilar en muchos aspectos ambos estatutos de la responsabilidad civil, no obstante existir importantes diferencias entre ambos.

Algunos autores tanto nacionales como extranjeros, plantean que debiese existir un tratamiento dogmático y normativo único y uniforme, que regule ambos tipos de responsabilidad. Quienes adhieren a esta idea sostienen que son tantas las similitudes existentes entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual que no se justifica un análisis jurídico diferenciado para ambas. Obviamente esta

¹⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 27.

¹⁵ Por razones didácticas y de método, en este acápite sólo nos ocuparemos de manera general de la responsabilidad civil. Su análisis pormenorizado, y separado por categorías, será efectuado más adelante, luego de hacer referencia a la evolución histórica de la responsabilidad civil.

pretensión de “equiparamiento dogmático” es resistida por un importante sector de la doctrina.

Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil¹⁶

1.3.1 Etapa Anterior al Derecho Romano.

En los primeros tiempos de la humanidad, no puede hablarse, en rigor, de que existiese un sistema de responsabilidad civil; siendo exactos, quizás tampoco podamos calificar de jurídica la convivencia de los humanos en los primeros estadios históricos de los que actualmente tenemos noticia. Es indudable, con todo, que en esos tiempos existían conflictos intersubjetivos y la manera de dar resolución a los mismos, como es de imaginar, se apartaba mucho de las formas actuales de dar término a las controversias jurídicamente trascendentes. Como señala el autor argentino Edgardo López: “ [En las primeras etapas históricas] el imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes. La venganza dice Martínez Sarrión <<no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir.>> La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad (...) Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.”¹⁷

Es indudable que este sistema arcaico de zanjar los conflictos, y de entender la responsabilidad, era absolutamente irracional, ya que no consideraba criterios como: la imputabilidad, la proporcionalidad entre el monto de los perjuicios y la reparación, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, y otros planteamientos

¹⁶

El objetivo del presente apartado es dar al lector una visión general de aquellas ideas más importantes que se han elaborado respecto del tema de la responsabilidad civil en Occidente. Por ello nuestro análisis no comprenderá un examen exhaustivo de todas las etapas relevantes según la Historia del Derecho, ya que en algunas de ellas no se produjeron cambios de importancia (ni teóricos ni prácticos) en el tema que nos ocupa. El presente examen, considerará de modo principal, la evolución de la responsabilidad extracontractual, ya que es ella la que ha experimentado más cambios dogmáticos de trascendencia en el decurso de los siglos. El desarrollo histórico de la responsabilidad contractual, será por ello, considerada de manera menos detallada. Lo que acabamos de señalar, no será obstáculo, para que se analice en profundidad, la responsabilidad contractual chilena de nuestros días.

¹⁷

LOPEZ, E. Introducción a la Responsabilidad Civil. p.4 [en línea] < <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf> .> [Consulta: 11 de noviembre de 2004.]

elaborados en el curso de los siglos, por lo que hoy llamamos dogmática Jurídica. El avance del tiempo permitió algunas conquistas de importancia en este terreno; quizás el primer logro alcanzado en este plano, por paradójal que parezca, fue el de la llamada Ley del Talión. Esta ley -que en términos simples se sintetiza, en la conocida expresión “Ojo por ojo, diente por diente”- establece, a decir de los autores, un criterio de proporcionalidad, ya que centra la venganza privada (castigo) en un individuo determinado, en un agente social específico: el autor del daño ilegítimo. Esta circunscripción de responsabilidad representó un avance por el hecho de que ya no responde la tribu o el clan por la conducta lesionadora de uno de sus integrantes. Ángel Martínez refiriéndose al tema, nos señala: “ El Talión fue tan importante que se dice que ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del Paleolítico al Neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre.”

18

Esta etapa que podemos considerar como la primera y menos desarrollada corresponde, *grosso modo*, a la fase evolutiva que el profesor Arturo Alessandri denomina de la “Venganza Privada.” Este renombrado académico nos señala que esta responsabilidad es meramente objetiva, pues, “ la víctima de un daño no entra a averiguar su causa, ni si el daño es o no imputable a su autor. Provenga de un ser consciente, de un infante, de un animal o de una cosa, la víctima considera el daño sufrido únicamente; y así como el niño golpea el *objeto* que lo hiere, del mismo modo el hombre primitivo sólo pretende vengarse de quien le ha inferido un daño, causando a su vez uno análogo a su autor. La víctima no recurre, pues, a la autoridad en demanda de justicia; se la hace ella misma.”

19

“Tiempo más tarde los hombres advirtieron que el sistema del Talión no era el mejor sobre todo porque a la víctima de nada le servía devolver el mismo mal al ofensor. Si había quedado ciego porque le habían vaciado su ojo, al vaciar el ojo del ofensor seguía quedando tan ciega como antes. Se pensó entonces que en algunos casos debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes.”

20

El hombre -cabe insistir en ello- se percata que infligiendo un castigo al individuo que a su turno le ha provocado un daño, no mejora en nada su situación patrimonial. El provocar un perjuicio a su adversario podrá satisfacer su orgullo, sus ansias de venganza, podrá incluso provocar en la víctima, ahora “victimario” un renovado sentimiento de justicia restablecida, etc; no obstante, subsistirán las carencias patrimoniales, que eventualmente se hayan generado o acrecentado como consecuencia del perjuicio, pervivirán las aflicciones morales o los dolores físicos que tengan su origen en el daño, entre otros.

Frente a este escenario, es evidente que el hombre descubre con prontitud que lo más sensato, es tratar de obtener una reparación económica para intentar, restablecer el desequilibrio generado como consecuencia del daño.

¹⁸ MARTINEZ, A. 1992. La Evolución del Derecho de Daños. Barcelona, Bosch. p 23

¹⁹ ALESSANDRI, A. Op Cit. [nota 7].p 99 y 100.

²⁰ LOPEZ, E. Op Cit. p 5

El profesor Enrique Barros, en un trabajo inédito referido al tema de la responsabilidad Civil, nos expresa: “Los primeros atisbos de derecho, aún antes de que existiera propiamente un órgano jurisdiccional establecido, consisten en procedimientos para neutralizar la venganza privada (instancias de apaciguamiento.) Así, se tiene noticia que en el pueblo Nuer, la labor de mediación era asumida por el <<sacerdote de la piel de leopardo, >> quien estaba dotado de autoridad e inmunidad, pero carecía de imperio para obligar a las partes a renunciar a la violencia. Sin embargo, gracias a la autoridad reconocida espontáneamente el sacerdote de la piel de leopardo prestaba amparo al autor del daño, a la espera de que el tiempo calmara las pasiones y que la violencia fuese sustituida por una reparación en cabezas de ganado.”²¹

1.3.2 La Responsabilidad en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano encontramos un tratamiento normativo y dogmático del tema de la responsabilidad civil, bastante más elaborado y de importancia, en relación a otras culturas jurídicas coetáneas o anteriores a ella. No debe desprenderse, de lo expuesto que el desarrollo, en específico, de la responsabilidad Civil en este período histórico haya alcanzado un grado de refinamiento y perfección equiparable a otras áreas de lo jurídico. Sabemos que el Derecho Romano alcanzó particular brillo, y que muchas de sus instituciones subsisten, en la actualidad, casi inalteradas. Lo paradójico, en esta materia, es el hecho que si bien hubo avances en el terreno de la responsabilidad Civil, estos no fueron del nivel, ni de la trascendencia a que nos tenían acostumbrados los jurisconsultos y pretores Romanos. Según el profesor de la Universidad de los Andes, Hernán Corral, es en el Derecho Romano donde aparecen, en rigor, las primeras reglas de reparación civil de los daños causados a otras personas.²²

Henry y León Mazeaud y André Tunc, en uno de sus libros sobre responsabilidad, destacan un aspecto de considerable importancia teórica: “Lo que sorprende desde un comienzo en el Derecho Romano es que no se encuentre, ni en materia delictual ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo.”

En la Ley de las XII Tablas (s. V A.C.) primera formulación escrita del Derecho Romano,²³ se establecía, al igual que en períodos históricos anteriores, la ley del Talión (Tabla VIII, números 2 al 6). Según Edgardo López, en este conjunto de preceptos: “también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo, el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tabla VI. 2); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la

²¹ BARROS, E. Op Cit. p. 22 y 23

²² CORRAL, H. Op Cit. p.79

²³ BARROS, E. Op Cit. p. 23

medida del exceso permitido (Tabla VII 18); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tabla VIII. 19).²⁴

“El Derecho Romano distinguía los delitos públicos (*delicta pública*) y los delitos privados (*delicta privata*).

Los primeros, que eran los que lesionaban el interés general o atentaban contra la organización política o la seguridad del Estado, podían ser perseguidos por cualquier ciudadano y estaban sancionados con una pena pública, que ningún provecho reportaba a la víctima.

Los delitos privados eran los hechos ilícitos que, sin turbar directamente el orden público, causaban un daño a la persona o bienes de los particulares. Respecto de ellos, la Ley de las Doce Tablas constituyó un estado intermedio entre las etapas

de la composición voluntaria²⁵ y de la composición legal. Si en ciertos casos de robo, como en el *Furtum manifestum* y de injuria, como en la ruptura o pérdida de un miembro, autorizaba la venganza privada, la que podía ser reemplazada por una composición voluntaria, por lo general fijaba penas pecuniarias a que las partes debían necesariamente someterse: así ocurría en los casos de *furtum nec manifestum* y de injuria por golpes y heridas voluntarias o por fractura de un hueso. Poco a poco, el derecho pretoriano suprimió completamente el recurso a la venganza y el sistema de las composiciones voluntarias y los reemplazó por las composiciones obligatorias, cuyo monto variaba según la gravedad del hecho, y que en el *furtum manifestum* llegó a ser del cuádruplo del valor de la cosa robada.

Durante el imperio, y en vista de que muchos delitos privados producían graves perturbaciones en el orden público y a menudo quedaban impunes por insolvencia de su autor, se concedió a la víctima una acción denominada crimen para obtener del juez la aplicación de una pena pública; pero siempre se conservó la acción para reclamar la poena asignada al delito. Desde entonces, la víctima tuvo dos acciones a su disposición: la acción para obtener la respectiva composición pecuniaria y la acción de crimen para obtener la aplicación de una pena pública; pero el ejercicio de una obstaba al de la otra.²⁶

Sin lugar a dudas, es la *Lex Aquilia* (plebiscito probablemente del año del año 286 a.c) el conjunto de preceptos más importantes que se hayan redactado en Roma, en lo referente a responsabilidad jurídica. Es tal la trascendencia de esta ley, que en los tiempos actuales se habla de responsabilidad *Aquiliana*, como expresión sinónima a la de responsabilidad Civil Extracontractual. Esta ley, a diferencia del derecho contemporáneo, no contenía un principio general de responsabilidad; se limitaba a reglamentar tres hipótesis : 1° la muerte de un esclavo o de un animal que vive en un rebaño, *pecus*; 2° el daño generado a su co-acreedor por un *adstipulator* que remite la deuda en fraude de los derechos de aquél; 3° (hipótesis que era la más amplia) todo daño causado a otro por lesión o destrucción de alguno de sus

²⁴ LOPEZ, E. Op Cit. p. 5.

²⁵ Cuando se alude, en esta memoria, a la “composición voluntaria”, nos referimos a aquella fase histórica en materia de responsabilidad, en que la víctima de un daño podía transar con el autor de éste, para no vengarse, a cambio claro está, de una cantidad de especies o dinero, que eran entendidos no como una indemnización, sino como el precio para no ejercer el “derecho de venganza.”

²⁶ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 101 a 103.

bienes, como las heridas infligidas a los esclavos y animales que viven en rebaños, las heridas o la muerte de cualquier otro animal que no fuera *pecora*, la destrucción²⁷ o menoscabo de una cosa corporal inanimada, mueble o inmueble.

Para que la ley que examinamos tuviere aplicación, era menester:

Que el daño resultare de un hecho positivo, de un delito de acción: las simples omisiones, aunque generaran perjuicios, no quedaban comprendidas en ella.

Que el daño fuese causado *corpore*, vale decir, mediante el contacto material del agente con la cosa y no por una causa extraña, aunque ésta la hubiere originado. De ahí que esta ley fuese aplicable, por ejemplo cuando, una persona mataba o hería a un esclavo ajeno, dándole una puñalada. El estatuto en examen no era aplicable, en cambio, cuando una persona encerraba a un esclavo para que muriera por falta de alimento.

Que el daño fuese causado *corpori*, esto es, sobre la cosa misma, generando su deterioro o destrucción. Así Vg. quien facilitaba la fuga de un esclavo, no cometía delito.

Que el daño fuese experimentado por el propietario de la cosa, quien al igual que el autor del daño, debía ser ciudadano romano.²⁸

Obviamente el campo de aplicación de esta importante ley romana era reducido. Los pretores romanos auxiliados por los jurisconsultos, hicieron considerables esfuerzos por ampliar los casos susceptibles de caer bajo su tenor literal. Debemos señalar para despejar toda duda, que si bien el trabajo exegético de extensión realizado en Roma produjo algunos avances jurídicos de importancia, no logró jamás convertir a la *Lex Aquilia* en una norma similar a nuestro artículo 2.314 del C.C. o al artículo 1.382 del C.C francés, preceptos éstos, que se caracterizan por una gran generalidad. El derecho romano en materia de responsabilidad, siempre estableció un sistema casuístico, similar en algún sentido, a los *torts* del derecho anglosajón. Edgardo López, corroborando lo apuntado nos dice: “ Sin embargo y pese a todo el bagaje legislativo y doctrinario heredado de Roma, no puede decirse con propiedad que los romanos hayan establecido un principio general de responsabilidad. Los casos que se iban sucediendo según los hermanos Mazeaud se trataban uno a uno, <<decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma>> Podemos decir sin temor a equivocarnos que se trata de un sistema de tipicidad de daños.”²⁹

En lo referente a la noción de culpa, podemos afirmar que ella no fue considerada en Roma como un concepto central en materia de responsabilidad. Si tenemos en cuenta que el propósito del legislador romano fue ponerle término al ejercicio de la venganza privada y sustituirlo por un sistema compensatorio, fácil será advertir que al menos en un primer momento el análisis se circunscribiera, como dicen los Hermanos Mazeaud al “hecho brutal del daño que sufría [la víctima], y no se analizara

²⁷ CORRAL, H. Op. cit. p. 103.

²⁸ Op. cit. p. 103 y 104.

²⁹ LOPEZ, E. Op. cit.

el porque del perjuicio que se le había ocasionado.”³⁰ Con el correr del tiempo los jurisconsultos y pretores tienden a considerar ciertos aspectos subjetivos para dar o no lugar a la responsabilidad, por ejemplo, se llega a la conclusión que ni los niños ni los dementes, responden por sus actos. Esta exención de responsabilidad se funda, en el hecho de que no han obrado mal (la noción de bien y mal no existe para ellos.)

Vemos en esta concepción una suerte de “embrión de la idea de culpa.”³¹ Sin embargo, la Lex Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño. “Fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la república, entre otros Quinto Mucio Escévola,³² los que, (...) dedujeron la concepción que se hizo famosa, de la culpa aquiliana.”

Con todo la noción de culpa seguirá siendo huidiza;³³ el tema de la necesidad de la culpa como criterio general jamás se planteó de modo uniforme en Roma.

Hasta el día de hoy no ha quedado del todo claro, si el contrato surge históricamente en Roma como una derivación de la responsabilidad por los actos ilícitos o, al revés, si el contrato antecede al delito. La primera hipótesis, con todo,³⁴ es la que goza de mayor aceptación en la doctrina jurídica.

“ Según expresa Jolowicz el origen histórico del contrato se vincula con el delito. En Roma contractus es simplemente el sustantivo (o participio pasado dicen otros) derivado de contrahere, que significa atar o ligar, siendo irrelevante si la atadura surge o no de un acto voluntario. No existe razón alguna para que contractus no fuera también empleado en el caso de obligaciones emanadas de los delitos. Desde el punto de vista de las acciones y del proceso, al parecer todas las acciones fueron primitivamente concedidas por el pretor con carácter penal.”³⁵

Por el contrario, Giuseppe Grosso afirma la prioridad histórica de la obligación ex contractu, respecto a la obligación ex delicto. Se apoya especialmente en el plan de la principal obra de Gayo, las institutas, en la cual, luego de afirmarse que las obligaciones nacen del contrato o del delito, se tratan en extensión y de modo sistemático las cuatro categorías de contratos. Luego se analizan las causas de extinción de las obligaciones. En fin, como un mero apéndice, figura una breve referencia de las obligaciones derivadas de los delitos.³⁶

“ El punto de vista más atractivo es el sostenido, entre otros, por José Puig Brutau, quien admite que, en épocas pretéritas las categorías que hoy nos parecen elementales no se encontraban diferenciadas: había una <<materia jurídica única>>, sin separación neta entre la propiedad, el delito y el contrato. Si después, al distinguirse paulatinamente estas nociones, el énfasis estuvo en el delito, ello no significa la inexistencia de situaciones jurídicas que actualmente calificamos de

³⁰ MAZEAUD, H. y otros. Op. cit. [nota 6] p. 42.

³¹ Ibíd.

³² MAZEAUD, H. y otros. Op. cit. [nota 6] p. 43.

³³ Ibíd

³⁴ LOPEZ, J. 1998. Los Contratos, Parte General. Tomo primero. 2° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 39.

³⁵ Op. cit. p. 39 y 40.

³⁶ Op. cit. p. 40.

contractuales, sino que ocurre, simplemente, que estas últimas se analizaban según conceptos de la esfera del acto ilícito: <<la materia jurídica única era vista a través de ideas extracontractuales.>>³⁷

Los hermanos Mazeaud exponen un planteamiento bastante similar al recién transcrito: “ Un último rasgo dominante del Derecho Romano en materia de responsabilidad, y que presenta siempre en su origen, reside en la ausencia de toda demarcación entre las dos esferas de la responsabilidad: delictual (...) y contractual.”

³⁸

Los análisis históricos que se han realizado respecto al Derecho Romano son concluyentes en el sentido que en el período Clásico, sólo se realizó una labor jurídica fragmentaria referente al tema de la responsabilidad contractual, sin que se lograra en relación a ella, una teoría acabada y diferenciada de otras categorías conceptuales existentes en aquella época. Esta labor se refirió principalmente al incumplimiento contractual.

Si el Derecho Romano llegó en algún momento a distinguir entre el ámbito contractual y delictual, cuestión discutible, fue “ indudablemente como resultado de una circunstancia accesorio: la Ley Aquilia no reprimía sino los daños resultantes de hechos positivos. Ahora bien, en materia contractual, el deudor le causa casi siempre un perjuicio a su acreedor mediante su abstención: al no cumplir con el hecho positivo que había prometido realizar. Por consiguiente, al no poderle dar al acreedor la *actio legis Aquiliae*, se le concede la acción nacida del contrato y, así, se olvida la identidad de ambas responsabilidades.”³⁹

1.3.3 Antiguo Derecho Francés (Siglo XII en Adelante, hasta la redacción del C.C. Francés.)

En ésta importante etapa histórica, la responsabilidad civil empieza a adquirir algunas de las características que presenta en los tiempos actuales. En primer lugar, se diferencian claramente la responsabilidad civil de la penal. Si bien, aún falta algún tiempo para que esta distinción se profundice, es indudable que la labor de los juristas medievales franceses de separar ambas responsabilidades contribuyó de modo notable en el desarrollo posterior de esta temática. Los jurisconsultos establecieron la escisión entre los dos tipos de responsabilidad señalados, teniendo como base fuentes romanas.

“ Sin embargo, -señalan los Hermanos Mazeaud -interesa no exagerar la distinción hecha por el antiguo derecho francés. Ciertamente, como en el antiguo derecho romano, existen delitos públicos que originan una acción ejercida en nombre de la sociedad, y se advierte muy pronto que aparece el Ministerio Público, encargado de perseguir al autor de tales delitos. Pero no es esa la acción que nos interesa; es la concedida a la víctima; existe por sí sola cuando se trata de un delito privado; se ejercita junto con la acción pública cuando se trata de un delito público. Ahora bien, esa acción reconocida a la víctima conserva, pese a todo,

³⁷ Ibíd.

³⁸ MAZEAUD, H y otros Op. cit. [nota 6] p. 46.

³⁹ MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 47.

algo de su origen penal, al menos cuando el daño causado ha sido uno de los que requerían muy particularmente la venganza: atentados a la persona y contra su honor. Únicamente los daños que se infligían a los bienes originaban una acción puramente indemnizadora; la víctima no podía en ese caso castigar al culpable; tan solo podía reclamar el abono de <<daños y perjuicios>>. Al contrario, si se había cometido un crimen, si había sido afectado el honor de una persona, no se trataba ya para la víctima de reclamar una indemnización, sino un castigo, lo que se llama una <<reparación civil>>. Las reglas que regían la acción de <<reparación civil>> hacían que apareciera con claridad su verdadero carácter, por lo demás destacado por todos los antiguos autores, que veían en ella <<el precio de la sangre>>, la <<venganza del homicidio cometido>>; y así, de modo especial, la acción no se transmitía a los que recogían el patrimonio de la víctima, sino a los unidos a ella por los vínculos más íntimos: la venganza pertenece a la familia.”⁴⁰

Otro logro de importancia, alcanzado por el Antiguo Derecho Francés, se refiere a la elaboración de un principio general de la responsabilidad civil; recordemos que en el Derecho Romano no se estableció un criterio amplio de reparación en este ámbito, solo se contemplaron casos determinados que daban lugar a responsabilidad. En el Antiguo Sistema Francés se superó este criterio de señalamiento de ilícitos específicos. Éste avance está lejos de constituir una cuestión baladí, ya que permitió un mayor grado de resarcimiento a favor de la víctima, con lo que ésta aumentó sus posibilidades de compensación efectiva de los perjuicios sufridos.

Los juristas franceses de esta época se ocuparon del tema contractual de manera más decidida que los jurisconsultos romanos. Con todo, la temática abordada de modo principal por ellos, fue la culpa contractual. Junto con los tratadistas romanos, los teóricos jurídicos franceses, confundieron, la cuestión de la determinación del contenido del contrato y la responsabilidad contractual. “Admitieron que, en ciertos contratos, procedía analizar la conducta del deudor para determinar si había cumplido, o no, con su obligación; mientras que, en otros casos, el compromiso del deudor era estricto, de tal suerte que el simple incumplimiento comprometía necesariamente la responsabilidad. Pero, en tanto que los romanos habían establecido esa distinción para reforzar la responsabilidad del deudor en los contratos en que el acreedor estaba particularmente a merced de la otra parte, los autores del antiguo Derecho Francés abandonaron esa idea de protección: consideraron sencillamente que, a veces, el deudor se ha obligado estrictamente a una cosa: en este caso, basta con comprobar que está obligado a cumplirla, sin que sea necesario apreciar su conducta; mientras que, en otras ocasiones, se ha comprometido tan sólo a cumplir sin negligencia ni imprudencia; entonces hay que examinar cómo se ha comportado.”⁴¹

Un tema que se debatió vivamente fue el referente a la forma de apreciar la culpa. Se discutió si debía efectuarse un examen de conciencia, subjetivo, en el fuero interno del individuo, o si en cambio, debía compararse la conducta observada por el demandado con un modelo abstracto de comportamiento deseable. Primó, al menos en un principio, este segundo criterio en base a modelos ideales.

⁴⁰ MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 50.

⁴¹ MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 54.

Los esfuerzos desplegados por los autores de este período, para precisar la noción de culpa, tuvieron como resultado el poder diferenciar de un modo preciso y claro la responsabilidad delictual de la contractual. Ésta distinción en el Derecho Romano, si bien pudo ser esbozada, nunca fue establecida de un modo nítido.

1.3.4 Etapa de la Codificación Civil Francesa y del establecimiento del Sistema Clásico de Responsabilidad Civil.

En el Código Civil Francés de 1804, llamado también el Código de Napoleón, se incorporan muchas de las ideas que se habían ido elaborando a través de la evolución a la que hemos hecho referencia: en primer lugar y siguiendo al antiguo Derecho Francés, se establece un principio general de responsabilidad civil en sus Artículos 1382 y 1383. La primera de las normas referidas expresa: “ Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual a sucedido ”. El segundo artículo en comento prescribe: “ Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia. ”⁴²

Sobre el alcance de estas normas se ha expresado el jurista Tarrible, en los siguientes términos: “[Éstas disposiciones comprenden] , en su vasta amplitud, todos los géneros de daños y los sujeta a una reparación uniforme, que tiene por medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio hasta las lesiones leves, desde el incendio de un edificio hasta la rotura de un mueble insignificante, todo queda sometido a la misma ley, todo se declara susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona lesionada por cualesquiera daños que haya experimentado.”⁴³

En el Código Civil Francés, se establece el siguiente principio: para que haya responsabilidad es indispensable una culpa (sistema Clásico). Una culpa cualquiera basta para configurar responsabilidad. Cómo se señaló en el pie de página número 41, en la doctrina francesa se distingue la culpa intencional de la culpa no intencional o simple culpa . La primera supone un “propósito lesionador”, un deseo de generar un daño en la persona o bienes de otro individuo. Esta noción se equipara plenamente a nuestro concepto de dolo, definido, como sabemos, en el inciso final del artículo 44 del CC. Chileno, como: “ la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. ”

La culpa no intencional, supone una negligencia, una imprudencia, una inobservancia de la conducta debida a la luz de las circunstancias del caso.

La culpa intencional da lugar a un delito civil, la no intencional, en cambio, sirve sólo para configurar un cuasidelito civil. Desde un punto de vista práctico, esta distinción entre delito y cuasidelito civil, carece de consecuencias relevantes, por lo que un sector importante de la doctrina ha instado por su eliminación.

⁴² Es pertinente señalar que según los autores franceses (Vg. Mazeaud y Tunc), en las dos normas transcritas se establece, conviene recalcarlo, el principio general de responsabilidad civil existente en Francia. En el artículo 1382 se establecería la responsabilidad, por lo que la doctrina francesa, llama culpa intencional; en el artículo 1383 del C.C. de ese país europeo se consagra, de modo indubitado, la responsabilidad por negligencia o culpa.

⁴³ TARRIBLE, citado por MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 60.

El tratadista argentino Jorge Bustamante, entiende que el sistema de responsabilidad que establece el código civil francés, considera a la indemnización con un carácter resarcitorio y no represivo ⁴⁴.

El código civil que analizamos, estableció, además de la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno. Sobre este punto Treilhard afirma: “ La responsabilidad de los padres, de los maestros, de los amos, es una garantía, y con frecuencia la única garantía, de la reparación de los daños; sin duda, debe ser encerrada en justos límites. Los padres no responderán sino del hecho de sus hijos menores y que habiten con ellos; los amos, tan sólo del hecho de los criados en las funciones en que sean empleados; los maestros, los artesanos, nada más que de los daños causados durante el tiempo que los alumnos o los aprendices están bajo su vigilancia. Regulada así, la responsabilidad es totalmente justa. Aquellos a los que se le impone han de imputarse, al menos, unos debilidad, otros la mala elección, y negligencia a todos.” ⁴⁵

El código napoleónico es bastante drástico, con los amos respecto del actuar de sus dependientes. “ No pueden, en caso alguno, argumentar con la imposibilidad de haber impedido el daño causado por sus criados o encargados en las funciones en las que los hayan empleado; (...) [el Código Civil] los sujeta siempre a la responsabilidad más completa y menos equívoca.” ⁴⁶ La tendencia que se advierte, en general en el Derecho comparado, incluyendo a Francia, es a ser particularmente riguroso en aceptar la invocación por parte del empresario de causales de exculpación de su responsabilidad; se admite, por ejemplo, la existencia de caso fortuito o fuerza mayor. Algunos ordenamientos jurídicos extranjeros establecen, en esta materia, una responsabilidad estricta u objetiva, respecto del actuar de los empresarios. ⁴⁷

En materia contractual el *Code Civil*, establece una regulación detallada y, podríamos decir, casuística de este tipo de responsabilidad civil; no se encuentran, sin embargo, en la reglamentación francesa de este tema, normas de la amplitud de los Artículos 1382 y 1383 ya examinados. No se estableció de un modo explícito, la necesidad de culpa para que se genere responsabilidad en este ámbito, no obstante, se ha entendido que se requiere ésta al igual que en la esfera delictual y cuasidelictual. Si los redactores del Código Civil Francés, hubiesen recogido a cabalidad todas las ideas en boga existentes en ese país en ese entonces (principios del Siglo XIX), habrían distinguido en materia contractual tres especies de culpa: *lata*, *levis*, y *levísima*. Ellos, no obstante, se apartaron de esta tradición y no efectuaron la división de la culpa en la forma señalada. Para los autores del Código Civil Francés, la culpa en esta esfera “ consiste en el incumplimiento de una obligación establecida por el contrato con cargo al deudor; de ello resulta que es imposible determinar si un contratante es responsable sin haber determinado

⁴⁴ BUSTAMANTE, J. 1993. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8° Ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot. P. 47.

⁴⁵ TREILHARD, citado por MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 65.

⁴⁶ MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 66.

⁴⁷ BARROS, E. Op. cit. p. 166.

precisamente cuáles son las obligaciones creadas por el contrato, sin haber analizado el contenido de ese contrato ”⁴⁸

El Código Francés en lo referente a la valoración de la culpa, tanto en materia contractual como extracontractual adoptó el criterio objetivo, conforme al cual se compara la conducta del individuo, con un patrón de comportamiento debido, con un modelo abstracto de conducta: el buen padre de familia.

Siguiendo al profesor argentino Edgardo López, el Código que examinamos no contempla ni en sede delictual ni contractual la posibilidad explícita de compensación del daño moral sufrido por la víctima. Con todo, esto no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de ese país europeo haya establecido la posibilidad de su resarcimiento.⁴⁹

1.3.5 Críticas al principio de la Culpa y la expansión de la Responsabilidad Civil.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, se empiezan a producir una serie transformaciones de importancia en distintos ámbitos: económico, social, cultural, político. En primer lugar una economía centrada principalmente en actividades agropecuarias, cede en gran parte su lugar, a una industrializada y altamente tecnificada, en la cual participan un número considerable de trabajadores y en la que se invierten ingentes cantidades de recursos pecuniarios. Por otro lado, los avances científicos y técnicos junto con mejorar la calidad de vida de las personas, se convierten en nuevas fuentes de daño (automóviles, ferrocarriles, productos farmacéuticos, vacunas, etc). Además, existe en la sociedad, una tendencia a enfatizar los deberes de solidaridad social, por sobre la exaltación individualista de la libertad propia de siglos precedentes. También empieza a existir una valoración más integral del ser humano, por lo que se considera necesario, que la indemnización de perjuicios no sólo se circunscriba al ámbito patrimonial, sino que considere el daño sufrido en los sentimientos, en las emociones, e incluso en la esfera de lo estético. Adicionalmente, la sociedad comienza a considerar particularmente relevante el resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas de los accidentes. Se entiende que este aspecto es más importante que el indagar si su autor obró o no con culpa.⁵⁰

Frente al nuevo escenario social que hemos descrito, la jurisprudencia y la doctrina, comienzan a establecer atenuaciones y correcciones al principio de que sólo se responde cuando existe culpa probada. El objetivo que se persigue, es tratar de dejar a la víctima en una mejor posición jurídica para obtener el efectivo resarcimiento de los perjuicios irrogados.

⁴⁸ MAZEAUD, H. y otros Op. cit. [nota 6] p. 71.

⁴⁹ LOPEZ, E. Op. cit. p. 8.

⁵⁰ CORRAL, H. Op. cit. p. 87.

Siguiendo, en gran parte, a los autores nacionales: Hernán Corral⁵¹ y Arturo Alessandri,⁵² los principales paliativos que se han elaborado en contra de la teoría subjetiva (sistema clásico de responsabilidad o por culpa) son:

En primer lugar la responsabilidad por el hecho ajeno, en particular del empresario, empieza a cobrar más importancia. Ésta ya no es entendida con un carácter excepcional, sino que tiende a ser utilizada de un modo más general. Por otro lado, como se anticipó en páginas anteriores, los tribunales tienden a ser particularmente rigurosos en la consideración de las excusas invocadas por los empresarios para liberarse de responsabilidad. También el concepto mismo de “empresario” se extiende para comprender a las grandes sociedades comerciales y a otras personas jurídicas. Además se aligera la prueba del vínculo de dependencia entre el autor del daño y éstas últimas.

En general, la jurisprudencia de diversos países, extiende la noción de culpa a casos, que originalmente se calificaban de diligentes, o ejecutados con la prudencia debida. Vale decir, comportamientos que en un primer momento se consideraban de “cuidado normal u ordinario” son considerados ahora “descuidados” y generadores de responsabilidad.⁵³

Sabemos, -como ya se examinó- que los autores que comentan el C.C. francés entendieron, desde un principio, que la culpa, en él se valora en abstracto tanto en materia contractual como extracontractual. Otras legislaciones, en cambio, en un primer momento entendieron que la apreciación de la culpa, debía hacerse *in concreto*, esto es, examinando el fuero interno del individuo, su subjetividad, para determinar si en él había algo reprochable. La tendencia predominante, que se advierte en la actualidad es “objetivizar” la culpa, esto es, a entender que la misma se presenta después de comparar la conducta del autor del daño con un estándar abstracto u objetivo: el hombre medio razonable o el buen padre de familia.

También, se han establecido, tanto a nivel nacional como comparado, presunciones de culpabilidad, que han facilitado enormemente para la víctima, las posibilidades reales de resarcimiento. Conforme a ellas, quien ha experimentado un daño antijurídico, sólo debe probar los elementos fácticos que configuran la responsabilidad, entre ellos el daño, sin incluir a la culpa que se deriva de ellos. Es el autor de los perjuicios, quien, para eximirse de soportar sus consecuencias patrimoniales, deberá acreditar que ha obrado diligentemente, esto es sin culpa. Nuestra doctrina mayoritaria y jurisprudencia han entendido, que en nuestro C.C, existen presunciones de responsabilidad, en los Artículos 2320 a 2323 y 2326 a 2329. En este sentido, por ejemplo: Arturo Alessandri⁵⁴, Pablo Rodríguez⁵⁵ y Enrique Barros.⁵⁶ René Abeliuk⁵⁷ sostiene un planteamiento similar a los

⁵¹ Op. cit. pp. 87 y 88.

⁵² ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] pp.110 a 114.

⁵³ CORRAL, H. Op. cit. p. 88.

⁵⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] pp. 110 a 113 y 291 y ss.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 8] pp. 208 y ss.

⁵⁶ BARROS, E. Op. cit. pp.176 y ss.

autores citados, pero más restringido, pues según su parecer, algunas de esas normas, no formularían, *strictu sensu*, una presunción de culpa. Siguiendo con la doctrina nacional, Hernán Corral plantea que, en rigor, los artículos mencionados no contemplarían presunciones de responsabilidad; según él, los casos descritos serían, más bien, hipótesis de responsabilidad vicaria o presunciones de nexo causal.⁵⁸

Uno de los paliativos más importantes al sistema clásico de responsabilidad por culpa consiste, en transformar la responsabilidad, originariamente concebida como extracontractual, en contractual. Ésta suerte de “conversión de responsabilidad” se ha verificado en diversos ordenamientos a instancias principalmente de la doctrina y de la jurisprudencia de los diversos países. El objetivo perseguido, por este cambio, es el mejorar la posición de la víctima, ahora acreedora. Sabemos, por ejemplo, que en sede contractual chilena, el incumplimiento se presume culpable, por lo que el *onus probandi*, corresponde al deudor. Es éste quien debe probar el esmero o diligencia en su actuar contractual. El artículo 1.547 en su inciso 3°, es muy claro al respecto: “ La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. ” En síntesis, este sistema permite a la víctima liberarse de la carga de la prueba de la culpa; ésta, como se dijo, se presume, por lo que, será el autor del daño, el otro contratante, quién deberá rendir probanzas de comportamiento diligente, para eximirse de responsabilidad. “ La primera tentativa (...) [para establecer este sistema de responsabilidad contractual] la hicieron Saintelette en Bélgica y Sauzet en Francia. Ante el considerable aumento de los accidentes del trabajo y ante la situación dolorosa en que a consecuencia de ellos solían quedar los obreros por la imposibilidad de probar la culpa del patrón, estos autores sostuvieron que el contrato de trabajo no sólo obligaba a pagar al obrero el salario estipulado, sino también a garantizar su seguridad, a restituirlo sano y salvo al final del trabajo: si durante éste sobreviene un accidente, el patrón ha violado una obligación contractual y debe, por lo tanto, indemnizar el daño sufrido por el obrero, salvo que pruebe alguna causa que lo exonere de responsabilidad, como el caso fortuito, la culpa de la víctima, etc. Ésta tentativa no tuvo éxito. La jurisprudencia no aceptó dicha teoría. En cambio la ha acogido plenamente a propósito de otros contratos, como el transporte de personas, el de hospedaje y el que se celebra entre el empresario de una feria de diversiones y el cliente que utiliza los aparatos instalados en ella. Según la jurisprudencia francesa, estos contratos crean para el acarreador, el hotelero y el empresario una obligación de seguridad en favor del pasajero, del huésped y del cliente, respectivamente: si se produce un accidente, la responsabilidad de aquél es contractual y el pasajero, el huésped o el cliente, según el caso, no necesita probarle culpa.”⁵⁹

Teoría del Riesgo o de la Responsabilidad Objetiva.

Todos los mecanismos jurídicos enunciados precedentemente (véase párrafo 1.3.5) que tuvieron por objeto, como se señaló, establecer atenuaciones o correctivos al sistema clásico de responsabilidad, en el que sabemos, sólo se responde, cuando

⁵⁷ ABELIUK, R. 2001. Las Obligaciones, Tomo I. 4° Ed. Bogotá, Colombia. Editorial Nomos S.A. pp.239 y ss.

⁵⁸ CORRAL, H. Op. cit. pp 227y ss.

⁵⁹ ALESSANDRI, A. Op. cit. pp. 112 y 113.

existe culpa o dolo probado, si bien produjeron un importante mejoramiento de la posición estratégica de la víctima, frente al autor del daño, esto es, aumentaron las posibilidades de que fuese indemnizada, no lograron que la mayoría de los afectados por hechos con consecuencias dañosas, recibiesen la compensación pecuniaria que en justicia les correspondía. Frente a este escenario, aún adverso para las víctimas, se trató de buscar un mecanismo para perfeccionar aún más su condición dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, los autores elaboraron la teoría del riesgo, objetiva o estricta, como también se la conoce. Fue formulada en 1888 por Mataja en Alemania; en Italia fue planteada por Orlando en 1894. En Francia casi simultáneamente, la sostuvieron Saleilles y Josserand en 1897.

Según esta teoría quien crea un riesgo debe sufrir sus consecuencias si éste llega transformarse en daño: quien con su actividad irroga un perjuicio debe, por tanto, repararlo, haya o no habido culpa o dolo de su parte. Don Arturo Alessandri nos señala sobre esta materia: “ El autor del daño no es responsable por que lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó. Es el hecho perjudicial liso y llano, y no el hecho doloso o culpable, el que engendra la responsabilidad: el que causa un daño no responde de él en cuanto culpable, sino en cuanto autor del mismo.”⁶⁰

Cabe recalcar, por su importancia, la idea que en la responsabilidad estricta, ésta se configura con prescindencia de consideraciones culpabilísticas: de allí su calificación de “objetiva”, que se contrapone a la de subjetiva, supuestamente centrada en la conciencia del sujeto. El claro objetivo perseguido por la teoría en examen, es dar la posibilidad al afectado por un daño, de obtener un resarcimiento cabal de éste, sin realizar una actividad probatoria tendiente a acreditar en juicio la culpa o dolo de quien lo provocó. La víctima de los perjuicios deberá probar: el daño y el hecho que lo generó, solamente. Será el autor de la conducta lesionadora quién, deberá establecer de un modo fehaciente una circunstancia eximente de responsabilidad, si quiere relevarse de la que pesa sobre él.

Buena parte de los tratadistas de esa época consideran, por otro lado, a la culpa una noción vaga e imprecisa. Además, como lo hemos enfatizado de modo reiterado en esta obra, de difícil acreditación en juicio.

Según los creadores de la teoría del riesgo, ella realizaría plenamente la separación entre responsabilidad penal y civil: al prescindir de la conducta del agente, elimina de esta última responsabilidad toda idea de castigo o pena, para no ver en la reparación sino el medio de restablecer el equilibrio jurídico quebrantado por el hecho ilícito.⁶¹

Los propugnadores de la responsabilidad estricta, consideran que ella es justa y equitativa, pues posibilita un resarcimiento más efectivo, con una prueba más sencilla para la víctima: en la mayoría de los casos debido a la producción en masa o a gran escala, se dificulta considerablemente el identificar con exactitud al autor de un daño específico. Si ello es así, obviamente, el lograr probar su culpa o dolo es tarea aún más dificultosa. La incidencia de los daños -agrega Josserand- no puede dejarse entregada al destino o al azar, tanto más cuanto que entre víctima y el autor

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 115.

del daño merece mayor protección la primera, porque de ordinario es la de menos recursos y porque nada ha hecho para causar aquél.⁶²

Se afirma habitualmente, por quienes prefieren la teoría objetiva a la que requiere de culpa, que desde la perspectiva de la justicia, ella se satisface más plenamente en el primer caso. Generalmente la víctima no se beneficia directamente de la actividad generadora del daño, sino que es el autor de éste quien se aprovecha de ella, ya que le reporta beneficios económicos o de otra índole. Refiriéndose a estas ideas, y reforzando lo señalado, Jossierand afirma: “ El poder, el provecho, la dirección, entrañan la responsabilidad: la incidencia de los golpes del destino no debe ser definitiva e irreparable. Lo contrario sería la bancarrota del *derecho*, que se limitaría a comprobar los golpes, cuando, en realidad, su papel es modificar y rectificar esa incidencia conforme a la justicia y a la equidad.”⁶³

Esta teoría fue utilizada frecuentemente en un principio en el ámbito de los accidentes de trabajo. Rápidamente, eso sí, el sistema evolucionó hacia un modelo de seguro obligatorio, abandonando el terreno del derecho privado. Un segundo campo, en el que se empieza a defender la utilización de este enfoque teórico, es el de las actividades peligrosas o de cosas que pueden generar daño con facilidad. En Francia, por ejemplo, los tribunales de ese país, utilizando el artículo 1.384 del *Code Civil* (que establece la responsabilidad por el hecho de cosas inanimadas), establecieron su procedencia respecto de accidentes provocados por trenes o tranvías. En otros países como España o Italia, la teoría de la responsabilidad *estricta* fue aceptada por razones de justicia y equidad por los tribunales de justicia.

Este enfoque del riesgo, si bien ha sido aceptado en ámbitos determinados del ordenamiento jurídico, ha sido fuertemente criticado por un importante sector de la doctrina. Se han opuesto a ella renombrados tratadistas: Henri y León Mazeaud, Marcel Planiol, Ambroise Colin, Henri Capitant, y Georges Ripert, sólo por nombrar a los más conocidos. La principal razón que es invocada por ellos, para oponerse a ella es simple: habitualmente los civilistas son individualistas; la teoría del riesgo es aplicación de las ideas socialistas.⁶⁴

Según el profesor Arturo Alessandri⁶⁵, las principales críticas de que ha sido objeto la teoría Objetiva, pueden sintetizarse así:

Este enfoque tiene el grave inconveniente de eliminar de la responsabilidad civil el elemento moral, que simultáneamente constituye su fundamento y determina su extensión. El hombre encuentra sensato que se generen consecuencias jurídicas en su contra frente a actos dolosos o culpables, pero no frente a actos lícitos, que no encierran nada de inmorales; o que no pudieron, en caso alguno, ser previstos o evitados. También se le reprocha a esta teoría el haber suprimido la culpa, como condición de la reparación. Es indudable que ella constituyó una conquista de importancia dentro de la evolución histórica a la que hemos hecho referencia. Se ha

⁶² JOSSERAND citado por ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 115.

⁶³ JOSSERAND, L. 1950. Derecho Civil. Buenos Aires, Bosch. p. 21.

⁶⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 117.

⁶⁵ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 117 a 119.

planteado que su eliminación importa un retroceso dogmático que coloca a la teoría del riesgo en un estadio evolutivo similar al de los tiempos bárbaros (Planiol).

También se ha sostenido que la teoría objetiva paraliza la iniciativa y el espíritu de empresa: conciente el hombre de que debe responder de todo daño, aunque provenga de un hecho lícito e irreprochable, se abstendrá de actuar o, en todo caso, lo hará con menor energía e intensidad. Se castigará así al que actuó, al que emprendió un proyecto económico, al que realiza una actividad que también resulta provechosa para la sociedad. Se protegerá en última instancia, a quien ha permanecido en la más completa pasividad.

“ Por otro lado la teoría del riesgo lejos de extender el ámbito de la responsabilidad y de contribuir al desarrollar el espíritu de solidaridad, tiende a hacerlo desaparecer. ”⁶⁶ Los hombres sabedores de que todo hecho generador de daño, que ejecuten, les acarrearán consecuencias indemnizatorias, procurarán descargarse de ellas asegurándose contra los riesgos de sus actos. Sintiendo, entonces prácticamente irresponsables, ya que el asegurador se encargará de reparar económicamente los perjuicios causados, obrarán con menos cuidado y diligencia, incrementándose con ello la tasa de accidentes.

Se arguye también, por los defensores de la responsabilidad por culpa, que la responsabilidad estricta no es ni justa ni equitativa como pretenden los partidarios de esta última. No es efectivo que todo el beneficio o provecho de una empresa o actividad se incorpore íntegramente al patrimonio de su dueño o autor: parte de él va a la sociedad, ya sea en forma de tributos o a través de un servicio que mejora la calidad de vida de los individuos que componen una colectividad dada. Además, y esto resulta crucial, parte de la ganancia de una actividad económica, llega a los trabajadores, a través principalmente de las remuneraciones que se regulan en materia laboral chilena a partir del artículo 41 del Código del Trabajo.

Mucho se ha discutido, después de la aparición de la teoría del riesgo, acerca de cual es la teoría que debiese establecerse en los distintos ordenamientos jurídicos de modo predominante. Se sostiene por algunos que la teoría estricta es la más adecuada. Otros en cambio perciben a la teoría por culpa como el más sistema coherente. La discusión sigue vigente en la actualidad, y no a perdido importancia en el debate teórico y legislativo.

Estamos en condiciones de afirmar, que en el derecho comparado hay una tendencia a establecer la responsabilidad por culpa, (sistema clásico) como la regla general, reservando la responsabilidad por riesgo a ciertos ámbitos determinados del ordenamiento jurídico, más o menos amplios dependiendo del país. En Chile, la responsabilidad por culpa constituye el sistema general aplicable; la responsabilidad objetiva, en cambio, recibe aplicación, sólo cuando una norma especial así lo establece; es por lo tanto, un estatuto de derecho estricto. Se establece en nuestro derecho positivo esta última teoría, entre otros, en los siguientes casos: daño ocasionado por animales fieros (artículo 2.327 del C.C); daño provocado por cosas que se arrojan o caen desde la parte superior de un edificio (artículo 2.328 del C.C); en materia de accidentes del trabajo el profesor Enrique Barros, señala que, coexistirían un principio de responsabilidad estricta del empleador, con un sistema de seguro

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ obligatorio. **Responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en un accidente aéreo (artículos 142 y ss. del Código aeronáutico); daños provocados por el conductor de un vehículo motorizado (artículos 170 y 174 de la ley de tránsito [ley 18290]); daños derivados de la aplicación de pesticidas (DL. N° 3.557, artículo 36); perjuicios derivados por derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar (artículos 144 letras a y b del D.L. N° 2.222); daños que tienen su fuente en un accidente provocado por el uso de energía nuclear (Ley 18.302 artículos 49 y ss.); En el Código de Minería, se contemplaría también un caso de responsabilidad estricta, en el artículo 14, en el que se establece la obligación de reparar los perjuicios, que se deriven del ejercicio de las facultades de catear y cavar.**

En el siguiente apartado, examinaremos los elementos de la responsabilidad por culpa, que constituye, como sabemos, el régimen general, aplicable frente a la ausencia de normas especiales que establezcan uno diferente.

⁶⁷ BARROS, E. Op. cit. p. 184.

CAPÍTULO II ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA O DOLO

Con el objeto de establecer, si existe o no responsabilidad aquiliana, es indispensable analizar, si en un caso dado concurren los siguientes presupuestos:

El Hecho Voluntario (acción u omisión)

Culpa o Dolo

El Daño

La Relación de Causalidad.

⁶⁸

2.1 El Hecho Voluntario (acción u omisión)

La responsabilidad civil por culpa requiere, indispensablemente, para configurarse, de un hecho voluntario. No puede existir ella, en rigor, si es que no hay un daño atribuible a la conducta libre de un sujeto. Este comportamiento puede consistir, en un hecho positivo (acción), o en uno negativo (omisión.) Este fundamental principio se encuentra recogido en los siguientes artículos del C.C: 1.437, 2.284, 2.314 y 2.329.

Según el profesor Enrique Barros: “ Dentro de este hecho voluntario, es posible distinguir dos elementos, uno de carácter externo, consistente en la conducta del sujeto, que corresponde a su dimensión material, y otro de carácter interno, que se refiere a la voluntariedad y expresa su dimensión subjetiva.”⁶⁹

En su aspecto material, el hecho voluntario, puede manifestarse, como se señaló, en un comportamiento positivo, a través de una acción, o en uno negativo, a través una omisión. En términos generales los daños con consecuencias relevantes para el derecho son producto de una acción; las omisiones, rara vez configuran consecuencias resarcitorias. Es necesario para que esto último ocurra, de un deber especial de actuar en beneficio de otro.

En su dimensión subjetiva o interna, se requiere que el autor del daño obre con discernimiento, esto es, que la conducta dañosa, sea imputable a su persona; se requiere en el fondo capacidad en sede extracontractual.

⁶⁸ Parte de nuestra doctrina agrega como requisito adicional a la Capacidad Delictual o Cuasidelictual, Vg. Hernán Corral, Arturo Alessandri.

⁶⁹ BARROS, E. Op. cit. p. 30.

2.1.1 La Capacidad en Sede Delictual o Cuasidelictual:

En materia extracontractual, al igual que en el derecho común (ámbito contractual), la capacidad constituye la regla general. Por lo tanto, sólo son incapaces, aquellos que por excepción tienen ese carácter de conformidad a la ley. Es indispensable señalar que la capacidad delictual o cuasidelictual, es más amplia que la capacidad penal. También es más extensa que la responsabilidad contractual. Esto quiere decir, que los casos de inimputabilidad en el terreno extracontractual son menos numerosos que los establecidos, en los dos ámbitos enunciados. Alessandri, refiriéndose a la mayor vastedad de la capacidad en sede delictual, enfrente de la contractual, nos dice: “ Ello se debe a que el hombre adquiere la noción del bien y del mal mucho antes que la madurez y la experiencia necesarias para actuar en la vida de los negocios ”⁷⁰

Corresponde, ahora examinar los casos de incapacidad en materia extracontractual. Son inimputables en este ámbito:

2.1.1.1 Los Dementes:

El inciso primero del artículo 2.319 del C.C, expresa: “ no son capaces de delito o cuasidelito los (...) dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. ” En términos generales, demente es aquella persona privada de razón por causas patológicas. Existen a nivel doctrinario, dos opciones para definir normativamente la noción de demencia. Para algunos, demente es quien carece de voluntad, quien está privado de la aptitud para decidir; para otros, en cambio, demente es quien no está en condición de discernir acerca de lo que es correcto.⁷¹

“ Es indiferente la denominación, naturaleza u origen de la enfermedad mental de que padece el autor del hecho, y aunque provenga de causas que le sean imputables, como exceso de bebidas alcohólicas, abuso de estupefacientes, vida licenciosa. La ley no distingue: basta que esté demente, cualquiera que haya sido la causa de la demencia, para que sea irresponsable. Es indiferente asimismo que el demente esté o no en interdicción o recluido en un manicomio o casa de salud o que la demencia sea permanente o transitoria: unos y otros son irresponsables si al tiempo de ejecutar el hecho estaban privados de razón. El artículo 2.319 no hace distinciones, habla de dementes.”⁷²

Es indispensable, para que la demencia genere incapacidad en el ámbito aquiliano, el que el autor del daño se halle privado de razón en el momento mismo de ejecutar el hecho dañoso. Es necesario además que esta privación de razón sea total. El profesor Hernán Corral, añade como requisito el que la demencia no sea imputable a la voluntad del sujeto, apartándose de Alessandri en esta materia.⁷³

⁷⁰ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 130.

⁷¹ BARROS, E. Op Cit. p. 33.

⁷² ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 133 y 134.

⁷³ CORRAL, H. Op. cit. p. 108.

El decreto de interdicción que se pronuncie con relación al demente, no produce en materia de responsabilidad extracontractual, efectos incuestionables y permanentes como ocurre en materia contractual. En este ámbito el decreto trae como consecuencia la exclusión de la capacidad negocial, sin que pueda alegarse lucidez circunstancial (artículos 456 y 465 del C.C). En sede extracontractual, en cambio, ese decreto es sólo un antecedente, que deberá el juez considerar, junto con otros, para establecer si concurre o no una causal de incapacidad.

En el derecho francés, se estableció en el año 1968, la plena capacidad civil del demente, esto debido, entre otras razones, a la tendencia de ese país por objetivar cada vez más la culpa. Esta innovación jurídica trajo como consecuencia, para la víctima, un mejoramiento de sus posibilidades de reparación.

2.1.1.2 Los Menores de Siete Años:

Son igualmente inimputables en materia extracontractual los hombres y mujeres menores de siete años (artículo 2.319 del C.C), esto es, los niños o infantes (artículo 26 del C.C.) Nuestro Derecho, considera que estas personas carecen de manera absoluta de discernimiento: por ello, los declara incapaces, incluso, de adquirir por voluntad propia la posesión de cosas muebles, sea para ellos mismos o para otros (artículo 723 del C.C.)

El Código de Napoleón, no contiene norma alguna, que establezca cierta edad, como límite de inimputabilidad. Esta situación no ha sido óbice para que la doctrina y jurisprudencia de aquel país, estimen exento de responsabilidad delictual al menor de cualquier edad, en el evento de acreditarse que ha obrado sin discernimiento. De lo contrario es responsable, aunque tenga menos de siete años. Según el profesor Alessandri, idéntica solución adoptan, entre otros, los códigos de los siguientes países: Portugal (artículo 2.379), Italia (artículo 2.046), Venezuela (artículo 1.186) y China (artículo 187.) El Código Civil Alemán (artículo 828) y el Ecuatoriano (artículo 2.301), declaran incapaces de delito al menor de siete años, adoptando una solución análoga a la chilena en esta materia.

2.1.1.3 Mayores de Siete Años y Menores de Dieciséis:

La persona mayor de siete años y menor de dieciséis es también incapaz de delito o cuasidelito en la medida que haya actuado sin discernimiento (artículo 2.319 inciso 2°.) Con relación al individuo que tenga una edad comprendida dentro de estos márgenes, se presume que ha obrado con discernimiento, por lo que, si desea que no recaigan sobre sí las consecuencias indemnizatorias que supone la responsabilidad, es indispensable que se acredite su incapacidad extracontractual, en el respectivo proceso. Para la determinación de esta inimputabilidad es competente el juez civil que conoce del juicio en que se persigue su responsabilidad, y no el juez de menores como ocurre en materia penal.

El tribunal civil, para determinar si un individuo, es o no, capaz de delito o cuasidelito en este ámbito “ tomará en cuenta las condiciones personales del menor, como su grado de educación, su desarrollo físico e intelectual, las actividades a que se dedica, el medio en que ha vivido, etc., la naturaleza del acto ejecutado y las circunstancias en que se realizó. ”⁷⁴

⁷⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 140.

Nuestra jurisprudencia, refiriéndose a la responsabilidad de las personas de edad inferior a dieciséis años, a señalado: que existe responsabilidad del menor de doce años que da muerte a una persona utilizando un arma de fuego “ por no haber evitado la dirección del arma cargada hacia el finado M, en el momento en que éste pasaba por su frente, fijándole por el contrario los puntos ”.⁷⁵ En otro caso, se afirmó por nuestros tribunales que: “ comete cuasidelito, de que responde su padre por estar bajo tuición, el menor de doce años de edad que atropella con el auto que maneja, sin tener la autorización competente ni la edad que requieren los reglamentos, a una persona, causándole la muerte ”.⁷⁶

2.1.1.4 Prueba de la Incapacidad

Es preciso señalar, que quien alega la incapacidad extracontractual: del demente; del menor de siete años o de la persona mayor de esa edad, pero menor de dieciséis, que se supone ha obrado sin discernimiento; deberá acreditar dichas circunstancias, para eximirse de asumir las consecuencias reparatorias que nuestro derecho pone de cargo del responsable en materia delictual o cuasidelictual.

Responsabilidad del Guardián del Incapaz.

Respecto de los daños causados por los dementes, menores de siete años y por personas mayores de esa edad y menores de dieciséis, que han actuado sin discernimiento, responden las personas a cuyo cuidado estén, si pudiese imputárseles negligencia en el control de dichas personas (artículo 2.319 del C.C.) Es pertinente recalcar que no siempre se verá comprometida su responsabilidad, por los hechos dañosos perpetrados, por dichos individuos inimputables en sede delictual. Sólo deberán indemnizar los daños ocasionados por estos últimos, en la medida en que no hayan sido lo suficientemente diligentes en la supervisión de estas personas. Según el profesor Alessandri, por lo general, la prueba tendiente a establecer la negligencia del custodio, será fácil de producir: “ a veces bastará acreditar las circunstancias mismas en que se cometió el daño para demostrar la falta de vigilancia o cuidado del guardián. ”⁷⁷

La responsabilidad que el ordenamiento jurídico hace recaer en el custodio del incapaz cuando ha sido poco esmerado en su cuidado, es directa, personal y exclusiva, según el profesor Enrique Barros.⁷⁸ Conviene señalar desde ya, para evitar equívocos, que esta responsabilidad que se hace recaer en el guardián del inimputable es distinta de la responsabilidad por el hecho ajeno, cuya regla general se encuentra establecida, como sabemos, en el artículo 2.320 del C.C. y que está sujeta a un importante régimen de presunciones de culpabilidad. Ambas formas de responsabilidad se asemejan, en que en las dos se responde por los actos de otra persona. Sin embargo, en la responsabilidad por el hecho ajeno existen dos responsabilidades, la de quien ocasiona directamente el daño, que debe probarse, y

⁷⁵ GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1861. Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de junio de 1861, N°156, p. 666.

⁷⁶ GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1939. Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de Octubre de 1938. Tomo II, N° 161,

p. 672.

⁷⁷ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 143.

⁷⁸ BARROS, E. Op. cit. p. 35.

la de aquel que tiene al autor de los perjuicios bajo su dependencia o cuidado, que se presume.

En cambio si el autor del daño antijurídico es un incapaz, solo existe responsabilidad de su custodio, en la medida, que, como se dijo, haya obrado negligentemente en su vigilancia. No existe, por ende, en este caso responsabilidad por el hecho ajeno, sino responsabilidad personal y directa, pues al incapaz no puede atribuirse responsabilidad alguna.

Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas

Las personas jurídicas son capaces de delito y cuasidelito civil: están obligadas a indemnizar los daños que ocasionen con culpa o dolo las personas naturales que obren en su nombre o representación, o que estén a su cuidado o servicio.

⁷⁹

Esta responsabilidad comprende a toda clase de personas jurídicas, ya sea que persigan fines de lucro o no: sociedades de personas o de capitales, corporaciones, fundaciones, etc.

⁸⁰

El profesor Carlos Ducci, refiriéndose a esta materia nos señala: “ El artículo 545 del Código Civil establece claramente que la persona jurídica es capaz de contraer obligaciones civiles, y no se ve por qué motivos debiera restringirse esta expresión general, interpretándola, como que sólo se refiere a ciertas fuentes de las obligaciones, y no a todas ellas. La interpretación lógica consiste en considerar que si la persona jurídica puede obligarse lo hará, entre otros motivos, a consecuencia de un delito o cuasidelito.”

⁸¹

Indudablemente, si nuestro ordenamiento jurídico, hubiese establecido la irresponsabilidad de las personas jurídicas en materia extracontractual, se hubiese generado una situación injusta e inconveniente. Injusta, pues la víctima no podría haber accionado en contra de la persona jurídica y de ese modo sus probabilidades reales de resarcimiento se hubiesen visto seriamente limitadas; ya que, si el autor del daño no contase con recursos suficientes, con seguridad no podría haber obtenido una reparación íntegra. La situación descrita sería además inconveniente, pues los autores de conductas lesionadoras, podrían haber generado perjuicios casi impunemente, amparados en la irresponsabilidad de la persona jurídica a cuyo nombre obrasen.

La responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, encuentra su base normativa en dos preceptos, que curiosamente no se establecen en el C.C. Las reglas a que aludimos son el artículo 39 del C.P.P, que dispone en su inciso segundo: “ Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado. ” Por otro lado, en el nuevo Código Procesal Penal, su artículo 58 inciso segundo, prescribe: “ Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible , sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.”

⁷⁹ ALESSANDRI, A. Op. cit.[nota 7] p. 148.

⁸⁰ ABELIUK, R. Op Cit. [nota 57] p. 269.

⁸¹ DUCCI, C. Responsabilidad Civil (Extracontractual.) Santiago, El Imparcial. p. 55.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas se ha establecido de manera expresa en los códigos civiles de distintos países V.gr: Código Civil alemán (artículo 31), suizo (artículo 55), chino (artículo 28), turco (artículo 48), etc.

No obstante que la capacidad delictual y cuasidelictual civil de las personas jurídicas es algo indiscutible en nuestro derecho, no han faltado algunas sentencias⁸² de nuestros tribunales superiores de justicia que han sostenido lo contrario.

⁸³ Con todo, la tendencia dominante que se advierte en esta materia en el ámbito jurisprudencial, es a considerar a estas personas plenamente responsables desde la perspectiva extracontractual.

Para que una persona jurídica sea capaz de delito o cuasidelito, es necesario, en primer lugar, que exista legalmente, vale decir, que se halle constituida con sujeción a la ley y en las condiciones que ella exige para que goce de personalidad jurídica. En el caso, por ejemplo, de una corporación o fundación, se requiere conforme al artículo 546 del C.C, que la ley o el Presidente de la República le reconozca o conceda dicha personalidad. Sólo así dichas personas jurídicas pueden ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

“ De ahí que los gremios, cofradías, establecimientos, asociaciones o agrupaciones de individuos que no sean personas jurídicas no son responsables de los delitos o cuasidelitos que cometan sus miembros, individual o colectivamente. De ellos responderán el miembro o los miembros autores del delito o cuasidelito, a condición de probárseles culpa o dolo, y si éstos son varios, su responsabilidad será solidaria (artículo 2317.)”⁸⁴

Las personas jurídicas que tengan existencia legal, pueden incurrir en responsabilidad simple y compleja⁸⁵, esto es, en responsabilidad que tiene su fuente en un hecho personal y en responsabilidad proveniente del hecho ajeno.

Responsabilidad por el Hecho Personal

Las personas jurídicas son personal y directamente responsables de los delitos o cuasidelitos, sean de acción o de omisión, cuando han sido perpetrados por sus órganos, esto es, por las personas naturales o por las asambleas o consejos, en quienes reside la expresión de la voluntad de dicha persona, según sus estatutos o la ley. Son órganos por ejemplo: la junta de accionistas o los administradores de una sociedad; el presidente o el directorio de una corporación o fundación, etc. Tienen el

⁸² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1915. Santiago, Chile. Tomo XII. 2° parte. Sección 1°. p. 410.

⁸³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1925 Santiago, Chile. Tomo XXII. 2° parte. Sección 1°. p. 681 y 1930. Tomo XXVIII. 2° parte. Sección 1°. p. 164.

⁸⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit.[nota 7] p. 152.

⁸⁵ La responsabilidad compleja también puede provenir de una cosa o de un animal. Estas dos formas de responsabilidad, con todo, no serán examinadas en esta memoria por apartarse del tema en estudio que es, como sabemos, la responsabilidad del empleador.

carácter de tales por ser encarnaciones de la persona jurídica: los actos del órgano son, por tanto, actos de la persona jurídica.⁸⁶

Por otro lado también resulta indispensable, para que ésta última, deba asumir la reparación del daño extracontractual, que el órgano actúe en ejercicio de sus funciones, es decir, dentro de la esfera de atribuciones que le corresponden de conformidad a la legislación vigente, o en virtud de acuerdos celebrados de conformidad a los estatutos o la ley. Sólo en esos casos encarna la voluntad de la persona jurídica (artículo 552 del C.C.)

Así, por ejemplo, si el presidente de una fundación golpea violentamente a un individuo en la vía pública, no se ve comprometida la responsabilidad de la persona jurídica a la que pertenece, pues dicho presidente (órgano) no actuó dentro del ámbito de sus atribuciones. Cosa distinta ocurriría, si el directorio de una sociedad anónima acordase realizar una competencia desleal en contra de sus principales adversarios en el mercado. En este caso, es indudable que la persona jurídica será directa y personalmente responsable de los perjuicios que se irroguen a éstos

últimos.⁸⁷ Es indispensable señalar, para evitar equívocos, que no es necesario para que se comprometa la responsabilidad de la persona jurídica por el actuar del órgano, que se respete, por parte de este último el ordenamiento jurídico a cabalidad. Es imprescindible para que la persona jurídica asuma las consecuencias indemnizatorias derivadas de un hecho, que el órgano obre observando, al menos formalmente las normas legales e internas de la persona jurídica, en lo referente a sus facultades. Resulta obvio, que el actuar de este órgano debe ser ilícito, en cuanto a la generación del daño, esto es, debe contravenir al derecho objetivo en esta materia; si así no fuera, no nos encontraríamos en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual.

En el ámbito jurisprudencial, principalmente en el ámbito comparado, se ha reconocido otro tipo de culpa: la llamada culpa anónima o difusa, en virtud de la cual, la persona jurídica es responsable por los actos que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado de sus administradores, sin que sea indispensable individualizar al causante inmediato de los perjuicios, como ocurre por ejemplo, en los daños generados por productos defectuosos. Ha habido importantes fallos de nuestros tribunales de justicia, en particular de nuestra Corte Suprema, que han tenido en consideración este tipo de culpa a la hora de resolver conflictos de responsabilidad civil extracontractual: “ No puede admitirse que la acción establecida en el inciso 5° del artículo 2.320 citado, esté sujeta a la condición de que se designen de un modo preciso, por sus nombres a los empleados o dependientes que hayan sido los

causantes del daño .”⁸⁸ También nuestro máximo tribunal ha afirmado que: “ no es de rigor que la sentencia determine quién o quienes han sido los autores del daño, ni el demandante tiene para que indicarlo, pudiendo hasta ignorar quienes hayan sido, desde que, persiguiendo sólo la responsabilidad civil, lo único que tiene que

⁸⁶ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 153 y 154.

⁸⁷ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 154 y 155.

⁸⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 83] p 912

patentizar es la existencia del daño mismo y que éste no se habría producido sin negligencia o culpa de alguien .”⁸⁹

La responsabilidad civil de la persona jurídica por el hecho propio, (que se configura, como sabemos, por el actuar de alguno de sus órganos o a través de la llamada culpa difusa) está sujeta a las reglas generales en materia de prueba de la culpa. Habitualmente deberá ser acreditada por la víctima del daño, que hace valer la pretensión indemnizatoria, a menos que se cumplan las condiciones para aplicar la presunción general de culpabilidad por el hecho propio de artículo 2.329.⁹⁰

“ A pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus órganos da lugar a una responsabilidad por el hecho propio, nada obsta para que ella accione para hacer efectiva la responsabilidad personal de las personas que conforman el órgano, repitiendo en su contra, según el principio establecido por el artículo 2.325 del C.C.”⁹¹

Sistemáticamente, correspondería ahora efectuar el tratamiento teórico de la responsabilidad por el hecho ajeno. No obstante, dada su importancia dogmática y práctica, esta materia será analizada en detalle, en un capítulo posterior. Cabe ahora, examinar el segundo elemento de la responsabilidad civil extracontractual, que es: la Culpa o Dolo.

2.2 Culpa o Dolo

La culpa o dolo constituye, como se dijo, el segundo presupuesto de la responsabilidad por negligencia. Conceptualmente estas dos nociones presentan importantes diferencias que serán analizadas en las páginas que siguen. Baste por ahora tener claro, que la culpa sirve para configurar el cuasidelito civil, mientras que el dolo sirve para estructurar el delito civil. Corresponde analizar separadamente, ambos elementos.

2.2.1 La Culpa

La forma de concebir la culpa ha variado considerablemente a lo largo de la historia del Derecho Civil. En un primer momento se la entendió de un modo subjetivo, esto es, se trataba de establecer si el sujeto autor de un daño, debía o no repararlo, a través de la correspondiente indemnización de perjuicios. Como se recordará, en los primeros estadios evolutivos en materia de responsabilidad, a los que hicimos referencia, (véase capítulo 1.3) la indemnización de los daños ocasionados, tenía por objeto sancionar al autor de éstos; vale decir la responsabilidad se concebía con un carácter punitivo. Considerando que esta era la función asignada a la responsabilidad, era obvio que en esa época, ciertas características del autor

⁸⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1926. Santiago, Chile. Tomo XXIII. Sección 1°. p 681.

⁹⁰ BARROS, E. Op. cit. p. 174.

⁹¹ Ibíd.

de los perjuicios, como sus debilidades o carencias personales o la falta de pericia o experiencia, pudiesen ser consideradas como causales eximentes de responsabilidad.

Actualmente según la doctrina contemporánea mayoritaria, para determinar si un sujeto actuó culpablemente en la generación de un daño, no se atiende a cómo obró esta persona en específico, atendidas sus circunstancias personales, sino como debió actuar en esas condiciones un individuo diligente. “ La culpabilidad aparece entonces como un juicio normativo respecto de la acción u omisión consideradas en abstracto, de modo que son irrelevantes los aspectos psicológicos o sociológicos del sujeto específico .”⁹² En el derecho contemporáneo, por lo tanto, el individuo debe hacerse cargo de sus propias limitaciones, así por ejemplo, el ciego, el epiléptico, el poco instruido o inexperto deben actuar aumentando su nivel de diligencia para compensar sus falencias.⁹³

Por esta tendencia actual de concebir la culpa de un modo objetivo, el profesor Enrique Barros considera inapropiada la denominación de *subjetiva* para calificar a la responsabilidad por culpa, ya que en ella, como se señaló, se compara el comportamiento efectivamente realizado con un patrón objetivo.

Se han elaborado diversas definiciones de culpa, por ejemplo, para Baudry-Lacantinerie: “ la culpa es un hecho ilícito, es decir, prohibido por la ley .”⁹⁴ Esta definición no establece con precisión lo que es la culpa, pues no clarifica, en qué consiste la ilicitud de ella; meollo del asunto.

Para Josserand “ la culpa consiste en lesionar un derecho ajeno sin que el autor de la lesión pueda invocar uno superior o equivalente . ”⁹⁵ Esta definición a juicio de los memoristas, tampoco arroja luz en lo referente al esclarecimiento de la noción de culpa, pues, la lesión del derecho se vincula más con la existencia del daño que con la culpa.

Orlando Tapia, dentro de la dogmática chilena, elabora una definición interesante; para él, la culpa es: “ la omisión de la diligencia a que se estaba jurídicamente obligado.”⁹⁶

Don Arturo Alessandri, también dentro de la doctrina nacional, nos da un buen concepto de culpa: “ la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios .”⁹⁷

Para nosotros, culpa es la inobservancia de la conducta diligente debida, determinada de acuerdo a un patrón abstracto de comportamiento deseable, que genera consecuencias indemnizatorias.

⁹² BARROS, E. Op. cit. p. 40.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ BAUDRY-LACANTINERIE citado por ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 170.

⁹⁵ JOSSERAND, citado por ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 170.

⁹⁶ TAPIA citado por CORRAL, H. Op. cit. p. 210.

⁹⁷ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 172.

Cabe recalcar que cuando hablamos de culpa, estamos refiriéndonos a una conducta errada, a un actuar imprudente, falta de precaución y negligente, en que no se han adoptado los resguardos necesarios para evitar el daño a la persona o bienes ajenos. Hay culpa cuando no se hace lo que ha debido hacerse. El actuar culpable, a diferencia del doloso, no supone un propósito lesionador; si el sujeto se representa, como probable el daño a terceros, pero no desea la verificación de éste, habrá culpa no dolo, pues, nuestro C.C. en su artículo 44 inciso final, es claro al respecto, al exigir intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. El destacado académico Pablo Rodríguez, sostiene en nuestra doctrina, que a la definición de dolo del artículo 44, debiese incorporarse el llamado dolo eventual.⁹⁸

En nuestra dogmática civil existe consenso en que la culpa debe ser apreciada en abstracto, esto es, se debe comparar la conducta del agente generador de los perjuicios, con un modelo ideal, con un patrón abstracto y objetivo: el hombre prudente o el buen padre de familia. Los autores nacionales convienen unánimemente en este modo de apreciar la culpa. En este sentido: Alessandri,⁹⁹ Barros,¹⁰⁰ Rodríguez,¹⁰¹ Corral,¹⁰² Abeliuk.¹⁰³ Nuestra jurisprudencia, en general, acepta estas ideas, con todo, han existido algunos fallos pronunciados por nuestros tribunales superiores de justicia, que han estimado que la culpa debe apreciarse en concreto.^{104 105}

El hecho de que la culpa se aprecie en abstracto, no debe llevar al error de creer que el juez al examinar el comportamiento realizado, prescinda completamente del contexto en que éste se verificó. Al contrario, la autoridad jurisdiccional, debe tomar en consideración las circunstancias externas en que el hecho se llevó a cabo, como son, por ejemplo: el tiempo en que se produjeron los acontecimientos, el medio social, la profesión u ocupación del autor del daño, etc. Los elementos fácticos, que el juez debe preterir son los que los autores denominan, circunstancias internas: el sexo, la edad, sus características de personalidad, estado anímico, etc. El juzgador frente a un hecho dañoso, que se pretende culpable, debe, pues, parangonar el proceder del individuo generador de los perjuicios, con un estándar de hombre prudente colocado en el mismo contexto y condiciones de tiempo y lugar.

Se ha discutido a nivel dogmático, tanto en Chile como en el extranjero, acerca de cuál es el estándar de cuidado que debe observarse para no verse obligado a asumir la reparación de los perjuicios, que la responsabilidad establecida judicialmente exige. La doctrina mayoritaria, cree que en el ámbito delictual se responde de toda culpa, inclusive de la *levísima*, pues a juicio de este sector de la dogmática civil,

⁹⁸ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 8] p. 165.

⁹⁹ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 173 y 174.

¹⁰⁰ BARROS, E. Op Cit. p. 42.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ, P. Op Cit. [nota 8] p. 178.

¹⁰² CORRAL, H. Op. cit. p. 212.

¹⁰³ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 202 y 203.

¹⁰⁴ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1974. Santiago, Chile. Tomo LXXI.

Sección 4°. p. 226.

¹⁰⁵ FALLOS DEL MES. Santiago, Chile. (194) p. 292.

la clasificación de la culpa contenida en el artículo 44 del C.C, no recibiría aplicación en el ámbito extracontractual. El profesor Alessandri, sobre el particular, nos señala: “ La culpa cuasidelictual no admite graduación: la clasificación en grave, leve y levisima del artículo 44 del C.C. no se le aplica; se refiere a la culpa contractual únicamente. Toda culpa, cualquiera que sea su gravedad, aun la más leve o levisima, impone a su autor la obligación de reparar el daño causado.”¹⁰⁶ Opinión similar

sostiene en nuestro país, Carlos Ducci.¹⁰⁷ Este criterio ha sido aceptado, en general, por nuestros tribunales de justicia. Por ejemplo, la Corte Suprema ha afirmado sobre este tema: “ en materia de responsabilidad cuasidelictual, la culpa no tiene grados ni admite diferencias: hay culpa o no la hay, pues lo único que importa para los efectos del pleito, es el monto de los daños, y es esto lo que regula la indemnización, con entera prescindencia de la gravedad de la culpa .”¹⁰⁸

El destacado académico de la Universidad de Chile, Enrique Barros, ha cuestionado con muy buenos argumentos, esta idea de que en el ámbito aquiliano se responde de cualquier clase de culpa, incluida la levisima. Desde su perspectiva, el cuidado exigido en el terreno extracontractual, es el de un hombre prudente medio, o de un *buen padre de familia* , como señala el artículo 44 de nuestro C.C. A juicio de este jurista, si bien es cierto, que la clasificación tripartita de la culpa, que se contiene en dicha norma, se establece a propósito de la responsabilidad contractual, esto se debe a que en la época de redacción del Código de Bello, la responsabilidad delictual o cuasidelictual había experimentado una escasa evolución. El profesor Barros, agrega además, para refrendar su opinión respecto de esta materia, un argumento de una gran solidez dogmática: “ constituye una contradicción afirmar que la culpa se aprecia en abstracto, aplicando el patrón de cuidado del hombre prudente, y al mismo tiempo señalar que en materia extracontractual se responde incluso de culpa levisima, pues se trata de grados de cuidado asimétricos. No es razonable que se exija al hombre medio emplear en sus actos <<aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. >>”¹⁰⁹

Por otro lado, este catedrático afirma, que extender la responsabilidad hasta las hipótesis de culpa levisima, supondría que en todas y cada una de nuestras actividades deberíamos utilizar aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. De este modo, en nuestro comportamiento cotidiano con los demás, nos veríamos obligados actuar según estándares de cuidado recíproco particularmente exigentes, llevando a la responsabilidad por culpa hacia los límites de la responsabilidad estricta.¹¹⁰

2.2.1.1 Nuestra Opinión respecto al estándar de comportamiento exigible en Sede Extracontractual

¹⁰⁶ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 196.

¹⁰⁷ DUCCI, C. Op. cit. p. 29.

¹⁰⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1953. Santiago, Chile. Tomo L. Sección 1°. p 288.

¹⁰⁹ BARROS, E. Op. cit. p. 46.

¹¹⁰ Op. cit. p. 47.

Los autores de esta Memoria, sostenemos un punto de vista sobre esta materia que se aparta, en alguna medida, de las dos posturas explicadas líneas atrás. En primer lugar pensamos, que la clasificación de la culpa, en grave, leve y levisima del artículo 44 del C.C., recibe aplicación en sede extracontractual por dos razones: en primer lugar su ubicación dentro de la sistemática del Código Civil chileno. Esta norma se establece, en el título preliminar, en el párrafo 5°, denominado: Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes . Nada a la luz de su posición en el C.C., hace suponer que dicho precepto sólo se utilice en materia contractual. Por el contrario, la redacción del artículo en análisis, pone de manifiesto una gran amplitud, que permite que dentro de las definiciones que él se contienen, se puedan incorporar los delitos y cuasidelitos civiles. Por otro lado, la voz *negocio* que se emplea en dicha norma, que *prima facie* , podría hacer pensar que circunscribe su tenor sólo al ámbito contractual, debe entenderse, a falta de definición legal, en su sentido natural y obvio, (artículo 20 del C.C) esto es, en la forma que define dicha palabra el Diccionario de la Real Academia Española: “Cualquier ocupación, quehacer o trabajo”¹¹¹ (primera acepción.) A su turno dicho diccionario define ocupación¹¹² como: Acción y efecto de ocupar. Ocupar¹¹³ es conceptualizado, a su vez, en una de sus acepciones, como: emplearse en un trabajo, ejercicio o tarea. La palabra quehacer¹¹⁴ , es entendida como: Ocupación, negocio, tarea que ha de hacerse. La expresión trabajo,¹¹⁵ es definida en su primer significado, como: acción y efecto de trabajar.¹¹⁶ Esta última noción significa, conforme a su primera acepción: Ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio. Como puede observarse, teniendo en especial consideración la última definición citada, la amplitud de las palabras conceptualizadas, permite comprender en ellas diversos géneros de acciones que pueden dar lugar a responsabilidad extracontractual. Podría argumentarse, para sustentar la aplicación del artículo 44 del C.C, sólo al ámbito contractual, que la expresión negocio que emplea dicha norma, está utilizada en un sentido técnico, conforme a la dogmática civil, y que por ello, y conforme al artículo 21 del C.C., debiese tomarse en el sentido “ que les den los que profesan la misma ciencia o arte ”, en este caso, los especialistas del Derecho Civil. Creemos, no obstante que este argumento, en el caso de la dogmática chilena no tiene validez. La doctrina alemana e italiana distingue los negocios jurídicos de los actos jurídicos. Para los civilistas de dichos países, lo que caracteriza al negocio jurídico, es “ el hecho de que los efectos por él producidos son los queridos por su autor o por las partes, de tal modo que dichos efectos surgen como consecuencia inmediata y directa de la voluntad .”¹¹⁷

Según los autores nacionales, este concepto de negocio jurídico es equivalente a nuestra noción de acto jurídico, que es definido, en nuestra doctrina, como: “ La

¹¹¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit. p. 1.573.

¹¹² Op. Cit p. 1.609.

¹¹³ Ibíd.

¹¹⁴ Op. cit. p. 1.874.

¹¹⁵ Op Cit. p. 2.204.

¹¹⁶ Op. cit. p. 2.203.

¹¹⁷ VIAL, V. 2000. Teoría General del Acto Jurídico. 4° edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. p. 29.

manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad .”¹¹⁸

Por otro lado, para los juristas de los países europeos señalados, acto jurídico presenta como característica el que: “ los efectos que este produce no van necesariamente adheridos a la voluntad de sus autores y, muchas veces, son independientes de ella.”¹¹⁹ Resulta difícil creer que don Andrés Bello, haya hecho referencia a una terminología, que ni aún en la actualidad goza de general aceptación en nuestra doctrina y jurisprudencia, y que es del todo ajena a nuestra tradición jurídica.

Nuestro planteamiento, sobre esta materia también se aparta en algún sentido de las ideas predominantemente aceptadas en el ámbito extracontractual en nuestro país. Para los suscritos, el estándar normal de cuidado, es en general el del hombre prudente medio o buen padre de familia; ya que conforme, al tantas veces citado artículo 44 del C.C., “ culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve.”¹²⁰ En este sentido compartimos la opinión del profesor Barros, ya examinada.

Donde disentimos, de este autor nacional, es en el hecho de que para nosotros hay situaciones, en que el estándar de cuidado debido, es mayor. En dichas hipótesis se respondería de culpa levísima, exigiéndose, como es obvio un nivel de diligencia o prudencia mayor. Creemos, cabe insistir en ello, que lo habitual será que en el ámbito aquiliano el individuo observe un patrón de comportamiento debido del “hombre medianamente diligente.” No resulta lógico que en cada una de nuestras acciones y omisiones jurídicamente relevantes, empleemos un grado extremo de cuidado, pues eso entraría nuestra vida en sociedad o la haría mucho más dificultosa. Lo sensato es que ciertos casos, considerando factores como, la magnitud de los bienes jurídicos envueltos, la alta probabilidad de daño a terceros y la magnitud del mismo, se extremen los cuidados, la diligencia y el control sobre los propios actos. En esos casos se debería responder de culpa levísima. Un simple ejemplo permitirá clarificar nuestras ideas acerca de este tema: si una persona maneja una moto las probabilidades reales que se vean afectados gravemente los derechos ajenos son bastante bajos, en comparación, por ejemplo, a un conductor de un camión que traslada productos altamente inflamables o explosivos. En el primer caso el chofer, responderá de culpa leve, pues no existen, razones para alterar la regla general establecida en la ley; en el segundo, en cambio, el camionero deberá responder, a nuestro juicio, de culpa levísima, pues, la magnitud de los bienes jurídicos envueltos: la integridad física de las personas que transitan o viven en las arterias por donde se desplaza dicho vehículo; la alta probabilidad de daño a terceros: obviamente es mucho más factible, que como consecuencia de la explosión del camión que de la moto se dañe a terceras personas. Por otro lado, visto desde la perspectiva de la magnitud del daño, es indudable que no es lo mismo que estalle el estanque de bencina de una moto que el depósito de gasolina de un camión que la traslada.

Creemos, que debe ser la autoridad jurisdiccional, la que determine el estándar de comportamiento esperable en cada caso, considerando los criterios expuestos.

¹¹⁸ Op. Cit p. 31.

¹¹⁹ Op. cit. p. 29.

¹²⁰ BARROS, E. Op. cit. p. 45 y ss.

2.2.1.2 La Culpa como Infracción de un Deber de Cuidado Establecido en una Norma Legal: la Llamada Culpa Infracional.

En este tipo de culpa, los deberes de diligencia son establecidos por el legislador u otra autoridad dotada de facultades de creación normativa, mediante leyes, ordenanzas, reglamentos, etc. Claro ejemplo de deberes legales establecidos por el legislador, los encontramos en la Ley del Tránsito y en la legislación medioambiental. El principio fundamental, en este tipo de materias es, que si el accidente se genera como consecuencia de la violación de estas reglas, el acto es considerado *per*

¹²¹ se ilícito. Con todo no basta la mera infracción normativa, para que se dé por establecida la responsabilidad extracontractual; se requiere además, de un nexo de causalidad entre la infracción a la ley u otra norma jurídica y el daño. Así por ejemplo, si un automovilista participa en un choque con su vehículo, y tenía su licencia de conducir vencida, no puede establecerse su responsabilidad por ese sólo hecho, pues, resulta obvia, la falta la conexión, entre dicha infracción y la producción del accidente. Lo mismo puede decirse si el automovilista involucrado en un choque, no llevaba consigo un botiquín, o un extintor para incendios.

Es importante señalar que el cumplimiento estricto de la ley, no excluye, en principio, la posibilidad de que exista, de todos modos, culpa. Puede, ocurrir, que la estricta observancia de las normas legales o reglamentarias, no baste; porque puede ser necesario adoptar medidas de diligencia adicionales, para precaver el daño a terceros. Por ejemplo, el conducir un automóvil al límite máximo de velocidad permitido en la carretera, puede resultar imprudente, si es que el pavimento está resbaladizo, o existen niños jugando en ella. Sobre el particular señala Alessandri: “ el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias, no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que éstas habrían sido tomadas por un hombre prudente, ¹²² podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquéllas .”

Con todo, el legislador puede elaborar un cuerpo normativo, por ejemplo una ley, en que se establezcan con precisión todos los hechos generadores de responsabilidad extracontractual, de un modo exhaustivo. Esta regulación, deberá establecer de un modo inequívoco, que su propósito es “disciplinar” de un modo acabado, todas las hipótesis posibles de responsabilidad que queden comprendidas en su ámbito de aplicación. De lo contrario, quedará margen, como se señaló, para que el juez establezca otras hipótesis de responsabilidad diversas a las establecidas ¹²³ normativamente de un modo expreso.

2.2.1.3 Infracción de Usos o Hábitos

Cabe preguntarse, si el cumplimiento estricto de ciertas prácticas sociales, como son los usos o hábitos, se vincula o no necesariamente, con la observancia de la conducta diligente. En principio, podemos afirmar, que el hecho de que un comportamiento se corresponda plenamente, con lo que habitualmente se hace conforme a las costumbres existentes en el medio social, no determina forzosamente su licitud.

¹²¹ BARROS, E. Op. cit. p. 50.

¹²² ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 180.

¹²³ Op. cit. p. 53.

En muchos casos, con todo, el adoptar un tipo de conducta que esté en plena consonancia con el comportamiento generalmente aceptado socialmente, podrá ser un indicador de actuación debida, para ser tomado en cuenta por el juez a la hora de establecer el estándar de cuidado a que estaba obligado un individuo, a quien se le atribuye la comisión de un delito o cuasidelito civil. Con todo, insistimos, la autoridad jurisdiccional no se encuentra vinculada por dichos usos, hábitos o costumbres, para establecer el comportamiento deseable jurídicamente. Alessandri, nos señala, sobre esta materia: “ Pero como estos usos o hábitos no tienen fuerza obligatoria, a diferencia de lo que acontece con la ley o los reglamentos, el juez puede prescindir de ellos y estimar que no hay culpa en su infracción, si cree que un hombre prudente colocado en la misma situación no habría obrado en otra forma.”¹²⁴

2.2.1.4 Infracción de Reglas Profesionales.

En esta materia, creemos que las normas profesionales que regulan el actuar de los individuos que profesan una determinada ocupación, establecen, *prima facie*, el comportamiento esperado y debido de dichos profesionales. A diferencia de los usos o hábitos que surgen de modo espontáneo, las reglas profesionales son fruto de un proceso de elaboración por parte de las personas que ejercen una determinada actividad, y que nacen con el propósito de regular de un modo eficiente y conveniente la actividad de que se trata. Su infracción, por ende, compromete, por regla general, la responsabilidad del autor de ésta.

2.2.1.5 Clases de culpa: Culpa por Acción y por Omisión.

2.2.1.5.1 Culpa por Acción

La culpa es de acción cuando supone la realización de un hecho, de un acto; la doctrina la denomina *culpa in comitendo*. Como ejemplos de este tipo de culpa, tenemos: el correr en un automóvil sobre la velocidad permitida y generar, como consecuencia de ello, daño al patrimonio o vida ajenos; el disparar un arma de fuego

en un local cerrado y lleno de gente.¹²⁵ La regla general, es que para que exista responsabilidad, la culpa debe ser de acción, los casos en que existe culpa por omisión son excepcionales.

2.2.1.5.2 Culpa por Omisión

En principio, y conforme al Derecho Civil chileno, las personas no están forzadas a actuar para salvar el patrimonio o vida ajenos. Lo normal será, que los individuos respondan sólo de las acciones que ejecuten en perjuicio de los demás, no de las omisiones en que incurran. Con todo el derecho contempla hipótesis en que se responde de las omisiones. Para analizar debidamente esta materia, es preciso distinguir dos tipos o categorías de omisión: La omisión en la acción y la omisión propiamente tal.

2.2.1.5.2.a Omisión en la Acción

¹²⁴ Op. cit. p. 181.

¹²⁵ Op. cit. p. 196.

Hay omisión o abstención en la acción cuando el agente al ejecutar un hecho dado, no toma todas las precauciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de dicha conducta, atendidas las circunstancias del caso. O sea el agente, al realizar su actividad, no fue diligente en lo referente a la adopción de medidas de cuidado que eran indispensables para evitar la generación del daño a terceros. Así se ha resuelto, por ejemplo, en el caso de un maquinista que omite avisar el paso del tren tocando la campana y pito.¹²⁶ O en el de un anestesista, que abandona a su paciente mientras está haciendo efecto la anestesia, por el tiempo necesario, para que ésta experimente un daño cerebral irreversible a consecuencia de un paro cardíaco.¹²⁷

2.2.1.5.2.b Omisión Propiamente Tal

Hay abstención propiamente tal, o pura y simple, cuando el agente, sin realizar acto alguno de su parte, se limita a permanecer pasivo. En este caso, que es poco frecuente, no se le culpa de haber actuado sin observar las medidas de prudencia¹²⁸ necesarias, sino de no haber actuado en ninguna forma, de quedarse quieto. Es el caso de un salvavidas que viendo como se ahoga una persona no hace nada para socorrerlo. O el de un médico, que en una región desamparada¹²⁹ rehúsa asistir a un enfermo, sabiendo que una ayuda inmediata es imprescindible. En doctrina se afirma que hay tres hipótesis, en que, esta omisión propiamente tal,¹³⁰ genera responsabilidad: a) Cuando la omisión es dolosa: Si un individuo, se abstiene de ejecutar un hecho, con el claro propósito de dañar el patrimonio o vida ajena, es obvio, que debe responder, por aplicación del principio de que el dolo todo lo corrompe b) Cuando existe un deber especial de cuidado, atendidas las circunstancias: Fuera del ámbito de las conductas dolosas, hay hipótesis en que la relación de cercanía existente entre quién sufre el daño y quien omite actuar para evitarlo, impone responsabilidad a este último. Este es el caso, por ejemplo, del capitán de un barco, que no ayuda a un pasajero, que cae al mar en una tormenta,¹³¹ y que fallece como consecuencia de ello c) Cuando se omite ejecutar un acto expresamente ordenado por la ley: (culpa infraccional por omisión) Se incurre, en este tipo de culpa, cuando se incumple un deber impuesto legalmente. Ejemplos encontramos, en el artículo 494 números 12, 13 y 14 del Código Penal chileno, y en el artículo 9, de la ley 18045, Ley de Mercado de Valores.

2.2.2 El Dolo

¹²⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1932. Santiago, Chile. Tomo XXIX. Sección 1°. p. 383

¹²⁷ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1984. Santiago, Chile. Tomo LXXXI. Sección 4°. p. 206, citado por BARROS, E. Op. cit. p. 68.

¹²⁸ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p.200.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ BARROS, E. Op. cit. p. 69.

¹³¹ Op. cit. p. 69.

El dolo o malicia se encuentra definido, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 44 inciso final del C.C chileno, como: “ la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. ” Existe dolo conforme a la definición transcrita, cuando un sujeto obra con el propósito deliberado de irrogar daño a terceros; cuando el principal móvil, de su acción u omisión, es precisamente, el generar perjuicios a la persona o bienes de otro. Señala Alessandri, sobre este tema: “ Si el autor del hecho u omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debía originar el daño, no hay dolo. No basta la conciencia de que se pueda causar un daño, es menester la intención de dañar (artículo 2284.) La intención, según el sentido natural y obvio de esta palabra, es la determinación de la voluntad hacia un fin, el deseo de ver realizada una determinada consecuencia.”

¹³²

La definición legal, no considera el llamado dolo eventual, donde el autor de la conducta, no desea directamente generar un perjuicio, aunque se representa su verificación, como una consecuencia probable de su comportamiento. Desde nuestra perspectiva es indudable que nuestro C.C, contempla un concepto restringido de dolo, que no comprende al dolo eventual. Esta afirmación la sustentamos en la claridad del artículo 44 del C.C. ya citado, su tenor literal no admite dudas, y como sabemos, conforme al artículo 19 inciso^{1º} del C.C, “ cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu .” Por otro lado el Derecho francés, que inspiró en gran medida, como se sabe, a don Andrés Bello, sigue fiel a la forma tradicional de concebir el dolo, esto es, como propósito dirigido a dañar, como malignidad. En nuestra doctrina, con todo, hay

¹³³

algunos autores, como es el caso de Pablo Rodríguez, ¹³³ que sostienen que el C.C. chileno contemplaría el dolo eventual, en su normativa, en particular en el artículo 44, al que hicimos referencia. La opinión de este académico, se funda más que en razones de texto, en argumentos teóricos, que si bien pueden resultar interesantes desde un punto dogmático, contrarían la claridad de las normas legales. Con todo, creemos, siguiendo al profesor Enrique Barros, que la distinción entre dolo directo y eventual carece de importancia práctica si se considera que en el ámbito civil, la culpa grave se asimila al dolo, según el artículo 44 inciso^{2º} del C.C. “ En efecto, -nos señala este autor- la culpa grave se encuentra en la frontera con el dolo y equivale al extremo descuido, que supone exponer a los demás a aquella clase de riesgos que ni aún las personas negligentes están dispuestas a asumir para sí. En materia civil, un descuido de esta magnitud se asimila al dolo, es decir, se le atribuyen los mismos efectos que se imponen al autor cuando el motivo determinante de la acción es el

¹³⁴

resultado dañoso ”

2.2.2.1 Dolo de Acción y Dolo de Omisión

El dolo, como la culpa, puede ser de acción o de omisión, obviamente el primero es mucho más frecuente que el último. El dolo de acción, también llamado positivo, es el que consiste en la ejecución de un hecho, como agredir con un cuchillo a otro, o destruir deliberadamente la propiedad ajena. El dolo es negativo, o de omisión,

¹³² ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 163.

¹³³ RODRÍGUEZ, P. Op. cit.[nota 8] pp. 164 y ss.

¹³⁴ BARROS, E. Op Cit. p. 91.

cuando él se presenta mediante una abstención, como es el caso de un médico que sabiendo que un paciente necesita de modo urgente, un determinado fármaco, no se lo suministra, con el deseo, de que como consecuencia de ello fallezca. “ Para que una omisión o abstención constituya dolo, es menester que su autor, pudiendo o debiendo obrar sin detrimento propio, se abstenga de hacerlo con el deliberado propósito de dañar a otro. Si su acción le ha de irrogar un perjuicio o carece de los medios para realizarla sin exponerse a un peligro, no comete dolo.”¹³⁵

Apreciación del Dolo

El dolo sea de acción o de omisión, se aprecia en concreto, esto es, el juez debe indagar en la subjetividad del agente, en su fuero interno, en su estado de ánimo, para así determinar la intención de dañar. En esta materia, existe una radical diferencia con la culpa, pues ésta, como se dijo, se aprecia en abstracto, recurriendo al patrón del hombre prudente medio, al buen padre de familia.

El Daño

El daño es un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual, esto quiere decir, que es indispensable para que ésta se configure, de la presencia de un perjuicio, de un menoscabo. Sobre este punto existe consenso a nivel doctrinario, dado el tenor de los Arts. 1437 y 2314 del C.C. Chileno. Este último precepto dispone: “ El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. ” Nuestros tribunales de justicia, han acogido plenamente este planteamiento; por ejemplo, una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Chillán, afirmó: “ el daño es un elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual. ”

2.3.1 Concepto de Daño.

Nuestro C.C, no contiene un concepto de daño. El Diccionario de la Real Academia Española, lo define como: “ Efecto de dañar o dañarse .”¹³⁶ A su turno, este prestigioso léxico, entiende por dañar: “ Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia .”¹³⁷ Por otro lado Joaquín Escriche, elaboró una definición similar a las transcritas; para él, daño es un: “ detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona.”¹³⁸

Se ha discutido en el terreno doctrinario, si es que el daño para ser indemnizable, debe recaer necesariamente en un derecho, o si basta que sólo se lesione un interés cierto y legítimo de la víctima. El profesor Barros, sobre esta materia, nos expresa:

¹³⁵ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 167.

¹³⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit. p. 726.

¹³⁷ Ibíd.

¹³⁸ ESCRICHE, J. Op. cit. p. 1784.

“ La opinión dominante es que el daño no sólo se refiere al menoscabo de un derecho, sino también a la lesión de cualquier interés cierto y legítimo de la víctima.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado mayoritariamente en este sentido.”¹³⁹

Con todo, se requiere, conviene insistir en ello, que el interés sea lícito, legítimo, esto es, conforme con la moral y las buenas costumbres. Por ello en nuestros tribunales de justicia, se han rechazado las demandas, en que se solicitaba abono de daños y perjuicios, que se habrían irrogado como consecuencia de la ruptura unilateral del concubinato; o a consecuencia de la muerte de la concubina, por la acción de un hecho ilícito de un tercero. Se ha estimado, por nuestros órganos jurisdiccionales, que estas demandas de la concubina, se fundarían en una situación ilícita, puesto que se estaría invocando la propia inmoralidad, como fundamento de la acción

deducida.¹⁴⁰ Por el contrario, antes de la entrada en vigor de la Ley 19.585, se permitía por nuestra jurisprudencia, que hijos ilegítimos que carecían legalmente del derecho de alimentos, pudiesen demandar una indemnización de perjuicios por el daño irrogado como consecuencia de un delito o cuasidelito civil que había generado el fallecimiento de su padre ilegítimo, a cuyas expensas vivían. Nuestros tribunales estimaron que la pretensión indemnizatoria del hijo no tiene nada de inmoral, puesto que si un padre ilegítimo, contribuye a la manutención de sus hijos, ahora llamados extramatrimoniales, realiza un acto que no es reprochable éticamente.

Certidumbre del Daño

El daño para dar lugar a indemnización, debe ser cierto, real, efectivo, no eventual o hipotético. Se podría discutir si el perjuicio futuro tiene el carácter de cierto o no. Sobre el particular señalan Mazeaud y Tunc: “ importa poco que el perjuicio del que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético

.”¹⁴¹ Compartimos la opinión de estos renombrados tratadistas franceses; con todo creemos, que el juez deberá ser particularmente cuidadoso al establecer la indemnización del daño futuro, pues, se corre el riesgo de indemnizar perjuicios, que no necesariamente se van a verificar, con lo que existe el peligro, de generar un enriquecimiento sin causa, para la supuesta víctima.

Clases de Daños

El artículo 2329 del C.C. establece que “todo daño debe ser reparado” , esta norma ha servido a la jurisprudencia, para fundar, desde temprano, la reparación del daño moral, además claro está, del daño material. Tradicionalmente los daños han sido

¹³⁹ BARROS, E. Op Cit. p. 95.

¹⁴⁰ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 212.

¹⁴¹ MAZEAUD, H y otros Op. cit. [nota 6] p. 301 y 302.

clasificados en dos grandes grupos: a) Daños patrimoniales o materiales y en b) Daños morales o extrapatrimoniales. El principio fundamental que sirve de base en materia de indemnización de los perjuicios extracontractuales, es que ella debe ser íntegra, esto es, debe haber una equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización establecida judicialmente.

2.3.3.1 El Daño Material

El daño material, es el que afecta al patrimonio de la víctima, puede recaer en las personas o en las cosas.¹⁴² Este daño patrimonial se evidencia, mediante la comparación entre el estado y condición económica de la víctima después de ocurrido el delito o cuasidelito civil, y la situación en que hipotéticamente se hallaría en caso, de no haber ocurrido dicho hecho ilícito. El daño material, como enseña el profesor Enrique Barros, se calcula, por ende, en base al principio de la diferencia entre la situación patrimonial efectiva y la hipotética, si no hubiere ocurrido el hecho dañoso.¹⁴³

El daño material puede ser de dos tipos: a) daño emergente y b) lucro cesante. Desde antiguo, la jurisprudencia chilena ha entendido que el artículo 1556, que distingue entre estas dos categorías patrimoniales, es aplicable al ámbito extracontractual, ya que la generalidad de sus términos así lo indica,¹⁴⁴ y además dichos conceptos son, en nuestra opinión, indispensables para fijar adecuadamente la indemnización en el ámbito delictual.

El daño emergente, según el profesor Alessandri, es: “ la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio .”¹⁴⁵ Por su parte Pablo Rodríguez, lo define como: “ 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.”¹⁴⁶ Son claros ejemplos de daño emergente, los costos de hospitalización y de atención médica que se generan como consecuencia de un accidente automovilístico, en que el responsable de ellos ha actuado con culpa o dolo.

El lucro cesante, según el profesor Alessandri es: “ lo que [se] dejó ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito .”¹⁴⁷ Hernán Corral, lo define como: “[La] frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso .”¹⁴⁸ Nuestra jurisprudencia, refiriéndose al lucro cesante ha afirmado: “ la característica de esta clase de daño se produce

¹⁴² ALESSANDRI, A. Op. Cit. [nota 7] p. 221.

¹⁴³ BARROS, E. Op Cit. p. 99.

¹⁴⁴ CORRAL, H. Op. cit. p. 148.

¹⁴⁵ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 547.

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ, P. Op. Cit. [nota 8] p. 291.

¹⁴⁷ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 547.

¹⁴⁸ CORRAL, H. Op. cit. p. 148.

por lo que el actor deja de percibir como consecuencia del hecho ilícito.”¹⁴⁹ El juez, al establecer el monto de la indemnización por lucro cesante, debe considerar los beneficios o utilidades realmente probables y no las meramente posibles. Si se trata de un accidente que genera daños corporales, por ejemplo, el lucro cesante se establecerá en base de lo que ganaba o podía ganar la víctima, atendidas su

edad, condiciones físicas o morales,¹⁵⁰ su capacidad intelectual y profesional, etc. En rigor, la determinación del lucro cesante considera un grado razonable de probabilidad en la generación de ingresos futuros, y obedece a una proyección del curso normal de los acontecimientos, atendidas las condiciones peculiares de

la víctima.¹⁵¹ Hay casos en que la probabilidad de generación de beneficios económicos, es rayana en la certeza, como ocurre en el caso del dinero; en tal hipótesis, el lucro cesante será igual al interés pecuniario que la víctima habría obtenido de no mediar el hecho generador de responsabilidad delictual.

Podemos afirmar, que la determinación del daño emergente es más fácil, que la estimación del lucro cesante, puesto que el primero se refiere a una pérdida patrimonial que ya se ha verificado, y que por lo mismo, presenta más certidumbre que el lucro cesante, que alude a perjuicios que no se han producido en el momento en que el juez hace la evaluación de ellos. No vaya a pensarse que el lucro cesante, alude a perjuicios inciertos; lo que pasa es que los daños comprendidos en el lucro cesante, son de más difícil estimación pecuniaria, puesto que le resulta arduo a la autoridad jurisdiccional, fijar o precisar con plena seguridad, el monto de perjuicios futuros. Hernán Corral, refiriéndose a esta materia, nos señala: “ El lucro cesante es un daño que presenta dificultades de precisión, aun cuando se trate de perjuicios patrimoniales, ya que se trata de daños derivados de una previsión hipotética. El juez debe ser cauto para que esta partida no se transforme en una indemnización no fundamentada, sobretodo cuando se reclama por la pérdida de ganancias derivadas de muerte, lesiones corporales o discapacidades. En todo caso, lo indemnizable es el lucro frustrado en cuanto renta líquida, es decir, descontando los recursos que el perjudicado hubiera debido invertir para producir la ganancia .”¹⁵²

En la práctica jurisprudencial chilena el lucro cesante es determinado, principalmente, a través de presunciones e informes de peritos.

2.3.3.2 El Daño Moral

La temática del daño moral, es sin lugar a dudas, una materia particularmente relevante, en la dogmática jurídica y jurisprudencia actual. A este tema los autores le asignan particular importancia en la elaboración de tratados o manuales, y este asunto está lejos de haber sido desarrollado en todos sus aspectos relevantes. Temas como su definición, los elementos que comprende y el establecimiento de sus límites, es tarea aún inconclusa y polémica.

¹⁴⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1971. Santiago, Chile. Tomo LXVIII.

Sección 1°. p. 1.

¹⁵⁰ ALESSANDRI, A. Op. Cit. [nota 7] p. 551

¹⁵¹ BARROS, E. Op. cit. p. 101.

¹⁵² CORRAL, H. Op. cit. p. 148 y 149.

Concepto y Funciones del Daño Moral

El profesor Enrique Barros define el daño moral como: “ el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en

su calidad de vida .¹⁵³ ” Por su parte René Abeliuk, nos da el siguiente concepto:

“ el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de

afección, etc .¹⁵⁴ ” Hernán Corral, nos señala, sobre este tema: “ El daño moral es tradicionalmente conceptualizado como la molestia o dolor, no apreciables en

dinero .”¹⁵⁵ Es interesante también, un concepto de daño moral, elaborado por nuestra jurisprudencia, en una reciente sentencia: “ El daño moral es el sufrimiento o

aflicción psicológica que lesiona el espíritu y se manifiesta en dolores e inquietudes

espirituales y pesadumbres .¹⁵⁶ ”

”

En el ámbito extracontractual chileno, la doctrina y jurisprudencia nacionales coinciden unánimemente en sostener que los daños morales se reparan, o mejor dicho se compensan, mediante una suma de dinero establecida por los tribunales respectivos. En sede contractual, en cambio, subsiste la discusión acerca de si procede o no su indemnización, como consecuencia de la generación de responsabilidad en este ámbito.

Debemos señalar que en la dogmática jurídica y jurisprudencia nacional y extranjeras, no siempre se ha entendido que deba indemnizarse el daño moral. En una primera etapa -que en Chile, es anterior a la segunda década del siglo XX- se entendía que el daño moral no era indemnizable, puesto que, se afirmaba, era imposible su determinación exacta. En el ámbito comparado, también se elaboraron argumentos, que tenían por objeto obstar al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales. Se adujo, por ejemplo en Francia, además de su dificultosa estimación, el que las indemnizaciones fundadas en él, importaban degradar los bienes jurídicos envueltos, además de contravenir los principios que rigen la indemnización de perjuicios, que se aseguraba, se referían sólo al ámbito patrimonial.

¹⁵⁷

Estos argumentos en la actualidad han perdido fuerza; en primer lugar, porque se entiende, por una parte de la doctrina, que la indemnización que se entrega por concepto de daño moral, persigue un fin compensatorio, no en rigor, reparatorio. Sobre este punto el profesor Barros, nos expresa: “ la indemnización por daño moral presenta caracteres diferentes a la que se concede por daños patrimoniales, que, según se ha dicho, persigue recomponer, mediante una reparación en dinero, la situación patrimonial que tendría la víctima de no haber ocurrido el accidente. Tratándose del daño moral o extrapatrimonial, en cambio, aquello que se pierde o deteriora no tiene un valor de intercambio que pueda servir para reparar la pérdida por equivalencia. En este caso, la indemnización sólo puede tener una función

¹⁵³ BARROS, E. Op. cit. p. 102.

¹⁵⁴ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 232.

¹⁵⁵ CORRAL, H. Op. cit. p. 149.

¹⁵⁶ GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. (216) p.198.

¹⁵⁷ MAZEAUD, H y otros Op. cit. [nota 6] pp. 436 y 437.

compensatoria del daño con un beneficio.”¹⁵⁸ Por otro lado ha habido avances de importancia en la consideración que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos de la personalidad, como son, por ejemplo: la vida, el honor, la integridad física, entre otros.

Además de la función compensatoria que se asigna al daño moral, los tribunales de justicia chilenos, han entendido que la indemnización que se entrega por este concepto cumple funciones retributivas. Esto quiere decir que, en la estimación del quantum indemnizatorio, no sólo se consideran las aflicciones, dolores o malestares sufridos por la víctima, esto es, la lesión a derechos o intereses legítimos extrapatrimoniales, sino también el grado de culpa en que ha incurrido el autor del

daño y las facultades económicas del ofensor y la víctima.¹⁵⁹ Sobre este punto el profesor Barros nos señala: “ del análisis de la jurisprudencia parece desprenderse que el objeto de la indemnización del daño moral no sólo es compensar por aquello que no puede restituirse, sino además, retribuir el mal causado mediante la aplicación de una sanción civil .”¹⁶⁰

Existe abundante jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, en que se han considerado criterios como los señalados, y en los que, por ende, se ha aumentado el monto de la indemnización por daño moral.¹⁶¹

Creemos que el considerar, en la indemnización del daño extrapatrimonial, factores como: el poder económico del autor del daño y la víctima, el grado de culpa en que ha incurrido el ofensor o si ha obrado con dolo, contribuyen de modo considerable a moralizar el derecho, ya que éste no puede ser por completo ajeno a consideraciones éticas o valóricas. Por otro lado el aumentar el quantum indemnizatorio, teniendo en cuenta los factores señalados contribuye a que las personas sean más cuidadosas en su trato hacia los demás, ya que si son, por ejemplo, extremadamente descuidadas (culpa grave), o si su conducta es dolosa, mayor será la indemnización que deberán pagar por concepto de daño moral. Por esta razón y por otras que examinamos en su oportunidad (párrafo 2.2.1.1), creemos que la clasificación tripartita de la culpa del artículo 44 del C.C. chileno, recibe aplicación en materia extracontractual, ya que dicha norma, contiene categorías particularmente útiles, para establecer el nivel de negligencia en que se ha incurrido, y con ello el nivel de reproche que se puede efectuar al autor de daños extracontractuales.

Intereses o Derechos Comprendidos en la Indemnización del Daño Moral

¹⁵⁸ BARROS, E. Op. cit. p. 110.

¹⁵⁹ Op Cit. p. 120.

¹⁶⁰ Op. cit. p. 111.

¹⁶¹ Véase por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de Octubre de 1961, en que se considera, para establecer la indemnización por daño moral, las facultades económicas de la demandada y las ofensas en que se incurrió, en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1962. Santiago, Chile. Tomo LIX. Sección 4°. p. 25. Véase también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de Julio de 1925, publicada en la REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1929. Santiago, Chile. Tomo XXVI. Sección 1°. p. 141, en que se consideró por el tribunal: “el grado de culpabilidad de los autores.”

Es tarea aún inconclusa, el determinar con absoluta precisión todos los intereses y derechos, que al ser lesionados habilitan al perjudicado, para solicitar su reparación invocando daños morales. Siguiendo al profesor Enrique Barros, podemos clasificarlos de la siguiente manera:

Atributos de la personalidad como la honra, el honor, la intimidad o la propia imagen, cuyo menoscabo involucra aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales.¹⁶²

Intereses relacionados con la integridad psíquica y física, tales como: el dolor físico, los perjuicios estéticos o de agrado. Cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida afectiva, familiar o sexual, los daños que afectan a la autoestima a consecuencia de lesiones, o de pérdida de miembros; y los llamados perjuicios de afección, ocasionados por el sufrimiento, o fallecimiento de un ser querido.¹⁶³

Intereses relacionados con la calidad de vida en general, como son por ejemplo, algunos daños ecológicos, ruidos molestos, malos olores, etc.¹⁶⁴ Respecto de este aspecto de la indemnización por daño moral, como en otros con vinculación patrimonial, se plantea hasta donde los daños que unos a otros nos provocamos, deber ser compensados pecuniariamente. Es obvio que el vivir en sociedad, conlleva ciertos malestares que son consubstanciales a la vida gregaria del hombre y que, por ende, no debiesen dar lugar a reparación. Creemos que el elemento que determina que un daño deba ser resarcido es la relevancia del perjuicio y su ilicitud. En principio, cualquier daño de significación y perpetrado mediando culpa leve, grave o dolo, debiese habilitar para demandar indemnización de perjuicios.

2.3.3.2.3 Características Relevantes del Daño Moral, en Nuestro Derecho.

Se ha discutido en nuestro ordenamiento jurídico acerca de si el daño moral requiere o no de prueba. Hernán Corral, por ejemplo, sostiene que el daño moral debe ser acreditado en juicio, claro que la actividad probatoria que a él se refiere debe acomodarse a su naturaleza especial.¹⁶⁵ Enrique Barros, en cambio, sostiene la tesis de que el daño moral no requiere de prueba, dado que las aflicciones de este tipo no pueden ser objeto de una cuantificación precisa y exacta.¹⁶⁶ Nosotros pensamos, que el daño moral en principio debe ser probado, salvo que su verificación sea evidente para la autoridad judicial, como es el caso del dolor que provoca para una madre la muerte de un menor que vive con ella, como consecuencia de un hecho ilícito de un tercero. En las hipótesis en que la existencia de este daño no sea evidente para el juez, se deberán rendir probanzas tendientes a acreditarlo. Con todo, esta actividad probatoria deberá ser menos rigurosa que la prueba de los perjuicios materiales, dada la especial naturaleza de los intereses lesionados, que no pueden ser establecidos ni determinados de manera exacta.

¹⁶² BARROS, E. Op Cit. p.104.

¹⁶³ Op. Cit p. 104 y 105.

¹⁶⁴ Op. cit. p. 106.

¹⁶⁵ CORRAL, H. Op. cit. p. 166 y 167.

¹⁶⁶ BARROS, E. Op. cit. p. 118, 119 y 121.

Un aspecto digno de ser enunciado en lo referente al establecimiento de las indemnizaciones por concepto de daño moral, es el que nuestros tribunales difieren significativamente en el otorgamiento de prestaciones pecuniarias fundadas en él. Así, un examen atento de nuestra jurisprudencia, pone de manifiesto la ausencia de homogeneidad en los criterios para establecer su compensación. Es indudable, como se señaló en líneas atrás, que los jueces chilenos consideran el tipo y magnitud del daño experimentado por el ofendido, las condiciones económicas de la víctima y victimario y la gravedad de la culpa, pero en la evaluación efectiva de estos daños se observa una desemejanza considerable; por ello, el quantum indemnizatorio, en lo que respecta a estos daños es muy disímil.

En materia de perjuicios, tanto materiales como morales, sólo se indemnizan los que tengan el carácter de directos, esto es, los que sean una consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito.

La Relación de Causalidad

Este requisito, no se encuentra establecido expresamente en el C.C. chileno; su existencia, con todo, se deriva de varios de sus preceptos. El artículo 2.314, por ejemplo, señala que el delito o cuasidelito civil para configurarse, debe haber “ inferido daño a otro ”; por su parte, el artículo 2.318, dispone que : “ el ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito. ” El artículo 2319, se refiere a los “ daños causados ” por los inimputables, etc. En algunas leyes especiales, se ha consignado expresamente este presupuesto de la responsabilidad civil: v.gr., el artículo 14 inciso 1°, de la Ley sobre Procedimiento ante los juzgados de Policía Local (Ley 18.287), dispone: “ El solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido. ” Norma similar encontramos en el artículo 52, inciso 2° de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300): “ sólo habrá lugar a la indemnización (...) si se acreditaré relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido .”

El tema de la relación de causalidad es, sin dudas, una de las materias más complejas dentro de la dogmática civil. Si bien se han elaborado varias teorías a su respecto, ninguna de ellas ha logrado resolver de manera rigurosa y precisa todas las hipótesis que se han verificado en la praxis jurídica. Por ello, puede resultar conveniente combinar varias de ellas, para dar una solución justa a cada caso concreto que deba ser resuelto por nuestros tribunales de justicia.

2.4.1 Concepto. Elementos Naturalístico y Normativo de la Relación Causal

Según el profesor Pablo Rodríguez la relación de causalidad es: “ el vínculo que encadena un hecho (acción u omisión) con un resultado que se presenta como consecuencia directa, necesaria y lógica de aquél .”¹⁶⁷

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ, P. Op. cit.[nota 8] p. 370.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales, han entendido que la causalidad exige que entre el hecho dañoso o culpable y el daño exista una relación necesaria y directa. Si bien estos conceptos pueden resultar poco precisos para resolver casos complejos, tienen el mérito de destacar los factores determinantes

de la causalidad: el elemento naturalístico y el normativo.¹⁶⁸ Por un lado se exige una relación natural de causalidad, que se expresa en un vínculo de causa a efecto. Por otro, es necesario que el daño sea atribuible normativamente al hecho ilícito. En general, el determinar que un hecho es la causa, en sentido material o natural, de un resultado nocivo no presenta graves dificultades. Donde se presentan los problemas, es en el considerar qué daños que se siguen de un hecho ilícito son atribuibles normativamente a éste.

2.4.1.1 Elemento Naturalístico

Tradicionalmente nuestra doctrina y jurisprudencia han considerado suficiente para dar por acreditada la relación de causalidad, el que un determinado hecho sea

condición necesaria del daño,¹⁶⁹ esto es, que de no haber mediado la acción u omisión, no se habrían producido los perjuicios. Esta teoría se conoce como de “la equivalencia de las condiciones” o “condictio sine qua non.” Esta postura dogmática fue elaborada por el jurista alemán Von Buri, en la segunda mitad del siglo XIX. Es la doctrina a la que adhiere un sector importante de la jurisprudencia francesa y

buen parte de los autores de dicho país.¹⁷⁰ Esta teoría plantea que todas “ las causas son equivalentes, en la medida que individualmente sean condición necesaria

para la ocurrencia del resultado dañoso .”¹⁷¹ Así un daño tendrá tantas causas como hechos hayan sido indispensables para su verificación. Para determinar si un hecho es condición necesaria basta intentar su supresión hipotética. Si eliminado mentalmente el hecho, los perjuicios no se producen, de ello se sigue que tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida.¹⁷²

Cada causa, en sí misma, es estimada como idónea para la generación de todo el daño producido, de lo que se colige, que si en un resultado perjudicial han intervenido varios fenómenos causales que han coadyuvado en su generación, se entiende que todos ellos individualmente considerados, son causa de ese daño. Esta teoría lleva en su utilización práctica, a excesos injustificables dogmáticamente. Se ha dicho, respecto a ella que, de seguir rigurosamente sus postulados: “ correspondería -por ejemplo- castigar como coautor de adulterio no sólo al varón que yace con la mujer casada con otro hombre, sino también al carpintero que hizo la cama .”¹⁷³

¹⁶⁸ BARROS, E. Op Cit. p. 124 y 125

¹⁶⁹ Op. cit. p. 128.

¹⁷⁰ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 237.

¹⁷¹ BARROS, E. Op. cit. p. 128.

¹⁷² Ibíd.

¹⁷³ ALTERINI, A. Citado por RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 8] p. 376.

Mas allá de la ironía, es obvio que la doctrina civilista ha tenido, que hacer considerables esfuerzos por elaborar algunos planteamientos dogmáticos que han tenido por fin, el detener la cadena causal de daños reparables; esto es, restringir la extensión de los perjuicios que se pueden atribuir a un delito o cuasidelito civil.

Con todo, es preciso señalar, que la teoría de la equivalencia de las condiciones establece, el requisito básico para dar por establecida la causalidad: sin el elemento naturalístico, es imposible dar por configurada dicha relación causal. Pero, y esto es lo crucial, para atribuir normativamente un resultado dañoso a una acción u omisión, es menester recurrir, a otros planteamientos doctrinarios, que se han elaborado con ese fin. Respecto de esta materia, el profesor Barros, nos expresa: “ el establecimiento del hecho como condición necesaria del daño es un requisito mínimo para dar por establecida la causalidad, permitiendo excluir la responsabilidad en aquellos casos en que no existe conexión natural alguna entre el hecho culpable y el daño. Sin embargo, la causalidad relevante para el derecho no se agota en ese elemento naturalístico, sino exige, además, que el daño sea directo .”¹⁷⁴

2.4.1.2 Elemento Normativo

Tanto la doctrina como la jurisprudencia chilenas, coinciden en señalar, que los daños indemnizables en materia extracontractual son sólo los directos, jamás los indirectos. Algunos llegan a esta conclusión, por estimar que el artículo 1.558, se aplica tanto al ámbito contractual como al delictual o cuasidelictual.

Como se dijo anteriormente, para que un perjuicio pueda ser atribuido a un hecho, debe haber una conexión de causa a efecto entre ambos. Con todo, ese examen es dogmáticamente insuficiente: ya que para la doctrina, además, resultan indispensables, el establecer criterios, para saber cuando un daño debe conectarse racional y jurídicamente a un determinado comportamiento ilícito. Para estos efectos la ciencia del Derecho Civil ha elaborado un conjunto de teorías que persiguen dicho propósito. Procederemos en los párrafos siguientes a su examen:

2.4.1.2.1 Teoría de la Causa Próxima

Este planteamiento dogmático parte del supuesto que de la observación de la realidad se advierte que habitualmente, el último de los sucesos que intervienen en la generación de un daño, es el que tuvo la influencia más determinante en la generación de éste. Lo importante por ende, es individualizar este último acontecimiento que desde un punto de vista cronológico ha precedido al resultado dañoso.

Esta teoría, atribuida a Francis Bacon (*Maximes of Law*), tuvo su auge en el derecho inglés. En la actualidad ha sido abandonada, puesto que en su aplicación a casos concretos lleva a situaciones injustas. Clásico es, en los manuales de derecho civil, un ejemplo, que la pone en entredicho: si una persona, dolosa o culpablemente, sustituye un remedio que debía suministrársele a un enfermo, por una sustancia venenosa, sin conocimiento de la enfermera, quien con posterioridad la administra a dicho paciente, el cual como consecuencia de ello fallece, en principio y por aplicación de esta doctrina, quien debiese responder sería la enfermera, y no el autor del cambio del medicamento, puesto que ella desde un punto de vista temporal, actuó con más cercanía a la muerte del enfermo. Esta solución es obviamente injusta, pues

¹⁷⁴ BARROS, E. Op. cit. p. 130.

dicha funcionaria de la salud actuó de modo irreprochable, desde un punto de vista ético.

Teoría de la Causa Adecuada

Esta teoría, que cuenta en la actualidad con gran aceptación, fue elaborada en

Alemania por Von Kries, en la segunda mitad del siglo XIX.¹⁷⁵ Según ella la atribución jurídica de un daño a un hecho, supone que éste sea generalmente idóneo para producir esas consecuencias nocivas. Si desde la perspectiva de un observador objetivo, la verificación de los perjuicios es una consecuencia verosímil de esa acción u omisión, entonces se puede dar por establecida una relación de causa adecuada (y el daño, en nuestra terminología, resulta ser directo) y habrá lugar, por ende, a

responsabilidad civil.¹⁷⁶ La causa no tiene el carácter de adecuada, cuando en la generación de los perjuicios han intervenido factores que alteran el curso normal de los acontecimientos. La doctrina, en examen “recurre -como se dijo- a la figura del observador externo que debe juzgar ex-post cuáles daños pertenecen al desarrollo natural de los acontecimientos y cuales a circunstancias extraordinarias que alteran sustantivamente el curso causal e impiden efectuar esa atribución.”¹⁷⁷

Para ayudar a clarificar esta teoría, resulta conveniente hacer mención a un ejemplo elaborado por Endemann y relatado por Pablo Rodríguez, en su libro sobre la materia: A da a B un ligero golpe en el cráneo, insuficiente para provocar el más mínimo daño a una persona normal, pero apto para provocar la muerte de B, debido a que padece una extraña debilidad en los huesos de su cráneo, que se fracturan como consecuencia de esa acción y dañan irremediamente su cerebro. Resulta obvio, que dicho efecto, la muerte de B, escapa a las consecuencias normales del

ligero manotazo dado por A.¹⁷⁸ Por ende y por aplicación de esta teoría, este no debiese hacerse cargo pecuniariamente de dicho fallecimiento, pues el daño no sería directo jurídicamente hablando.

Teoría de la Causa más Eficaz o más Activa

Este enfoque doctrinario pretende determinar aquella causa, de las varias que han concurrido en la generación de un daño, que ha tenido una mayor incidencia en la generación de él. Por ejemplo, si un individuo resulta levemente lesionado como consecuencia de un puntapié recibido en un partido de fútbol, y para calmar el dolor y la hinchazón que presenta, concurre a un servicio de urgencia, donde, en vez de suministrarle un medicamento apropiado, le colocan una inyección indebida, que en vez de mitigar sus dolencias, le genera serias complicaciones neurológicas, que se ven intensificadas, por el hematoma sufrido, es obvio que la causa más eficaz o activa de esos problemas generados, es la colocación del medicamento erróneo y no, el golpe sufrido.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 8] p. 382.

¹⁷⁶ BARROS, E. Op. cit. p. 133.

¹⁷⁷ Op. Cit p. 134.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ, P. Op. Cit. [nota 8] p. 382.

Esta teoría es criticada por la doctrina, puesto que en muchos casos resulta particularmente difícil el determinar, cual causa entre muchas, tuvo una mayor influencia en la generación de un daño.

Teoría del Seguimiento o de la Impronta Continua de la Manifestación Dañosa

Resulta indudable que esta postura dogmática complementa muy bien a la teoría de la causalidad adecuada. Su formulación parte del supuesto de que no presenta gran complejidad el establecer la relación de causalidad, conforme a la teoría recién señalada, cuando en la generación del daño, han concurrido varios hechos de modo coetáneo. Donde surgen las dificultades, es en determinar este nexo de causalidad jurídico, frente a actuaciones escalonadas en el tiempo. Si por ejemplo, una persona herida como consecuencia de un disparo descerrajado dolosamente por otra, es llevada a un centro hospitalario, donde un grupo de médicos proceden a realizar una serie de largos y complejos procedimientos quirúrgicos, los cuales no permiten salvar su vida, es obvio que resultará difícil el determinar con precisión la causa en sentido jurídico del daño, puesto que después del disparo han intervenido un número importante de actuaciones de facultativos médicos, cuya diligencia y rigurosidad profesional, resultan difíciles de determinar acabadamente. Es en casos como este, donde la teoría del seguimiento, resulta útil. Jorge Bustamante, sobre esta materia nos señala: “ Dice el autor de esta teoría -Dejean De La Batie- que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura en la cadena causal

¹⁷⁹ .” En el ejemplo propuesto, debe partirse de la muerte del occiso -en otros casos del daño patrimonial o de otro tipo- e ir retrocediendo en el curso de los fenómenos causales, hasta llegar a una conducta constitutiva de dolo o culpa, para efectuar la atribución de esos perjuicios al autor de ese comportamiento ilícito (en el caso propuesto sería el autor de los disparos.) Respecto de esta actuación, corresponde aplicar la teoría de la causalidad adecuada para establecer la extensión de los perjuicios que de él se derivan, y de los que debe responder su autor.

Prueba de la Relación Causal

Los hechos que configuran la relación causal deben ser probados por el actor, porque se trata de aquellos invocados para dar por probada una obligación indemnizatoria (artículo 1.698 del C.C). La carga de la prueba, por ende, se extiende a la acreditación de que el hecho es condición necesaria del daño (causa en sentido estricto) y a las circunstancias de facto que permiten calificar los perjuicios como directos

¹⁸⁰ (imputación jurídica del daño al hecho.)

Respecto de la prueba de la relación causal, no rigen las limitaciones de acreditación a través de la prueba de testigos, que establecen los artículos 1708 y 1709 del C.C., puesto que no se está pretendiendo probar un acto jurídico.

¹⁷⁹ BUSTAMANTE, J. 1995. Responsabilidad Civil y Otros Estudios. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. p. 170

¹⁸⁰ BARROS, E. Op. Cit. p. 140 y 141.

Concurrencia de Culpa de la Víctima

Puede ocurrir que en la verificación de un daño no sólo haya contribuido a la generación de éste el hecho culpable o doloso de un tercero, sino también el actuar negligente de la propia víctima. Piénsese por ejemplo, el caso de una persona que es lesionada en un choque por otro vehículo, que no ha respetado un disco pare. Si el conductor del vehículo embestido, no llevaba puesto el cinturón de seguridad, y como consecuencia de ello, los daños corporales producto de la colisión son mayores, resulta obvio que las lesiones que ha sufrido la víctima, resultan de la unión de la culpa o dolo del conductor del vehículo que no se detuvo, y también de la persona que no utilizó el cinturón de seguridad. Es evidente, que en casos como el descrito, el tercero autor de la conducta ilícita, no deba soportar la plena reparación de los perjuicios. El artículo 2.330 del C.C., nos señala, sobre el particular: “ La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente .” Quedará a criterio de nuestros tribunales, el establecer cual de las acciones, si la del tercero o la víctima, ha tenido mayor influencia en la generación de los perjuicios. Hay fallos emanados, de nuestros órganos jurisdiccionales, que han considerado el artículo 2.330, para resolver casos de daños extracontractuales.

181

2.5 Conclusiones a los Capítulos Primero y Segundo

Creemos que dadas las peculiaridades del Derecho del Trabajo y de las relaciones de dependencia o subordinación que se originan bajo su imperio, la estructura jurídica ya analizada de la responsabilidad extracontractual, en todas sus variantes (sistema de culpa probada, presunciones de culpa, e incluso la teoría del riesgo), no logran satisfacer de un modo justo y equitativo las demandas indemnizatorias de las víctimas dañadas ilícitamente en la esfera del Derecho Laboral. Sabemos que conforme al sistema clásico de responsabilidad civil extracontractual –que rige en la gran mayoría de las hipótesis civiles de daños- es el afectado por un perjuicio antijurídico quien debe acreditar un comportamiento doloso o culpable del autor de dichos menoscabos; esta prueba que es particularmente difícil tratándose de sujetos que participan de una relación civil, donde impera, al menos en teoría, el criterio de igualdad económica de los intervinientes, es aún más gravosa para los trabajadores que se encuentran, en principio, en una posición debilitada frente al del empleador, que cuenta con mayores medios económicos para defenderse jurídicamente de las demandas deducidas por sus dependientes.

Creemos que el estatuto extracontractual, con todo, recibe aplicación en las relaciones que se desarrollen entre el potencial o ex empleador y dependiente, y que se verifiquen con anterioridad al perfeccionamiento del contrato del trabajo, o con posterioridad a su terminación, pues en rigor en esas “etapas jurídicas” no existe, técnicamente, un contrato de trabajo. Esta es la opinión, entre otros, del laboralista

¹⁸¹ Véanse por ejemplo las siguientes sentencias: REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1969. Santiago, Chile. Tomo LXVI. Sección 4°. p. 339 y REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1980. Santiago, Chile. Tomo LXXVII. Sección 4°. p. 95.

182
argentino Antonio Vázquez Vialard¹⁸², cuyas opiniones sobre este tema serán analizadas en los párrafos 3.1.1.2 y 3.1.1.3

Por otro lado, el sistema de culpa presumida, que presenta indiscutibles ventajas para la víctima, frente al sistema clásico de responsabilidad, no puede ser invocado, a nuestro juicio, en todos los casos relevantes de daños en el ámbito laboral. Esto por una razón muy simple: esta inversión del *onus probandi*, se justifica en hipótesis específicas en que el perjuicio puede ser atribuido *prima facie* a dolo o culpa. No todos los daños laborales que se provoquen puede ser imputados, como es obvio, a un actuar indebido del empleador, ya que muchos de ellos son una consecuencia estadísticamente inevitable de los procesos productivos.

Desde nuestra perspectiva la teoría del riesgo tampoco puede ser utilizada ampliamente en el ámbito laboral, pues ello importaría poner de cargo del empleador o empresario una carga patrimonial particularmente gravosa, que desincentivaría el emprendimiento económico de estos importantes actores sociales.

¹⁸² VAZQUEZ, A. 1988. La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. pp. 155 y ss. y 743 y ss.

CAPITULO III RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

3.1 Introducción al Capítulo

En general, el tratamiento de la responsabilidad contractual presenta menos desacuerdos doctrinarios y jurisprudenciales que la responsabilidad extracontractual; esto debido, entre otras razones, a que existe entre deudor y acreedor un vínculo previo de naturaleza convencional que regula sus relaciones mutuas, y que ayuda a entender, con bastante facilidad, el propósito jurídico y económico perseguido por ambos. Por otro lado, las normas legales que la regulan dejan menos dudas para resolver problemas prácticos, que los preceptos que se refieren a la responsabilidad aquiliana. Subsisten, con todo, algunas discrepancias y problemas de interés dogmático respecto a la responsabilidad contractual: por ejemplo, aún no existe absoluta claridad si es que en este ámbito deben o no indemnizarse los daños morales derivados del incumplimiento obligacional. Por otro lado se discute qué ocurre en hipótesis en que un tercero ajeno a un contrato experimenta un daño derivado de una inejecución contractual. Piénsese, V.gr. en una persona atropellada por el conductor de un vehículo, que fue mal reparado en un taller mecánico y que como consecuencia de ello se produjeron los desperfectos que ocasionaron el accidente.

Grosso modo, podemos afirmar que existe responsabilidad contractual cuando el deudor ha incumplido su obligación convencional, la ha ejecutado imperfectamente o la ha satisfecho de modo tardío. Es por esto que Pablo Rodríguez, la define como: “ la imposición de una conducta de reemplazo que surge cuando se ha dejado de cumplir o se ha cumplido imperfectamente una obligación preexistente de carácter contractual, y que tiene por objeto restaurar los intereses afectados y reparar los perjuicios que puedan haberse seguido de ello .”¹⁸³

Con relación a los presupuestos de la responsabilidad contractual existe un importante grado de consenso entre los autores. Por ejemplo, Henri y León Mazeaud y André Tunc, exigen como requisitos para que ella se configure: El que exista un contrato; que sea válido, (sin perjuicio de la responsabilidad en caso de contrato nulo) y que el contrato se haya concluido entre el responsable y la víctima.¹⁸⁴

Para Georges Ripert y Jean Bolanger, la responsabilidad del tipo descrito supone una falta, que consiste en una violación de una obligación previa; además, resultan indispensables un daño y una relación causal entre la falta y los perjuicios.¹⁸⁵

Para el tratadista español Mariano Izquierdo, los requisitos de la responsabilidad en análisis son: la existencia de un contrato, que este contrato sea válido, que vincule al

¹⁸³ RODRÍGUEZ, P. 2003. Responsabilidad Contractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 29 y 30.

¹⁸⁴ MAZEAUD, H y otros. Op. cit. [nota 6] pp. 153 y ss.

¹⁸⁵ RIPERT, G. Y BOULANGER, J. 1963. Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires, Editorial La Ley. p. 47

responsable con la víctima y, que el daño se derive del incumplimiento del contrato.

186

3.2 Presupuestos de la Responsabilidad Civil

Para nosotros, los presupuestos de la responsabilidad contractual, en el derecho chileno, son:

1. Existencia de un Contrato.
2. Inejecución de la Conducta Convencional Debida.
3. La Relación de Causalidad.
4. El Daño.

Existencia de un Contrato

Para que exista responsabilidad contractual, debe existir, como es obvio, un contrato, definido en el artículo 1438 del C.C, como: “ un acto por el cual una parte se obliga

para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa .”¹⁸⁷ Para que este contrato, pueda generar obligaciones de un modo estable, resulta indispensable que cumpla con los requisitos de existencia y validez, que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico: en el primer caso para que este acto jurídico, nazca a la vida del derecho y en el segundo para que tenga una existencia sana; no expuesta a invalidación.

Aunque a primera vista resulta fácil el determinar si existe o no un contrato, hay veces en que el establecer esta cuestión, presenta alguna dificultad. Este problema

se ha suscitado a propósito de los llamados contratos benévolos.¹⁸⁸ Se discute, por ejemplo, si una persona que decide ir a dejar en automóvil a un amigo a su casa, sin que medie un pago por dicho traslado, se hace responsable de los daños que se puedan generar como consecuencia de un choque. En una hipótesis como

¹⁸⁶ YZQUIERDO, M. Citado por RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 25.

¹⁸⁷ El contrato individual de trabajo, es definido en el Artículo 7° del Código del Trabajo como: “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.” Este negocio jurídico presenta algunas características, que señalan los profesores William Thayer y Patricio Novoa y que conviene destacar. En primer lugar es una convención de derecho privado; personal, (pues la obligación del dependiente es prestar “servicios personales”); este contrato es además bilateral, (rasgo a nuestro juicio de particular relevancia, pues determina el estándar de comportamiento exigible a los sujetos de la relación laboral en lo referente a las obligaciones de carácter patrimonial que de él se deriven); es por otro lado, una convención onerosa (pues genera utilidad para ambas partes); es también conmutativa; es un contrato principal y nominado. Otra particularidad destacable es que es un contrato dirigido, esto es, una convención donde parte importante de su contenido prescriptivo es determinado heterónomamente por el legislador, para proteger los intereses de los trabajadores, que son considerados por el Derecho Objetivo como los sujetos más débiles de la relación laboral. Es además un contrato de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea, ya que las obligaciones que de él nacen se desarrollan y cumplen en forma continuada y sucesiva en el tiempo. Es por último, un contrato consensual. THAYER, W. y NOVOA, P. 1987. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 93 y ss.

¹⁸⁸ MAZEAUD, H. y otros. Op. cit. [nota 6] p. 154 y ss.

la descrita, se debate si la eventual obligación de indemnizar los perjuicios sufridos, tiene su fuente en un contrato de transporte celebrado entre las partes, o se deriva de las reglas de responsabilidad extracontractual; y en el evento de ser contractual la obligación reparatoria, surge la duda de si responderá el conductor del vehículo sólo de culpa grave, por beneficiar la convención exclusivamente al amigo transportado, o si en cambio, se hará responsable de la culpa leve. Desde nuestra perspectiva, lo que determina la existencia de un contrato, es el deseo de contraer obligaciones convencionales, aunque, en muchos casos no se tenga plena conciencia de estar celebrando un contrato. En la vida cotidiana las personas perfeccionan multitud de estos acuerdos sin tener plena noción de que están participando con su voluntad en la generación de un negocio jurídico. Piénsese, que cuando adquirimos la más insignificante golosina, estamos conviniendo un contrato.

En el ámbito del Derecho del Trabajo se ha suscitado una interesante discusión referente a establecer si en las relaciones jurídicas regidas por esta disciplina, lo fundamental es el contrato o la relación laboral. Un sector de la doctrina, se manifiesta partidaria de que el vínculo entre empresario y dependiente, surja de la incorporación de éste a la empresa, sin que sea indispensable para que ello ocurra, de la existencia de un contrato de trabajo; otros autores, piensan que este último, sería una suerte de acto preparatorio para la perfección de este enlace regido por el derecho del trabajo, que involucra como sabemos, aspectos de carácter patrimonial y jurídico personal. Ciertos tratadistas extreman aún más su posición señalando, que ya no debe volver a hablarse de contrato de trabajo en este ámbito del derecho (Hernández Márquez.) De interés resulta transcribir la opinión Benítez de Lugo, sobre el particular: “ teniendo en cuenta el auténtico concepto renovador y revolucionario-constructivo de nuestra política social, que repugna toda idea contractual respecto al trabajo humano, por tener el vicio original de su contextura individualista en el Derecho Privado, con su frialdad y sometimiento a la condición de cosa o mercancía

susceptible de contratación .”¹⁸⁹ Agrega además, refrendando lo señalado: “ el carácter sinalagmático no es suficiente para calificarle de contrato, porque sólo significa una proyección práctica de la relación; continuando su nacimiento, contenido y validez, desarrollo y muerte, en un plano superior al de la voluntad de las partes, no vemos inconveniente en hablar de relación de trabajo; pues, por su amplio sentido, lo mismo puede aplicarse a aquel concepto genérico-político que al concepto de conexión, correspondencia o enlace entre empresario y trabajador .”¹⁹⁰

A esta posición dogmática parece adherir, también, Ernesto Krotoschin, quien afirma: “ la llamada relación laboral que, según se ha visto, se caracteriza por el hecho de que una persona física presta trabajo a otro, sin estar obligado a ello por un deber de derecho público o bien por lazos de familia, entrando voluntariamente en una situación de dependencia con respecto a esa otra persona. Esa relación no ha de ser necesariamente un contrato de trabajo, sino que es suficiente una relación de hecho basada en la incorporación efectiva del trabajador a la empresa. La falta de existencia de un contrato no es óbice a que la persona que presta el trabajo sea considerada como trabajador dependiente .”¹⁹¹

¹⁸⁹ BENITEZ DE LUGO, L. Citado por CABANELLAS, G. Op. cit. p. 267.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ KROTOSCHIN, E. 1967. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. 2° edición. Tomo I .Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Los autores de esta memoria pensamos, que es indudable que la relación laboral surge de un contrato de trabajo, y que si bien este último presenta particularidades

192

que lo transforman en una figura negocial con características y fisonomía propias, mantiene su carácter convencional. El profesor Héctor Humeres Noguera, adhiriendo a la tesis de que el contrato de trabajo es indispensable para que exista la relación laboral, afirma: “ 1) la relación laboral no responde a la realidad jurídica actual en nuestro país; 2) porque el contrato se basa en una relación bilateral; 3) porque aun cuando el contrato muchas veces puede ser de adhesión, no es el único que tiene tal naturaleza, y 4) porque es muy difícil en las actuales circunstancias, en que en dos artículos del Código se habla de la relación laboral –1° y 8°- sin definirla y sin precisar alcances e incluso relacionada con el contrato de trabajo, que concluyamos que este concepto novedoso ha venido a desplazar al contrato de trabajo, ya tradicional en

193

nuestra legislación especial. ” Para refrendar esta postura dogmática resulta de interés transcribir algunas opiniones de Pozzo, quien considera errónea la distinción entre contrato y relación de trabajo “ puesto que la relación de trabajo que contempla nuestra disciplina se origina en el contrato; esto es, en el acuerdo de voluntades entre el empleador y el empleado, acuerdo que puede ser expreso o tácito. No importa que la estipulación del contrato no coincida a veces con la prestación del trabajo, porque los efectos que de ésta surgen, precisamente, como una consecuencia de la estipulación del contrato; de no existir éste, no se cumpliría la relación de trabajo. Tampoco justifica la distinción la circunstancia de que las normas que constituyen el Derecho del Trabajo se refieran, más que al contrato como negocio jurídico, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación de trabajo; puesto que tales normas sólo tienden o bien a suplir la falta de estipulaciones concretas entre las partes, o a limitar la autonomía de la voluntad, no para desconocer el principio de la libertad para contratar lícitamente, sino para corregir abusos que puedan cometerse en virtud de situaciones de superioridad económica, o para cumplir fines sociales

194

que están por encima de intereses privados. ”

Es cierto que el contenido prescriptivo del contrato de trabajo es determinado principalmente por la actividad legislativa estatal, que establece derechos “inderogables” para las partes, por ser las normas laborales de orden público en su mayoría. Pero la autonomía de la voluntad sigue existiendo en el establecimiento de cláusulas contractuales que mejoren los mínimos legales que están estatuidos en beneficio del trabajador. Por otro lado, subsiste la libertad de elegir la persona del otro contratante, tanto para el empleador como para el subordinado. En el caso del primero, con todo, no podrán considerarse ciertos aspectos en la selección de su personal que importen discriminación del “candidato” a dependiente, ya que existe norma expresa sobre el particular, artículo 2° del Código del Trabajo, que prohíbe esta clase de conductas; esta regla será posteriormente analizada. Otra faceta limitativa del principio autonomía de la voluntad, en lo referente a la elección del otro contratante, la encontramos, por ejemplo, en el artículo 19 del Código del Trabajo, precepto que establece que el empleador debe contratar, al menos un 85% de trabajadores chilenos; regla jurídica que es modificada en parte, por el artículo

¹⁹² Sus características las señalamos en el pie de página número 5°.

¹⁹³ HUMERES, H. 2004. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 17° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

pp. 99 y 100.

¹⁹⁴ POZZO, J. Citado por CABANELLAS, G. Op. cit. p. 109.

siguiente. La última dimensión de la libertad contractual, la discrecionalidad, para decidir si se contrata o no, tiene plena vigencia en materia laboral.

Por otro lado, pensamos que la teoría general del contrato por su gran elaboración dogmática, entrega principios y criterios relevantes, para solucionar situaciones que se presentan durante la vigencia de la relación laboral. Por ejemplo, por ser el contrato de trabajo una convención bilateral o sinalagmática, se le aplica, el artículo 1552 del C.C., norma que establece el principio denominado “la mora purga

a la mora”¹⁹⁵; este precepto dispone: “ En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos .” Del contenido de esta regla jurídica se desprende, por ejemplo, que el empleador no debe pagar las remuneraciones convenidas mientras la otra parte, el trabajador,

no satisfaga su obligación de prestar los servicios pactados.¹⁹⁶ Krotoschin, por ejemplo, basado en las mismas razones, considera lícita la huelga que persigue la defensa contra infracciones del contrato cometidas por la otra parte, cuya finalidad evidente no es la de procurar la modificación de lo convenido, sino lograr la plena

observancia de lo pactado, laboralmente hablando.¹⁹⁷ Una interrogante que surge, es si cualquier incumplimiento, por poco importante que sea, justifica la invocación por parte del contratante de este principio, también denominado, “excepción de contrato no cumplido”. Jorge López Santa María considera que dicha alegación, en materia civil, no podría ser presentada frente a incumplimientos insignificantes

o de poca monta, por atentar contra el principio de la buena fe objetiva.¹⁹⁸ En materia laboral creemos que esta cuestión presenta una complejidad adicional a la que existe en materia civil. Esto debido a que las relaciones que se verifican en esta esfera del derecho no se circunscriben sólo al ámbito estrictamente patrimonial,

sino que conllevan lazos de naturaleza personal.¹⁹⁹ Sabemos que el dependiente se encuentra obligado en primer término a desarrollar las labores personales a que se ha comprometido contractualmente. La duda que surge en esta materia, es si un incumplimiento de este deber, que genere un daño de poca entidad, justifica, doctrinariamente hablando, una reducción proporcional de la remuneración. Resulta obvio, que si esta inexecución de prestaciones se traduce, por ejemplo, en la no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes, o un total de tres días durante igual período

¹⁹⁵ Esta es la opinión, entre otros, de los profesores William Thayer y Patricio Novoa. THAYER, W. y NOVOA, P. Op. cit. p. 94 y 95.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ KROTOSCHIN, E. Op Cit. p.849.

¹⁹⁸ LOPEZ, J. Op. cit. pp.549 y 550

¹⁹⁹ El tratadista Eugenio Pérez Botija, se ha hecho cargo de esta especial característica de la relación laboral, que no comprende sólo vínculos de carácter económico: “La relación de trabajo no es un negocio circunstancial, ni una fugaz transacción mercantil, sino que entraña vínculos sociológicos personales y permanentes. Aún originada por un hecho económico, no puede condensarse exclusivamente en derechos y deberes patrimoniales; existen con ellos vínculos de orden moral y espiritual que, en una moderna aceptación del trabajo, no debemos desconocer. Han sido los juristas alemanes (desde Gierke a Siebert) quienes principalmente se han esforzado por sustituir la antigua concepción liberal, exclusivamente patrimonialista, del contrato de trabajo, por la moderna del servicio fiel.” PEREZ, E. 1952. Curso de Derecho del Trabajo. Madrid, Tecnos. P 175.

(artículo 160 del Código del Trabajo), se podrá poner término al contrato de trabajo, por parte del empleador, de conformidad a la ley. Pensamos que el cumplimiento imperfecto de este tipo de obligaciones, si no es justificado debidamente, aunque sea de poca entidad, habilita para disminuir proporcionalmente el salario del dependiente en atención al daño irrogado. Creemos que conforme a la aplicación rigurosa de los principios y criterios de la responsabilidad en el Derecho Privado, debiese exigirse un comportamiento negligente (culpable) o deliberadamente dañoso (doloso), para generar una reducción de remuneraciones. Obviamente, una solución de este tipo choca con el hecho de que el establecimiento de la culpa o dolo deben ser judicialmente determinados, lo que descarta de plano una solución jurisdiccional de estos conflictos, por los costos económicos y de toda índole que ello implica.

Otra importante consecuencia, que se desprende del carácter contractual del vínculo laboral, es el establecer el estándar de comportamiento debido, que deben observar los sujetos de dicha relación jurídica (empleador y trabajador), en las prestaciones a las que están obligados recíprocamente. Esta interesante materia, con todo, será examinada más adelante (párrafo 3.2.2)

3.2.1.1 Responsabilidad Precontractual Civil

Un interesante aspecto, es el referido a determinar en general, qué estatuto normativo recibe aplicación (si el contractual o extracontractual) con relación a los daños que se generen con anterioridad a la celebración de un contrato (responsabilidad precontractual.) Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona, que durante el período de las tratativas preliminares, hace incurrir en ingentes gastos de transporte y alojamiento a un importante empresario extranjero, que además deja de concertar importantes citas con potenciales clientes, por venir a Chile a debatir sobre la posibilidad de celebrar un contrato en el ámbito de la minería. Supóngase además, que el otro posible contratante, ha ofrecido la posibilidad de conversar la celebración de la mentada convención con el sólo propósito de dañar al hombre de negocios foráneo. La pregunta que surge es: ¿Este daño debe repararse conforme a las normas y principios de la responsabilidad *aquilliana* o conforme a la regulación de la responsabilidad contractual? Esta pregunta no tiene una respuesta única, en el ámbito doctrinario. Rudolf Von Ihering, fue el primero que examinó el tema a fondo, circunscribiendo eso sí, su análisis al Derecho Romano. Para este importante jurista, la responsabilidad precontractual, tiene una naturaleza contractual, ya que a su juicio en las tratativas preliminares se celebraría implícitamente una suerte de “precontrato,” en que las partes se obligarían a observar una *diligentia in contrahendo*, esto es, a no retirar, sin razón valedera, la oferta hecha, si aquel al cual

²⁰⁰ se haya dirigido acepta tal compromiso. Creemos, siguiendo en esta materia a Mazeaud y Tunc, que la responsabilidad que se configura en el ámbito precontractual tiene una naturaleza delictual y no contractual, esto por dos razones: primero, porque la responsabilidad extracontractual tiene el carácter de derecho común y, además, porque en rigor antes de la celebración de un contrato, no existe ningún acuerdo

²⁰¹ convencional. Pensamos que el planteamiento de Ihering, resulta contrario a la realidad, puesto que las conversaciones preliminares persiguen precisamente, alcanzar la celebración de un contrato.

²⁰⁰ MAZEAUD, H. y otros. Op. cit. [nota 6] pp. 166 a 168.

²⁰¹ Op. cit. pp. 168 y 169.

Dentro de la doctrina nacional este tema no ha sido abordado con toda la atención y profundidad que amerita. El escaso sector de la dogmática civilista que se ha ocupado de ella, ha sistematizado este interesante aspecto, teniendo principalmente en vista el artículo 99 del Código de Comercio, precepto que establece: “El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo.” Don Hugo Rosende, refiriéndose a esta materia, sostuvo la tesis que en el caso de la responsabilidad precontractual habría una aplicación más de la teoría del abuso del derecho y, por lo tanto, de una responsabilidad por culpa, que se verifica sin la existencia de un contrato. Don Arturo Alessandri, en

²⁰² cambio, mantuvo una teoría ecléctica ; ya que para él, hay ciertos casos en que la responsabilidad precontractual, se rige por el estatuto jurídico contractual, y otros que se sujetan a las normas y principios de la responsabilidad *aquiliana* ; lo primero ocurre cuando el proponente se compromete a esperar respuesta a la oferta dentro de cierto plazo y a dar pronto aviso de su retractación, y dispone del objeto del contrato sin respetar dicha obligación. Fuera de estas dos hipótesis, este académico

²⁰³ cree que recibe aplicación el estatuto extracontractual. Por su parte, el profesor de la Universidad de Concepción, Ramón Domínguez, cree que es aplicable a las relaciones precontractuales el estatuto delictual. Según este destacado académico

²⁰⁴ las tesis contractualista y ecléctica reposan sobre supuestos forzados.

Responsabilidad Precontractual en el Ámbito Laboral

Un aspecto escasamente abordado por nuestra doctrina y jurisprudencia, es el referido a establecer si antes de la celebración del contrato de trabajo pueden o no verificarse hipótesis relevantes de responsabilidad precontractual entre los eventuales trabajador y empleador. Y en el supuesto de existir dicha responsabilidad, surge la duda de que estatuto jurídico debe aplicarse a situaciones del tipo descrito (Contractual o Extracontractual.)

Desde nuestra perspectiva, resulta indudable que existen casos de daños causados a alguno de los potenciales sujetos de la relación laboral, con anterioridad a la celebración de un contrato de trabajo, y que deben ser resarcidos por quien los irrogó, cuando la magnitud de éstos justifiquen la puesta en marcha del aparato jurisdiccional del Estado. Por ejemplo, un empleador que haya ordenado practicar determinados exámenes médicos tendientes a establecer la idoneidad o capacidad profesional del eventual trabajador puede, a través de éstos, haber descubierto cierta enfermedad, V. gr. SIDA, y haber difundido dicha información, causando un gran descrédito social al postulante al cargo y comprometer gravemente sus posibilidades ulteriores de encontrar un empleo remunerado. Piénsese también, en el caso de un trabajador que es discriminado en su acceso a un empleo determinado, por razones de sexo, raza, religión, opinión política, nacionalidad, u otras de las establecidas en el artículo 2° inciso 4° del Código del Trabajo, pese a cumplir a cabalidad con los

²⁰² PIZARRO, C.< <http://www.derecho.udp.cl/site/apuntes/buena%20fe.PDF> .> [consulta: 25 de mayo de 2005.]

²⁰³ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 57.

²⁰⁴ PIZARRO, C. Op. cit.

requisitos exigidos para el desarrollo de determinadas funciones al interior de la empresa que ha negado su contratación.

Para los autores de esta Memoria, el estatuto jurídico que recibe aplicación en casos como el propuesto es el extracontractual. Arribamos a esta conclusión, en gran parte, siguiendo a los hermanos Mazeaud, cuyos razonamientos consideramos aplicables a esta hipótesis, no obstante estar referidos al ámbito civil. De este modo, creemos que antes de que exista un vínculo convencional, sea éste laboral o civil, no hay en rigor, una suerte de precontrato o contrato tácito como sostienen algunos autores. Desde nuestra perspectiva, en situaciones como las señaladas, y ante la ausencia de normas laborales que regulen expresamente la materia, reciben aplicación los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, que establecen la responsabilidad extracontractual, que es el derecho común en materia de responsabilidad civil. El laboralista argentino Antonio Vázquez Vialard, comparte estas apreciaciones; afirma sobre el particular: “ Estimamos que no hay inconveniente para aplicar los principios de la responsabilidad precontractual elaborada por la doctrina del derecho civil a los casos en que, en virtud de la actitud de una de las partes que configura un claro abuso del derecho, se produce un daño con motivo de la frustración de la negociación del contrato de trabajo. Si bien en el caso no hay incumplimiento de una obligación nacida de un contrato anterior—precisamente las partes se hayan discutiendo las condiciones para concertar uno que, de lograrse, comúnmente el acuerdo tendría vigencia para el futuro—, se da una situación que, aunque puede calificarse de marginal, al provocar un daño a la otra parte en virtud de una conducta por lo menos culpable, implica la correspondiente

responsabilidad de reparar el daño producido .²⁰⁵ ” Este autor, agrega más adelante: “ en doctrina se expresan diversas corrientes respecto de la naturaleza jurídica de esta clase de responsabilidad. Se sostiene al efecto que es de carácter: a) contractual; b) *sui generis* ; c) extracontractual (*aquiliana*.) Parece ser que esta última posición es la que goza de mayor apoyo en la doctrina de nuestro país [Argentina] y, por otra parte, se ajusta mejor al criterio que, con respecto a los distintos géneros de responsabilidad, establece nuestro sistema legal positivo. De esa manera se sanciona una “conducta antifuncional, abusiva en el ejercicio de la prerrogativa jurídica de no contrata .”²⁰⁶

Si bien, tal como lo señalamos anteriormente, el Código del Trabajo no regula orgánicamente la procedencia de indemnizaciones por daños producidos en la etapa precontractual, existen normas de naturaleza constitucional y laboral que sirven de fundamento a estas pretensiones, además de las civiles aludidas. Los preceptos constitucionales que se vinculan con esta materia son: artículo 19 N° 2 que consagra la igualdad ante la ley; artículo 19 N° 4 que asegura el respeto y protección “ a la vida privada y a la honra de la persona y su familia ”; artículo 19 N° 16 que establece la libertad del trabajo y su protección, disponiendo en su inciso 3°: “ Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos .” También, resultan aplicables a esta materia el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT, de 1958, y la Declaración

²⁰⁵ VASQUEZ, A. 1988.Op. cit. p. 155.

²⁰⁶ Op. cit. pp. 156 y 157.

de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998 .

A los artículos de la constitución e instrumentos internacionales anteriormente mencionados, deben agregarse, como se dijo, algunas disposiciones contenidas en el Código del Trabajo. Su artículo 2° inciso 3° dispone que: “ Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación ”; su inciso 4° establece: “ Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación ”; y el inciso 6° que preceptúa: “ Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto .”

Por otro lado, estimamos que en casos como estos existiría una trasgresión flagrante al artículo 5 inciso 1°, del Código del Trabajo: “ El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos .”

Refiriéndose a estas materias, el profesor Héctor Humeres afirma: “ Es preciso tener presente que la discriminación puede ser directa (diferencia en el trato o consideración), o indirecta (llamada también teoría del efecto adverso o intención), y que ella puede materializarse tanto en las etapas preocupacional (v.g.: selección de personal), como en el desarrollo de las labores o en el período postvínculo laboral (v.g.: aviso de término de contrato.) ”²⁰⁷

Creemos, que la Ley 19.628, que regula la “Protección de Datos de Carácter Personal,” estableció dos normas que, *prima facie* , podrían ayudar a resolver casos en que se viole gravemente la privacidad del trabajador que postula a un cargo. Su artículo 23 inciso 1°, dispone: “ La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal .” Por su parte el inciso 2° del artículo 127 del Código Sanitario, modificado por la Ley 19.628, dispone: “ Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito. Quien divulgare su contenido indebidamente, (...) será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo .” Pensamos, que las normas citadas, no resuelven de un modo claro, el problema planteado, ya que no se refieren específicamente al ámbito laboral. Quizás alguien, podría sostener su aplicación a la esfera del Derecho del Trabajo, fundado en el argumento de analogía o *a pari* , que se expresa en el conocido brocardico, “ donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición .” Creemos que planteamientos de este tipo resultan forzados, puesto que resulta más sensato recurrir a los preceptos y principios de la

²⁰⁷ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p.91.

responsabilidad extracontractual regidos por la ley civil, como se dijo, en la medida que la divulgación de aspectos que atañen a la vida privada del trabajador, se hubieren hecho públicos, con anterioridad a la existencia del contrato de trabajo. Si dicha difusión, se realizase durante la vigencia del contrato laboral, creemos que se configuraría una responsabilidad contractual laboral, ya que una conducta de esta naturaleza claramente resulta contraria al contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, además de generar un daño injustificado al dependiente, tanto desde una perspectiva patrimonial, como moral.

Desde un punto de vista procesal creemos que sería conveniente introducir algunas modificaciones legislativas tendientes a otorgar mayores posibilidades de resarcimiento al trabajador de los perjuicios derivados de conductas atentatorias contra la buena fe objetiva, realizadas por el empleador.

En lo que se refiere, por ejemplo, al procedimiento aplicable para la reclamación de la indemnización por daños precontractuales, creemos que resulta inadecuado el Juicio Ordinario, que se regula en los artículos 253 y siguientes del C.P.C., caracterizado por una gran dilación en la satisfacción de las pretensiones de las partes, quienes deben invertir considerables recursos pecuniarios y tiempo, para obtener una sentencia favorable, lo que no lo hace aconsejable, además, por atentar contra el principio de “economía” existente en el Derecho Procesal, conforme al cual los gastos invertidos en un proceso, no pueden superar a los eventuales beneficios que se persigan en él. Abogamos, porque situaciones del tipo descrito sean resueltas por los Jueces de Letras del Trabajo, utilizando, para estos efectos, el procedimiento de aplicación general en materia laboral, regulado en los artículos 439 y siguientes del Código del ramo o aquel establecido en los artículos 459 y siguientes del mismo cuerpo legal, si la cuantía lo permitiere; esto con el claro propósito de favorecer cabalmente los intereses del trabajador.

3.2.1.3 Responsabilidad Postcontractual en el Ámbito Civil y Laboral

En el campo civil postcontractual, Mazeaud y Tunc, también consideran aplicable las reglas de la responsabilidad delictual, esgrimiendo razones similares a las que se señalaron respecto de la responsabilidad precontractual, *mutatis mutandis*. O sea, en este caso no existiría un vínculo convencional, que ligue a las partes, ya que éste se habría extinguido al cumplirse las obligaciones dimanantes de la convención.²⁰⁸

Jorge López Santa María, dentro de la doctrina nacional, sostiene que después del cumplimiento contractual, subsiste la obligación de comportarse lealmente, esto es, actuando conforme a la buena fe objetiva.²⁰⁹ Esta noción tiene su base jurídica, en nuestro derecho, en el artículo 1.546 del C.C, norma que dispone: “ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella .”

Un problema de importancia, en el ámbito del Derecho del Trabajo, es el determinar las razones dogmáticas, que pueden ser invocadas para justificar la subsistencia de deberes laborales que siguen vigentes, aún con posterioridad al término del contrato de trabajo. Nos referimos en particular, por ejemplo, a la

²⁰⁸ MAZEAUD, H y otros. Op. cit. [nota 6] p. 169 a 171.

²⁰⁹ LOPEZ, J. Op. cit. p. 405 y 406.

obligación que tiene el trabajador de mantener en secreto, información a la que ha tenido acceso, durante la existencia del contrato de trabajo, y cuya divulgación pudiese dañar a su ex patrón. Habitualmente en las relaciones laborales, ciertos

²¹⁰ dependientes adquieren datos referentes a la vida privada de sus empleadores que de ser conocidos, pueden traducirse en descrédito social o un menoscabo a su prestigio ocupacional. Pensamos que dadas las características de la relación laboral, que importa una vinculación no sólo económica, sino también personal, comportamientos de este tipo implican una clara contravención al contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, en particular al deber de fidelidad. Además, se lesiona la buena objetiva, de un modo flagrante, noción que impone un comportamiento, correcto, leal y justo, incluso, como se dijo, hasta después de que se han extinguido las obligaciones contractuales que existían recíprocamente entre trabajador y empleador. El laboralista argentino Antonio Vázquez Vialard, expresa sobre esta materia, lo siguiente: “ determinado tipo de actitudes y el contacto personal que las partes han tenido durante el curso de la ejecución de la relación laboral, les ha permitido a los actores de ésta, obtener una serie de datos referidos a la otra: virtudes, defectos, vicios, etc. Ese conocimiento no puede ser difundido entre otros, cuando ello puede causar un daño. No existe ninguna razón que legitime la actitud de una parte de la relación contractual en vigencia o extinguida, que revele a otros defectos o costumbres de personas con las que se ha entrado en conocimiento y se ha estado más próximo a ciertas esferas de su intimidad, como consecuencia del

²¹¹ desarrollo de la actividad laboral. ” Se podría argumentar, que en situaciones de este tipo, que restringen la libre expresión del ex-dependiente, en relación con aspectos personales de su ex-patrón, podría conculcarse respecto del primero la libertad de emitir opinión e información, consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. Creemos que el justo equilibrio entre ese derecho garantido constitucionalmente, y este planteamiento de la doctrina de impedir la difusión de sucesos o características negativas que atañen de modo estricto a la vida privada del ex-empleador, sólo se alcanza prohibiendo las referencias a terceros de la vida íntima del patrón que se hagan con el claro propósito de lesionar moral o patrimonialmente a este último, por aplicación del principio que el dolo todo lo corrompe, pues resulta absurdo pensar que el constituyente hubiese querido garantizar atentados a la honra ajena, que se realizan de modo premeditado, considerando además que el honor y la honra también son derechos tutelados constitucionalmente (artículo 19 N° 4.) Pensamos que una conducta negligente (culpable) en este sentido, no genera responsabilidad, por la importancia que presenta el derecho establecido en el artículo 19 N° 12 de la Constitución.

En esta parte de la Memoria, se hace imperioso señalar que el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo comprende, entre otros aspectos, como deber del trabajador el guardar el secreto profesional. Dicha obligación no se encuentra regulada por el Código Laboral, pero la doctrina y jurisprudencia han entendido que su fuerza vinculante puede continuar, aún después de terminada la relación de trabajo siempre y cuando se haya pactado por escrito, exista una compensación por no dar a conocer la información, sea una obligación temporal y dicho acuerdo sea legítimo.

²¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en el personal doméstico.

²¹¹ VASQUEZ, A. 1988. Op. cit. pp. 744 y 745.

En relación a los conocimientos y técnicas que adquiriera el trabajador durante el desarrollo de la relación contractual que lo vincula con su empleador, podemos afirmar que ellos se incorporan, por regla general, al acervo cultural del dependiente. Dicho “saber” en la mayoría de los casos podrá ser usado libremente por el ex-subordinado, en las actividades laborales que emprenda con posterioridad al término de su relación de trabajo con su antiguo patrono. Antonio Vázquez, expresa sobre este punto: “ no creemos que pueda formularse un reproche a un ex empleado por el hecho de que, en su nueva ocupación, utilice los conocimientos del mercado, lista de clientes, proveedores, necesidades no satisfechas, tanto en el orden interno como externo, etc., así como también las técnicas para lograr la producción de bienes y servicios, los métodos para salvar los inconvenientes que se plantean al efecto, que ha adquirido en el desarrollo de su anterior tarea. Esos conocimientos (...) se han incorporado a su patrimonio personal, cultural, técnico, profesional y puede hacer uso de ellos sin que pueda considerarse que afecta un interés legítimo, respecto de las personas o instituciones a través de las cuales adquirió esos conocimientos.

²¹²” Este tratadista, más adelante agrega: “ no obstante ello, existen ciertos descubrimientos técnicos que, en la mayor parte de los ordenamientos positivos, se consideran que deben hallarse a cubierto del uso común, a cuyo efecto su uso queda sometido a ciertas restricciones; se los protege a través de un sistema de patentes, propiedad intelectual, etc. De esa manera se intenta preservar el esfuerzo de invención de algunos mediante su aprovechamiento económico en forma exclusiva
²¹³.”

3.2.2 Inejecución de la Conducta Convencional Debida

Para que se genere responsabilidad contractual resulta indispensable el incumplimiento de la obligación debida. Esta inejecución contractual puede ser completa, en cuyo caso nos encontraremos frente a lo que el profesor Fernando Fueyo, denomina incumplimiento propio o absoluto; también podrá existir una satisfacción parcial de los deberes contractuales por parte del deudor, hipótesis ésta, que el autor mencionado, califica como cumplimiento imperfecto o incumplimiento impropio. Por último, el sujeto pasivo de la obligación convencional, puede dar satisfacción a la prestación debida de un modo tardío, caso que es definido como

²¹⁴ cumplimiento atrasado. La clasificación anteriormente expuesta se desprende del artículo 1.556 del C.C, que establece en su inciso 1º: “ 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 .”

En términos generales podemos afirmar, que el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza contractual, constituye la conducta habitual en el mundo del derecho. La inejecución de las prestaciones convenidas, constituye una situación irregular, que la mayoría de las veces es antijurídica. Por esta razón un autor califica metafóricamente a este estado, como “patológico.”

²¹² Op. cit. p. 749.

²¹³ Op. cit. p. 751.

²¹⁴ FUEYO, F.1991. Cumplimiento e Incumplimiento de Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 247 a 249.

En el ámbito comparado la noción de incumplimiento recibe distintas denominaciones; por ejemplo, en Alemania, se denomina: “contravención al derecho de crédito”; en España, se habla de incumplimiento a secas. Pese a que se advierten diferencias terminológicas en los distintos sistemas, la idea que subyace es la misma: infracción a un vínculo preexistente de naturaleza convenida.

Si bien en la mayoría de los casos la inejecución de las obligaciones contractuales importa una trasgresión al ordenamiento jurídico, y una lesión a los intereses individuales del acreedor, no debe pensarse que todo incumplimiento es contrario a derecho, pues el ordenamiento jurídico en ciertos casos, exime de responsabilidad al deudor, pese a no haber realizado la conducta a la que estaba obligado. Estas hipótesis, serán explicadas más adelante, dentro de este párrafo.

El incumplimiento contractual es susceptible de ser clasificado, -además de la taxonomía propuesta por el profesor Fueyo- de distintas maneras: en voluntario e involuntario, total o parcial, definitivo y temporal, excusable e inexcusable, etc.

Resulta indispensable, en esta etapa de la Memoria, formular un concepto de incumplimiento inexcusable, ya que es él, el que configura consecuencias reparatorias. El profesor Fueyo, lo define como: “ aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta.”²¹⁵

Los contratos habitualmente son celebrados por las partes para beneficio de ambas.²¹⁶ Es decir, en la mayoría de los casos, los individuos que han participado con su voluntad en la generación de un negocio jurídico contractual, persiguen una utilidad o provecho mutuo. Si ese es el caso, los contratantes responderán de culpa leve, conforme al inciso 1° del artículo 1.547 del C.C. La culpa leve, como sabemos, “ 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 ” (artículo 44 inciso 3° del C.C.) El contrato de compraventa y el de arrendamiento son claros ejemplos de convenciones, en que las partes responden de este tipo de culpa. O sea el comprador, el vendedor, el arrendador y el arrendatario, deben observar en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que celebraron, un cuidado medio; deben adoptar la conducta de un buen padre de familia.

Distinto es el caso si sólo el acreedor o el deudor, exclusivamente, reportan beneficios del contrato. Si la convención sólo favorece al primero, el deudor responderá de culpa grave o lata, vale decir se verá comprometida la responsabilidad de éste, sólo en la medida en que no haya manejado los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (1.547 inciso 1°, en relación con el artículo 44 inciso 2° del C.C.) Este menor grado de responsabilidad se justifica plenamente, pues el contrato celebrado beneficia exclusivamente al acreedor; las obligaciones, en cambio recaen en el deudor, por ello es equitativo que su estándar de actuación convencional se vea atenuado. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de depósito (artículos 2.211 y ss del

²¹⁵ Op. cit. p. 250.

²¹⁶ CLARO, L. 1925. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago. Imprenta Cervantes. volumen XI.

C.C), en él, el deudor deberá guardar, conservar y restituir una cosa corporal mueble. En principio dicha convención no otorga beneficio al sujeto pasivo del contrato, pues conforme al artículo 2.219 del C.C es gratuito, es más, le impone cargas que pueden resultar gravosas.

Diametralmente distinta es la situación, cuando el contrato sólo beneficia al deudor, pues en ese caso responde de culpa levísima; ella es definida por don Luis Claro Solar como: “ la falta de la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, y que, por lo mismo, sólo puede

ser evitada por una persona muy vigilante y muy atenta.”²¹⁷ También consideramos plenamente razonable que si una convención ha sido celebrada, persiguiendo el exclusivo beneficio del sujeto pasivo de ella, responda éste de un modo más riguroso. Pensemos por ejemplo, en un contrato de comodato (préstamo de uso), en él, el deudor de la obligación de restituir, puede hacer uso del bien mueble o raíz que le ha sido entregado. Resulta obvio que el deudor –único favorecido con la convención, insistimos- deba ser más diligente en el cuidado y conservación de la cosa dada en préstamo.

Todas estas ideas quedan bien resumidas en el inciso 1° del artículo 1.547 del C.C.: “ 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 .”

Podemos afirmar, examinando las normas comprendidas en el título XII, del Libro IV del C.C., denominado “Del Efecto de las Obligaciones,” que el deudor a lo que se obliga es a realizar un comportamiento, ya sea positivo o negativo, en favor del sujeto activo del contrato (acreedor); esta conducta en su ejecución queda determinada, por el tipo de culpa de que el primero responde. O sea nosotros adherimos a la idea de que, en rigor, el deudor no se ve compelido necesariamente a alcanzar un determinado resultado, sino a realizar una conducta que queda determinada, en su diligencia, por el estándar de comportamiento exigible, en función de la utilidad que la convención reporta al deudor y acreedor. Por ello compartimos la opinión del profesor Pablo Rodríguez, en el sentido que todas las obligaciones son de medio y

no de resultado,²¹⁸ pues siempre el sujeto pasivo de la obligación podrá invocar para eximirse de responsabilidad, alguna causal de exoneración de ella, en el evento de no realizar la prestación estipulada.

El incumplimiento de la obligación convencional, puede deberse también a dolo, esto es, a “ la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro ”, en este caso, al acreedor contractual. El determinar si el incumplimiento es doloso, supone indagar en el fuero interno del sujeto pasivo de la obligación para establecer una intencionalidad, cuestión que resulta en muchos casos compleja. Se ha discutido en doctrina, si dentro del concepto legal dolo transcrito, se comprenden las hipótesis de daños que se sabe son una consecuencia necesaria e inevitable de una acción o una omisión, pero en que el agente generador de los perjuicios no persigue la verificación de ellos. El profesor Pablo Rodríguez, cree que situaciones de ese tipo, quedan comprendidas en la noción de dolo, pues, entre otras razones, “ Si un sujeto,

²¹⁷ Op. cit. p. 498.

²¹⁸ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 114.

como integrante o participe de una relación jurídica, tiene conciencia de que se producirá un daño como consecuencia de su acción u omisión, y está en situación de atajarlo cumpliendo los deberes que le impone el ordenamiento jurídico, al no hacerlo se integra a la cadena causal intencionalmente, esto es, de manera cierta, efectiva y verdadera, cualesquiera que sean sus deseos más íntimos (...) La intención de que trata el artículo 44 del C.C. no consiste en el “deseo” de que una determinada situación se produzca, sino en la conformidad consciente del sujeto con un resultado que sobreviene como consecuencia de un acto u omisión propios. La intención, en este caso, consiste en la aceptación de un resultado cierto, producto de una actividad

positiva o negativa que despliega una persona voluntariamente.”²¹⁹ Nosotros creemos, invocando razones similares a las esgrimidas en materia extracontractual (Véase párrafo 2.2.2), que los argumentos del profesor Rodríguez, violan el claro tenor del artículo 44 inciso final del C.C., que habla de “intención positiva”, enfatizando a nuestro juicio, el carácter deliberado del propósito de dañar. Si el deudor sólo se representa como probable la verificación de un resultado dañoso, no por ello su conducta puede ser calificada de dolosa. Con todo, en un caso como el descrito, la conducta podría ser subsumida dentro de la culpa grave, que sabemos, se equipara al dolo (artículo 44 inciso 2° del C.C.)

En general, la asimilación de la culpa grave al dolo tiene consecuencias importantes en el mundo del derecho, ya que la mayoría de los efectos asociados al dolo se extienden a ella: en primer lugar, se agrava la responsabilidad del deudor: si el incumplimiento es culpable se responde sólo de los perjuicios directos previstos. Si el incumplimiento es atribuido a dolo, en cambio, el deudor responderá de los perjuicios directos previstos e imprevistos (artículo 1.558 del C.C.) Por lo tanto, si el sujeto pasivo no ejecuta la obligación pactada, incurriendo en culpa grave, deberá resarcir al acreedor, como si su inexecución contractual fuese dolosa. En segundo término, si existe culpa lata de varios deudores, la responsabilidad es solidaria (artículo 2.317 inciso 2°): “ Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce (...) acción solidaria. ” Por último, el artículo 1.465 del C.C. dispone: “ La condonación del dolo futuro no vale .” Por lo que tampoco podría eximirse anticipadamente de responsabilidad al sujeto pasivo de la obligación contractual, que la incumpla incurriendo en culpa lata.

El dolo, en principio debe ser probado. El artículo 1.459 del C.C, dispone que: “ el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás, debe probarse .” Sabemos además, que el incumplimiento se presume culpable (artículo 1.547 inciso 3°.) La duda que surge es: ¿La asimilación de efectos entre la culpa grave y el dolo, alcanza al *onus probandi* , y por lo tanto, quien invoque este tipo de culpa debe acreditarla en juicio, como el dolo? En general, podemos

afirmar que predomina en el ámbito doctrinario²²⁰ y jurisprudencial²²¹ , la idea que la equivalencia de efectos entre la culpa lata y el dolo, no alcanza al terreno de la prueba, y que en consecuencia quien invoca este tipo de culpa, queda amparado por la presunción de incumplimiento, ya señalada.

²¹⁹ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 148 y 149.

²²⁰ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 741.

²²¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1903-1904. Santiago. Chile. Tomo

Una importante diferencia que se advierte entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y que conviene recalcar, es que en el caso de la primera el acreedor está en una mejor posición estratégica frente al incumplimiento que la persona que demanda indemnización en el campo delictual. Esto porque, en el ámbito contractual, el incumplimiento se presume culpable, esto es, por sólo hecho de la inejecución de la prestación debida, se establece una presunción simplemente legal, de que el deudor actuó culpablemente en la no realización de la conducta a la que estaba compelido jurídicamente. El artículo 1.547 inciso 3° del C.C., establece: “ La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega .” Nuestra jurisprudencia refiriéndose a este tema ha afirmado: “ que en materia de responsabilidad contractual, el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las obligaciones que corresponden a cada contratante genera la obligación de indemnizar al otro los daños o perjuicios resultantes de la infracción, sin que el afectado necesite probar que haya mediado culpa de parte del infractor, sobre quien recaerá la obligación de justificar la causal de irresponsabilidad que invoque en su favor. ”²²² En materia extracontractual, en cambio, por regla general, el afectado deberá acreditar culpa o dolo, para obtener una reparación íntegra.

Corresponde examinar ahora las hipótesis en que pese a no ejecutarse por el deudor, la conducta a que se obligó contractualmente, no debe indemnizar al acreedor. En primer lugar, cabe referirse a la fuerza mayor o caso fortuito. Nuestro C.C define esta noción en el artículo 45, como: “ el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público .” Según René Abeliuk, los elementos que constituyen el caso fortuito son: A) Un hecho extraño a la voluntad de las partes;

B) Su imprevisibilidad; C) La imposibilidad de resistirlo.²²³ En igual sentido se pronuncia Ramón Meza Barros.²²⁴ Es indudable que nuestro C.C., contiene un concepto restringido de caso fortuito. En la doctrina alemana e italiana “ se considera el caso fortuito como una situación dentro de un marco más amplio: la imposibilidad

en el cumplimiento por causa no imputable al deudor .”²²⁵ El determinar si una conducta constituye fuerza mayor, es una cuestión de hecho que queda entregada a criterio de nuestros tribunales de justicia. El caso fortuito es un concepto relativo, ya que un suceso puede ser imprevisto e irresistible en un lugar y no en otros. Por ejemplo la lluvia intensa en un lugar en que ello no ocurre frecuentemente podrá

ser caso fortuito, pero no en Valdivia, donde dicha situación es frecuente.²²⁶ Cabe señalar que el caso fortuito no siempre exime de responsabilidad al deudor. Las hipótesis en que esto ocurre son: A) Cuando así lo han convenido expresamente las partes del contrato. El artículo 1.673 del C.C., expresa: “ Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado

²²² FALLOS DEL MES. 2003. Santiago, Chile (510) p. 962.

²²³ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 745 a 747.

²²⁴ MEZA, R. 1997. De las Obligaciones. Novena Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 237 y 238.

²²⁵ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 744 y 745.

²²⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1932. Santiago, Chile. Tomo XXXIX.

.” B) Cuando se produce por culpa del deudor (artículo 1.547 inciso 2°) en rigor, la doctrina afirma que no puede existir caso fortuito imputable a una de las partes,

²²⁷ ²²⁸

pues necesariamente él debe ser ajeno a la voluntad de ellas, como se dijo. Con todo, puede ocurrir, que un determinado suceso obste al cumplimiento contractual, y que dicho fenómeno produzca sus consecuencias como resultado de un actuar indebido por parte del sujeto pasivo de la obligación, a esto se refiere el C.C.; este sería el caso, por ejemplo, de una persona que deja un fino mueble de estilo barnizado a la intemperie, en el mes de febrero en Santiago, y como consecuencia de una inopinada lluvia se daña considerablemente. C) Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor. La mora es definida en nuestra doctrina como: “ el retardo en el cumplimiento de la obligación, imputable al deudor, que persiste

después de la interpelación del acreedor ” ²²⁹ (artículo 1.547 inciso 2°) “ La regla tiene una contraexcepción: si el caso fortuito igualmente hubiere sobrevenido teniendo en su poder el acreedor la cosa debida. En tal caso, es lógico que el deudor no responda, pues, aunque hubiere cumplido, la cosa igual se habría destruido. Esta contraexcepción la señalan el mismo artículo 1.547, en su inciso 2°, el artículo 1.590,

inc 1° y el artículo 1.672, inc 2° .” ²³⁰ D) Cuando la ley pone de cargo del deudor la fuerza mayor: Así ocurre, por ejemplo, con quien ha hurtado o robado un cuerpo cierto; no se le permite alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, ni aun tratándose de aquellos que habrían producido la pérdida de ella en poder del acreedor (artículo 1.676 del C.C.)

Ya dijimos que el incumplimiento se presume culpable, esto significa que el deudor para evitar responder de los perjuicios irrogados al acreedor, deberá acreditar caso fortuito o ausencia de culpa. Dependiendo si el sujeto pasivo de la obligación contractual responde de culpa grave, leve o levisima, deberá probar un actuar diligente más o menos prolijo. Esta prueba, obviamente, será más difícil si responde de culpa levisima, caso en el que deberá demostrar un alto grado de cuidado. Si responde de culpa leve tendrá que evidenciar un comportamiento medianamente esmerado. En fin, si está obligado conforme a la culpa lata, bastará con una conducta muy poco diligente para eximirse de incurrir en responsabilidad contractual.

3.2.2.1 Estándar de Conducta Exigido en Materia Laboral

En el ámbito de los contratos regidos por el Derecho del Trabajo, pensamos que por encontrarnos frente a un tipo de convención que reporta utilidad tanto al empleador como al trabajador, el estándar de comportamiento exigido para el cumplimiento de sus obligaciones mutuas de contenido económico, es el general, esto es, deben obrar conforme a un cuidado ordinario o medio, observando el patrón conductual del buen padre de familia, conforme a la norma contenida en el artículo 1.547 del C.C, ya analizada. Esto implica en la práctica, que responderán de culpa leve. Creemos, que este estándar de actuación se hace más exigente tratándose de obligaciones de carácter jurídico personal. En particular, respecto del deber de protección (artículo 184 del Código del Trabajo), de cargo del empleador, adherimos a la tesis que

²²⁷ MEZA, R. Op. cit. p. 239.

²²⁸ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 750.

²²⁹ MEZA, R. Op. cit. p. 262.

²³⁰ ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 750.

este último debe ejecutar conductas que conllevan un grado mayor de cuidado, respondiendo de culpa levísima. Ha habido pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia en este sentido.²³¹

La Relación de causalidad

Este presupuesto de la responsabilidad contractual presenta importantes semejanzas con la relación causal en materia extracontractual (párrafo 2.4); por ello haremos un tratamiento de este asunto, que resalte sólo las particularidades de ella en el ámbito convencional, omitiendo aquellas ideas que ya se expresaron en el ámbito aquiliano. Creemos, por ello, que para la acertada inteligencia de este párrafo, resulta indispensable considerar el análisis que se efectuó respecto de esta temática, en sede delictual.

En la esfera contractual, resulta esencial, que el daño provocado al acreedor se derive de la inejecución convencional. En primer lugar, como es obvio, se requiere que en la generación de estos perjuicios, el incumplimiento, sea uno de los fenómenos, sin cuya ocurrencia, no se habría provocado el menoscabo patrimonial o moral al acreedor (Teoría de la Equivalencia de las Condiciones; véase párrafo 2.4.1.1.) Pero del hecho, que la inejecución intervenga, entre muchos otros sucesos, en el acaecimiento de daños convencionales, no se sigue, que el tema de la causalidad se agote desde la perspectiva jurídica, pues al derecho le interesa que ciertas consecuencias dañosas se puedan vincular racionalmente, con el incumplimiento en el terreno de los contratos.

Resulta conveniente, transcribir algunas ideas expresadas por José Puig Brutau, respecto de este tema: “ La relación de causalidad es el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino que aquél sin éste no se hubiese producido. Las ciencias naturales explican cuándo un fenómeno es el efecto de otro, pero en ámbito jurídico no es posible hacer depender de criterios físicos o naturales la determinación de la persona o personas obligadas a indemnizar un daño. El derecho a de tener su propio método para saber cuándo un sujeto es responsable. Esta responsabilidad depende de que se pueda establecer una imputación razonable entre acto u omisión del demandado y el daño sufrido por el demandante .”²³²

Ha habido varias doctrinas que se han abocado a establecer cuando puede darse por establecida la relación de causalidad en el ámbito jurídico, estas son entre otras:²³³ La Teoría de la Causa Próxima (Véase párrafo 2.4.1.2.1), Teoría de la Causa Adecuada (2.2.1.2.2), Teoría de la Causa más Eficaz o más Activa (2.4.1.2.3), Teoría del Seguimiento o de la Impronta Continua de la Manifestación dañosa (2.4.1.2.4.) Todos estos marcos analíticos, han aportado criterios relevantes para vincular al incumplimiento ciertas consecuencias perjudiciales. En el fondo, estas doctrinas pretenden detener la cadena de perjuicios atribuibles a una inejecución convencional.

²³¹ GACETA JURÍDICA. 2003. Santiago, Chile. (278) p. 284. GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile. (237) p. 201.

²³² PUIG, J. Citado por RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 267.

²³³ Estas teorías fueron examinadas en el párrafo 2.4 denominado “La Relación de Causalidad.”

Hay en materia de causalidad dos aspectos que merecen ser destacados por su importancia. En primer lugar, debemos señalar que en el ámbito contractual, el deudor responderá de diversos perjuicios, dependiendo de si ha incumplido mediando dolo o culpa (artículo 1.558.) Si la inejecución convencional se debe a dolo, deberá responder de los perjuicios directos, previstos e imprevistos. En cambio, si el sujeto pasivo ha incurrido sólo en culpa, deberá resarcir sólo los daños directos, previstos. En nuestra jurisprudencia, existe coincidencia, en que no deben indemnizarse, en materia contractual, los daños indirectos.²³⁴

Otro tema relevante es el referido a las concausas, que podemos conceptualizar como fenómenos que aumentan o disminuyen los daños que tienen su fuente en una inejecución contractual. Siguiendo al profesor Pablo Rodríguez, podemos clasificarlas: en aquellas “ que operan después del incumplimiento determinando un aumento o atenuación del daño que aquél produce .”²³⁵ Y en aquellas “ que aparecen coetáneamente con el incumplimiento y que contribuyen a que éste se produzca .”²³⁶

Respecto de las primeras, podemos afirmar, que deben separarse los daños que son una consecuencia directa del incumplimiento, de los que son resultado de otras causas que aumentan o disminuyen sus efectos. El deudor, debe reparar sólo los resultados dañosos derivados de la inejecución. Si existen hechos que hacen más o menos gravosas sus consecuencias, debe prescindirse de ellos, y considerar el incumplimiento de modo autónomo. Un ejemplo, permitirá aclarar este tema, si un médico realiza equivocadamente un procedimiento quirúrgico, deberá resarcir a su paciente, considerando sólo los perjuicios derivados de su mal proceder técnico. Si con posterioridad, un paramédico, que realiza mal su trabajo, acrecienta el daño al paciente, el médico no deberá responder por el empeoramiento de la salud del enfermo, imputable a este mal proceder del paramédico. Esta cuestión, que desde un punto de vista teórico, parece sencilla, en los hechos, es particularmente difícil de establecer acabadamente. Para ello, nuestros tribunales de justicia, deberán utilizar las teorías que mencionamos en este párrafo, y que analizamos en materia extracontractual.

Respecto del segundo tipo de concausas, esto es, aquellas que ocurren contemporáneamente con el incumplimiento y que contribuyen a que este se produzca, podemos decir, siguiendo al profesor Rodríguez: “ no hay concausas del incumplimiento que puedan alegarse para atenuar o mitigar la responsabilidad. Si un hecho impide que el deudor despliegue la conducta debida, puede alegar la interrupción del nexo causal (...), pero no una concausa generadora del daño. [Pues] (...) el incumplimiento no admite concausas. O el deudor desarrolla la conducta debida o no la desarrolla y, en este último caso, o se exime de responsabilidad ante

²³⁴ Véanse, por ejemplo, las siguientes sentencias: REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 90]. p. 252. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1926. Santiago, Chile. Tomo XXIII. Sección 1°. p. 273. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1928. Santiago, Chile. Tomo XXV. Sección 1°. p. 472.

²³⁵ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 278.

²³⁶ *Ibíd.*

la imposibilidad de cumplir o reclama contra el tercero que le impidió cumplir, sin perjuicio de responder a su acreedor.”²³⁷

El Daño

Para que se configure la responsabilidad contractual es necesario que se haya generado un perjuicio al acreedor que tenga su origen en el incumplimiento convencional. No cabe duda que en este ámbito, deben repararse los menoscabos patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), que se le hayan ocasionado, pues así lo establece expresamente el artículo 1.556 del C.C. Donde existe discusión, tanto doctrinaria como jurisprudencial, es en determinar si el eventual daño moral derivado de la inejecución convencional, habilita al sujeto activo del contrato para demandar una suma de dinero para compensarlo. Más adelante, abordaremos este interesante problema.

Afirmamos, al iniciar este párrafo, que el incumplimiento contractual legitima al acreedor para solicitar una suma de dinero tendiente a resarcir el daño emergente y el lucro cesante irrogado; cabe recordar en primer lugar la definición de lucro cesante; dijimos en el párrafo 2.3.3.1, que el profesor Alessandri, lo conceptuaba como: “ la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio

.”²³⁸ Por otro lado creemos que el concepto de lucro cesante elaborado por el profesor Hernán Corral, se adecua también plenamente al ámbito contractual: “[La] frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso .”²³⁹

Debemos señalar que en este ámbito no cualquier perjuicio habilita para demandar su resarcimiento. Debe tratarse de un daño de cierta significación. Siguiendo al profesor Rodríguez, creemos que el concepto de daño contractual no es idéntico al del ámbito extracontractual, ya que el primero generalmente, tiene límites bien precisos que están vinculados a la noción de prestación.²⁴⁰

Para este académico el perjuicio derivado del contrato puede ser definido como: “ 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.”²⁴¹ Este civilista, clarificando sus ideas, agrega, que el adjetivo virtual debe ser entendido, según el Diccionario de la Real Academia española, como: aquello que “ tiene la virtud de producir un efecto, aunque no lo produce de presente .”²⁴²

3.2.4.1 Requisitos del Daño Contractual para que sea Indemnizable

²³⁷ Op. cit. p. 281.

²³⁸ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 547.

²³⁹ CORRAL, H. Op. cit. p. 148.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 216.

²⁴¹ Ibíd.

²⁴² Ibíd.

El daño debe ser cierto. Los perjuicios reparables en sede contractual y extracontractual deben ser ciertos, esto es, efectivos. El perjuicio patrimonial futuro tendrá este carácter en la medida que sea el resultado del curso normal de los acontecimientos derivados de la inexecución contractual. El lucro cesante, en la forma en que lo hemos definido, es un perjuicio futuro y cierto, ya que el se traduce en una merma patrimonial posterior al incumplimiento. Un aspecto sobre el que ha habido discusión es el referido a determinar si la pérdida de una oportunidad debe ser indemnizada. Piénsese por ejemplo, en el caso de un abogado, que incurre en la negligencia de dejar pasar el plazo legal para interponer un recurso, que en el evento de haber sido acogido habría producido una modificación de una sentencia agravante para su cliente. En una hipótesis como la propuesta, sólo debe resarcirse el daño derivado de la no presentación del escrito impugnatorio de la resolución

judicial; esto es, la pérdida de una posibilidad de resolución favorable.²⁴³ El abogado en el ejemplo analizado, no deberá compensar a su defendido, como si el recurso hubiese sido acogido, ya que incluso su presentación oportuna no garantizaba que fuese aceptado jurídicamente.

El daño debe ser directo. En materia contractual los daños resarcibles deben ser una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento. Esto es, entre la inexecución convencional y el perjuicio, debe existir una relación de causalidad jurídica. En el fondo, no toda consecuencia lesiva de orden patrimonial o moral que afecte al acreedor contractual y que se verifique con posterioridad al incumplimiento puede ser atribuida al deudor. Se excluyen, en materia contractual al igual que en sede extracontractual, los daños indirectos, ya que estos no pueden ser conectados, ni causal ni jurídicamente, a la no ejecución de la prestación a la que se obligó el deudor. Hay un clásico ejemplo en esta materia, que permite diferenciar claramente los perjuicios directos de los indirectos: Si un granjero compra una vaca enferma, que luego de ser adquirida es trasladada a una finca donde contagia la enfermedad que padece a las demás vacas del comprador, consecuencia de lo cual mueren, el vendedor deberá resarcir al adquirente del animal, pagando el precio de la vaca que vendió enferma y de las demás que fenecieron como consecuencia del contagio (daño directo.) Supongamos además, que como resultado de esta masiva muerte de animales, el comprador de la vaca, no puede cumplir con ciertas obligaciones dinerarias, situación que redundará en un embargo y posterior remate de sus tierras, como resultado de lo anterior, el comprador del animal enfermo cae en una profunda depresión y se suicida. Resulta obvio, que el vendedor de la vaca no deberá indemnizar los perjuicios derivados del remate de tierras y el ulterior suicidio del propietario de las vacas (daño indirecto), pues dichos sucesos adversos no son una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento.

Sólo es indemnizable el daño probado o presumido legalmente. Los daños patrimoniales que tienen su fuente en la inexecución contractual deben ser acreditados, por regla general, en juicio para que puedan ser indemnizados. Ocurre que en ciertas áreas del derecho, excepcionalmente, algunos perjuicios son presumidos, (V.gr obligaciones de dinero, algunos daños regulados en el Código de Aeronáutica o en la Ley Eléctrica) por lo que no necesitan de prueba para ser resarcidos.

²⁴³ RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] p. 247 y 248.

Respecto del daño moral, creemos, que él debe ser indemnizado en materia contractual. Con relación a ellos, pensamos, que siempre -a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual- deben ser acreditados en juicio.

3.2.4.2 El Daño Moral en Materia Contractual

Como ya lo anticipáramos, sigue vigente la discusión dogmática y jurisprudencial referente a si en el ámbito contractual deben o no indemnizarse los daños morales

derivados de la inexecución convencional. Los profesores Arturo Alessandri²⁴⁴ y

Claro Solar,²⁴⁵ por ejemplo, sustentaron la tesis que en materia contractual los daños morales no se indemnizan. El primero de estos autores, sobre esta materia, afirmaba: “ En materia contractual, el deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, salvo que pueda imputársele dolo, en cuyo caso responde aún de los imprevistos (artículo 1.558), y el daño moral no es indemnizable, a lo menos en el estado actual de la jurisprudencia.

”²⁴⁶ De la opinión del profesor Alessandri se desprende que él no cierra categóricamente la posibilidad que, con posterioridad a la redacción de su obra de responsabilidad, pueda haber un cambio en la opinión de los tribunales de justicia en lo referente a la compensación de daños extrapatrimoniales en el terreno contractual. En general la tendencia que se advierte en esta materia en la actualidad, es a que los tribunales acepten con mayor facilidad que antaño, la posibilidad de resarcimiento íntegro en este ámbito; con todo aún existen pronunciamientos jurisdiccionales que

niegan la indemnización a título de daño moral en sede convencional.²⁴⁷ Una sentencia que acoge claramente este último punto de vista es la dictada por la Corte Suprema, con fecha 03 de enero de 2000, en la causa caratulada “Pérez García, Fernando con Fábricas y Maestranzas del Ejército de Chile”, la que resolviendo un recurso de casación en la forma y fondo manifestó en su considerando 51°: “ Que habiéndose también demandado la reparación del daño moral, ello no será aceptado, en razón de que éste es el proveniente de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos, o a las condiciones morales y sociales inherentes a la persona humana (...), y si bien en principio, como cualquier daño, es susceptible de ser indemnizado, en el caso de autos no se divisa cómo puede tener lugar, si lo que enfrenta el actor, un incumplimiento contractual, es el derivado de una situación de negocios que, como todas las de su género, es de por sí incierta y eventual en sus resultados, por lo que carece de la aptitud de producir en una persona los efectos necesarios descritos para dar fundamento

a una indemnización por el concepto que se analiza. ”²⁴⁸ Los argumentos esgrimidos para no dar lugar a la compensación de perjuicios extrapatrimoniales en la esfera contractual, se centran en supuestas razones de texto del C.C

²⁴⁴ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 48 y 49.

²⁴⁵ CLARO, L. Op. cit. N° 1216 y ss.

²⁴⁶ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 49.

²⁴⁷ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1936. Santiago, Chile. Tomo XXXIII. Sección 1°. p 331. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1950. Santiago, Chile. Tomo XLVII. Sección 1°. p. 127. GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. (122) p. 31.

²⁴⁸ Sentencia que entendemos no ha sido publicada.

chileno. Quienes adhieren a este planteamiento sostienen que el artículo 1.556, sería claro en circunscribir la reparación de los perjuicios contractuales sólo al ámbito estrictamente patrimonial. Esta norma prescribe: “ La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente .” Se piensa por los defensores de este planteamiento, que el C.C chileno –y a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual- habría sido explícito en delimitar el ámbito de lo “reparable” en sede convencional al daño emergente y lucro cesante, y como el sentido del artículo 1.556 sería claro, no cabría desatender a su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 19 inciso 1° del C.C.) Se sostiene por los propugnadores de esta posición dogmática, que si se quisiese que los daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual sean indemnizables, se requeriría un cambio legislativo.

Conviene, antes de entrar a analizar las opiniones doctrinarias chilenas que consideran que los daños “extrapecuniarios” son indemnizables en materia contractual, efectuar una breve referencia a lo que ocurre, en esta materia en derecho comparado.

En Francia, por ejemplo, pese a que Domat y Pothier, se opusieron tenazmente a la idea de permitir la reparación del daño moral en materia convencional, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina actual de ese país, acepta que tanto en el ámbito contractual como delictual, deben indemnizarse los daños morales. Sin duda que en la admisión de esta postura jurídica, influyeron la amplitud de los Arts. 1.142 y 1.149 del Código Civil francés, además de la regla exegética romana de no distinción donde la ley no distingue, aplicable a esos preceptos, y el principio de la equidad que

podía utilizarse sin restricciones en Francia.²⁴⁹ ²⁵⁰ Mazeaud y Tunc, haciéndose cargo de la importancia de esta cuestión, nos señalan: “ no existe ninguna razón para tratar de manera diferente, desde nuestro punto de vista, los dos órdenes de responsabilidad. Todos los argumentos invocados a favor de la reparación del perjuicio extrapecuniario en materia de responsabilidad delictual valen también cuando se trata del incumplimiento de un contrato. Tanto en uno como en otro caso, el abono concedido por daños y perjuicios desempeñará satisfactoriamente su papel. Y cabe incluso decir que sería más inicuo en materia contractual que en materia delictual negarle una satisfacción a aquel cuyo patrimonio moral ha sido lesionado; porque ha tenido el cuidado de celebrar una convención para asegurarse una ventaja de orden extrapecuniario; con frecuencia a prometido una contrapartida en dinero; por ese hecho, la evaluación del perjuicio se encuentra grandemente facilitada. ¿Cómo concederle el abono de daños y perjuicios al que padece sufrimientos por la culpa de un tercero y no por la su médico o por la de su transportista? ¿Cómo negarle todo recurso al que haya comprado un retrato, precioso recuerdo de familia,²⁵¹ so pretexto de que la pintura carece de valor pecuniario? ”

En Suiza, los artículos 47, 49 y 99 del Código de las Obligaciones de ese país resuelven de manera explícita, el problema de la indemnización del daño moral.

²⁴⁹ FUEYO, F. Op. cit. [nota 215] p. 371.

²⁵⁰ MAZEAUD, H y otros. Op. cit. [nota 6] p. 465 y 466.

²⁵¹ Op. cit. pp. 467 y 468.

Estas normas prescriben su plena reparabilidad, tanto en el ámbito aquiliano como contractual.

En España, su Código Civil se basó en el Código Napoleónico, por esta razón su preceptiva no contempla, ni en materia delictual ni contractual normas que establezcan expresamente la compensación del daño extrapecuniario. Con todo el artículo 1.902, similar a nuestro 2.314, que dispone: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, ha servido a la dogmática civil y a la jurisprudencia de ese país, para fundar la reparación de los perjuicios morales, en los dos ámbitos de responsabilidad.

El Código Civil peruano de 1984, establece expresamente la reparación del daño moral en el artículo 1.322, en los siguientes términos: “ El daño moral, cuando el se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento .”

Pablo Rodríguez, sustentando una tesis que podríamos calificar de ecléctica, se muestra partidario de aceptar la reparación del daño moral en la medida que él haya tenido consecuencias económicas, esto es, si ha afectado la capacidad productiva, administrativa o intelectual del acreedor. ²⁵² **La ventaja de esta postura dogmática es que permitiría el otorgamiento de indemnizaciones de los perjuicios morales, sin contradecir a quienes ven en el artículo 1.556, una norma que asegura sólo la reparación de daños con contenido pecuniario (daño emergente y lucro cesante.) Sin embargo, el inconveniente que presenta, es que deja sin debida indemnización los menoscabos, las aflicciones y pesares que experimentan las personas y que no tienen un reflejo pecuniario.**

En el presente, un sector importante de la jurisprudencia y doctrina nacionales se inclinan por aceptar la compensación del daño extrapatrimonial en la esfera contractual. Esta es la opinión, entre otros, de: Leslie Tomasello, ²⁵³ **Fernando Fuego,** ²⁵⁴ **Ramón Domínguez A.** ²⁵⁵ **y Carmen Domínguez.** ²⁵⁶ **El profesor Fuego, por ejemplo, encuentra en el principio de la buena fe objetiva, la base teórica para justificar la reparación de perjuicios morales derivados de la contravención del contrato: “[No] puede pensarse que, en materia contractual, la división de los daños reparables en <<daño emergente>> y <<lucro cesante>> puede excluir la posibilidad de reparación amplia, pues esta división atiende a un ángulo de actualidad o futureidad del perjuicio en cuanto a su ocurrencia . La ejecución de buena fe de los contratos, que encauza sus efectos hacia la obtención de lo legítimamente esperado, sin detrimento de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del contratante, confirma igual conclusión de ser reparables ambas formas. Finalmente, a mayor abundamiento, ilógico y antijurídico sería que la tutela del Derecho recayera sobre cierto tipo de derechos subjetivos, a propósito de ciertos daños, y excluyera arbitrariamente otros, igualmente dignos de protección, aunque su medición sea**

²⁵² RODRÍGUEZ, P. Op. cit. [nota 184] pp. 232 y ss.

²⁵³ TOMASELLO, L.1969. El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

²⁵⁴ FUEYO, F. Op. cit. [nota 215] p. 375 y 376.

²⁵⁵ DOMÍNGUEZ, R. Consideraciones en Torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una Visión Comparatista. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 188, 1990

²⁵⁶ DOMÍNGUEZ, C. 2000. El Daño Moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 359 y ss.

más difícil y se logre sólo por aproximación.”²⁵⁷ Carmen Domínguez, por su parte señala, refiriéndose al tema: “creemos que existen, en la actualidad, una serie de argumentos por los cuales la jurisprudencia no sólo se encuentra autorizada, sino incluso obligada a eliminar la distinción introducida entre la responsabilidad contractual y extracontractual por daño moral. En otras palabras, los tribunales no sólo no tienen impedimento alguno para reconocer el daño extrapatrimonial, sino que poseen además todas las herramientas necesarias para modificar la que hasta

ahora ha sido su tradicional doctrina.”²⁵⁸ Una de sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, da cuenta del cambio de opinión jurisprudencial, en lo referente a la aceptación del daño moral en materia convencional, en nuestros días: “Que, en cuanto al daño moral, la demandada insiste en exponer con latitud un punto de vista que la doctrina y jurisprudencia nacionales ha superado ya de manera mayoritariamente uniforme, éste es indemnizable tanto contractual como extracontractualmente.”²⁵⁹

Nuestra Opinión sobre el Daño Moral en Materia Contractual

Nosotros postulamos que del hecho que de manera poco frecuente se generen perjuicios extrapatrimoniales en la esfera contractual, no se sigue que los mismos no se verifiquen en este ámbito, al menos ocasionalmente, y que presenten cierta trascendencia. La ocurrencia de esta clase de menoscabos extrapecuniarios estará, por lo común, asociada a los delitos o cuasidelitos civiles y su ocurrencia en el ámbito convencional es más bien excepcional y regularmente de menor entidad. El examen de la jurisprudencia nacional y comparada corrobora estas afirmaciones. Piénsese, que si un transportista de pasajeros se desplaza a exceso de velocidad en una carretera y como consecuencia de ello colisiona con un bus, generando múltiples lesionados, tanto entre sus transportados como entre los pasajeros del otro vehículo, nadie desconocería el hecho que los pasajeros del bus embestido, tendrían derecho a solicitar indemnización por los daños patrimoniales y morales sufridos como consecuencia del delito o cuasidelito civil. La pregunta que cabe hacerse es: ¿Resulta justo que los individuos transportados por el bus que chocó, unidos por un contrato de transporte con el conductor de él, que experimentaron considerables daños a su salud física y moral, se vean constreñidos a solicitar sólo reparación del daño emergente y lucro cesante sufrido y no compensaciones por las aflicciones extrapatrimoniales vividas? Otro ejemplo de daños relevantes de carácter extrapecuniario encontramos, en la hipótesis de una empresa de servicios funerarios que deja abandonados los restos de una persona fallecida, para cuyo funeral fueron contratadas. Otro caso interesante, resuelto por nuestra jurisprudencia, es el de una persona que se sometió a un examen de sangre en un laboratorio, para determinar si tenía VIH; producto de un error se estableció que dicho individuo tenía dicha enfermedad, consecuencia de lo cual fue despedido de su trabajo y cayó en una profunda depresión que casi lo llevó al suicidio.²⁶⁰

²⁵⁷ FUEYO, F. Op. cit. [nota 215] p. 375.

²⁵⁸ DOMÍNGUEZ, C. Op.Cit. p. 360.

²⁵⁹ GACETA JURÍDICA. 2002. Santiago, Chile. (270) p. 190.

²⁶⁰ GACETA JURÍDICA. 2001. Santiago, Chile. (257) p. 47

Del examen de casos como estos se concluye, que resulta imprescindible buscar los argumentos para justificar la compensación de estos perjuicios en sede convencional. Además de las razones señaladas por los autores -que citamos páginas atrás- creemos que del hecho de que el artículo 1.556 disponga que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, no se concluye necesariamente, la exclusión de la compensación del daño extrapecuniario. En primer lugar la norma en análisis no lo descarta explícitamente. Por otro lado el modelo principal del Código de Bello, fue el Código Civil francés, que al igual que el nuestro guarda silencio sobre el particular, lo que no ha impedido, a buena parte de la jurisprudencia y doctrina de ese país europeo, aceptar la reparación de ese tipo daños. Esta omisión en el Código Napoleónico, se debe sin duda, a que este tema en la época de su redacción, no había alcanzado gran desarrollo.

Compartimos con el profesor Fueyo, la opinión que la buena fe objetiva, sirve para justificar el resarcimiento de los menoscabos extrapecuniarios, pues esta noción impone a los contratantes una actuación correcta, leal y justa en todo el íter contractual. Si una de las partes de la convención incumple sus deberes convencionales, justo es que repare no sólo el daño pecuniario ocasionado, sino también el moral.

Por otro lado, muchos de los bienes jurídicos que se pueden ver afectados por la infracción contractual, tienen resguardo constitucional: artículo 19 N° 1, Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; artículo 19 N° 4 Derecho al honor, etc. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha manifestado: “Sobre la procedencia de la indemnización moral proveniente del incumplimiento contractual, nuestra jurisprudencia se ha uniformado, fundada especialmente en que al decir el artículo 1.556 del Código Civil que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros. Además, atendido de que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se halla el artículo 19 N°1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino que también la integridad física y psíquica de la persona. Esta última, como en el caso de autos, puede verse trastornada por el incumplimiento en que incurrió uno de los contratantes.”²⁶¹

Creemos además que un tratamiento disímil en esta materia entre los daños morales irrogados en sede extracontractual y contractual, resulta contrario a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), pues la autoridad jurisdiccional estaría estableciendo diferencias arbitrarias en una materia que debiese abordarse por parte de ellos con mayor similitud; no olvidemos que parte de la doctrina civilista es partidaria de un tratamiento uniforme para los dos estatutos de la responsabilidad civil. Nosotros, si bien no nos inclinamos por aceptar tal regulación única, creemos que ambos órdenes presentan semejanzas en algunos aspectos, entre los cuales se encuentra esta materia.

Para finalizar este párrafo transcribiremos algunos considerandos contenidos en una sentencia confirmada por la Corte Suprema, que recogen cabalmente nuestra posición sobre esta temática:

²⁶¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1998. Santiago, Chile. Tomo XCV.

”20° Que, cuando el 1556 del C.C., establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, no queda excluida la reparación del daño moral, puesto que no se ha establecido que la indemnización sólo comprenda los conceptos antes aludidos. Todo daño directamente emanado y previsto, derivado del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de obligaciones contractuales, debe indemnizarse .”

”21° Que, los bienes extrapatrimoniales de una persona, como la salud o la integridad física y psíquica, tienen un valor que en la mayoría de los casos sobrepasa el de los bienes materiales, por lo tanto, si la jurisprudencia a dado cabida, desde hace tiempo a la indemnización del daño moral por perjuicios causados por un delito o cuasidelito civil, no se ve razón que justifique negarla si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede del cumplimiento imperfecto de una obligación contractual .”^{262 263}

3.2.4.3 Ideas Generales sobre la Reparación del Daño Moral en Materia Laboral.

En este apartado realizaremos sólo una referencia general al daño extrapecuniario en el ámbito del Derecho del Trabajo, analizando en los capítulos siguientes las hipótesis específicas dentro del íter contractual laboral donde se manifiesta. Resulta pertinente señalar que el daño extrapatrimonial, en general, ha sido sistematizado principalmente por la dogmática civil y su tratamiento laboral resulta escaso y habitualmente muy influenciado por esta última.

Como bien sabemos, el Código del Trabajo regula una serie de obligaciones de carácter patrimonial de cargo tanto del empleador como del trabajador. Comprendida dentro de las que deben ser satisfechas por el primero, se encuentra, por ejemplo, el deber de pagar la remuneración por los servicios personales prestados por el asalariado. A ésta se agregan las normas de protección a las remuneraciones que el Código del Trabajo de nuestro país regula en los artículos 54 y siguientes.

Pero la naturaleza de las relaciones laborales engendran otro tipo de obligaciones, a las que los tratadistas han dado en nombre de “contenido ético jurídico del contrato de trabajo”, que puede ser definido como: el cúmulo de deberes y derechos de naturaleza moral o ética, inherentes al contrato de trabajo y que obligan a las partes de éste a conducirse, en sus relaciones mutuas, conforme a los principios de buena fe, dignidad, respeto, protección, lealtad y obediencia.

El contenido moral aludido impone a los sujetos de la relación laboral un nivel de diligencia y respeto por el otro, que las compele a actuar con un estándar de cuidado ²⁶⁴ más exigente que el habitual en relaciones jurídicas civiles de rasgos similares , habida consideración de los bienes jurídicos laborales involucrados.

Como lo anticipáramos, las definiciones de daño moral formuladas por la doctrina y jurisprudencia laboral son particularmente semejantes a las elaboradas

²⁶² GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 261] p. 47

²⁶³ En el mismo sentido, véase la sentencia de 20 de octubre de 1994, dictada por la Excelentísima Corte Suprema, citada por MERKLE, S. GACETA JURÍDICA. 2003. Santiago, Chile. (272) p.100.

²⁶⁴ Nos referimos básicamente a contratos bilaterales, onerosos, conmutativos, de tracto sucesivo, principales, entre otras características ya enunciadas.

para el ámbito civil. El laboralista argentino Antonio Vásquez Vialard define el daño extrapatrimonial, en términos amplios, como: “ *la lesión de un bien o interés jurídico no patrimonial* ”²⁶⁵

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 26 de septiembre de 1990, estableció que el daño moral, para efectos laborales, es: “ la lesión o agravio, efectuado culpable y dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona, imputable a otra, sea natural o jurídica .”²⁶⁶

Esta misma forma de conceptualizar el daño extrapecuniario se manifiesta, por ejemplo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que sobre el particular expresó: “ no es superfluo acotar que el daño moral, entendido como el sufrimiento o afección psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y, familia, manifestándose en lógicas y notorias mortificaciones, pesadumbres y depresiones del ánimo, necesariamente debe ser indemnizado cuando se produce en sede contractual .”²⁶⁷

Por su parte la Corte de Apelaciones de Concepción, ha definido el daño moral, señalando que éste “ consiste en el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. También se ha dicho que es aquel que proviene de toda acción u omisión que puede estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana; en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño .”²⁶⁸

No nos cabe duda que en la esfera del Derecho del Trabajo, el daño moral o extrapatrimonial, en ciertos casos, presenta la entidad o magnitud suficiente para legitimar su compensación pecuniaria. Tales hipótesis pueden configurarse en las distintas etapas del íter contractual, esto es en las tratativas preliminares que normalmente tendrán relación con la selección de los trabajadores; durante la ejecución del contrato o con posterioridad al término de la relación laboral.

En cuanto al primero de estos estadios, ya analizamos los derechos que pueden verse infringidos durante la elección de los futuros trabajadores y dedicaremos un capítulo al análisis de la responsabilidad del empleador en los casos de despido declarado judicialmente como indebido, injustificado o improcedente, por lo que el estudio de los daños extrapatrimoniales en este apartado, estará circunscrito, principalmente, a aquellas hipótesis ocurridas durante la ejecución del contrato.

Para comenzar diremos que el empleador tiene sobre sí, la obligación de otorgar protección al trabajador, esta carga es regulada en los títulos I, II y III del Libro II del Código del Trabajo. Este deber es la contrapartida de la obligación de fidelidad y obediencia del trabajador para con su patrón y es una consecuencia del llamado poder de mando. Los tribunales de justicia han estimado que esta obligación contractual se infringe en los casos de accidentes del trabajo, según tendremos oportunidad de ver, aunque tratándose de éstos

²⁶⁵ VASQUEZ, A. Op. cit. p. 95- 96.

²⁶⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1990. Santiago Chile. Tomo LXXXVII.

Sección Tercera. p. 167.

²⁶⁷ GACETA JURÍDICA. (260) p. 190.

²⁶⁸ GACETA JURÍDICA. 2002. Santiago, Chile. (266) p. 216.

existe norma expresa (artículo 69 de la Ley 16.744) que zanja cualquier discusión referente a la procedencia del daño moral en esta área. Estimamos que esta norma al prescribir de un modo indubitado la reparación de los perjuicios extrapequiaros, ha facilitado de modo importante la labor de los tribunales de justicia y los intereses de las víctimas (tanto directas como indirectas) de que se vean satisfechos sus requerimientos compensatorios en esta materia.²⁶⁹

Por otra parte, el empleador está obligado a otorgar asistencia en caso de enfermedad del trabajador, situación que, en nuestro país, recibe igual tratamiento que los accidentes del trabajo, pues se ha establecido un seguro obligatorio y universal que los cubre a ambos.

Pero existen otros casos de incumplimientos de deberes de carácter contractual que podrían generar daños extrapequiaros a los dependientes. Tal es el caso, por ejemplo, de infracciones a la dignidad de los trabajadores, uso indebido del *ius variandi*²⁷⁰ o, en general, cualquier abuso en el ejercicio del derecho de autoridad o mando²⁷¹ que el sistema jurídico reconoce al empleador. La cuestión controvertida será entonces dilucidar si es procedente la indemnización del daño moral es estos casos.

Vimos como en materia contractual civil, la jurisprudencia y doctrina han ido superando mayoritariamente la postura de que los perjuicios morales no se reparan en sede convencional. A este respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha manifestado – siguiendo esta tendencia-, en el ámbito del Derecho del Trabajo: “Que encontrándose previsto expresamente que corresponde al empleador satisfacer los daños materiales derivados del trabajo, no se advierte alguna razón que le exima de la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de la inherente obligación del contrato de trabajo antes destacada, [deber de higiene y seguridad] porque uno y otro tipo de daño, conforme a la norma del artículo 2.314 del Código Civil, deben ser indemnizados, y porque la indemnización siempre debe ser completa.”²⁷²

“El tema vinculado al daño moral, dada la estructura de la relación laboral, tiene una importancia fundamental en este ámbito del derecho. De acuerdo con los deberes de cumplimiento que surgen de lo pactado en el contrato, una persona (el trabajador) pone su capacidad de trabajo a disposición de otra que la dirige, de manera tal que según lo reconoce la mayoría de la doctrina – que al efecto ha adoptado la denominación como elemento característico de la relación- le está <<subordinado>>. Como consecuencia de ello, en esa relación, a diferencia de otras, el vínculo entre las partes que se expresa a

²⁶⁹ Lo expresado es sin perjuicio de las consideraciones respecto a los titulares y tribunal competente para conocer de la acción indemnizatoria, según tendremos oportunidad de ver en el Capítulo dedicado al análisis de la responsabilidad por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

²⁷⁰ Resulta necesario recordar que el artículo 12 del Código del Trabajo, permite al empleador alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo al trabajador. Además, con sujeción a esta norma se puede alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos. Por su parte, la Dirección del Trabajo, en Dictamen 5585, de 10 de noviembre de 1999, ha señalado que debemos entender por menoscabo “todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador de la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversas frecuencia de turnos, etc.”

²⁷¹ Este derecho, en específico, otorga al empleador la facultad de organizar el trabajo de modo tal que las actividades que desarrolla el trabajador se realicen en consonancia con los objetivos económicos perseguidos por el empleador.

²⁷² GACETA JURÍDICA. 1997. Santiago, Chile. (207) p. 188.

través de los débitos a cargo del trabajador (no ocurre siempre así respecto del empleador) se realiza en forma directa y personal; no se mediatiza a través de una cosa, sino que su objeto constituye precisamente una prestación personal por parte del empleado (...) Este débito constituye para el trabajador una obligación personalísima e indelegable, por lo que adquiere el carácter de *intuitu personae*. Por lo tanto, en razón de la propia estructura de la relación laboral que vincula a las partes, la prestación de una de ellas es personal (...) Si bien presenta características que formalmente pueden ser similares a la tarea realizada por cualquier otra persona, tiene una realidad personal, por lo tanto irreproducible; en ella el trabajador compromete toda su persona. Si en algún ámbito del derecho el concepto de <<daño moral>> puede tener alguna aplicación, es precisamente, en el del trabajo. La razón de la circunstancia de la <<subordinación>> a que está sujeto el trabajador en el cumplimiento de su débito, resulta proclive para que la actuación de la otra parte, que dirige esa actividad humana, puede menoscabar la facultad de actuar que disminuye o en su caso, frustra totalmente la satisfacción de un interés no patrimonial.”²⁷³

A modo de conclusión, diremos que aquellas infracciones de deberes impuestos por la ley laboral, que no habiliten para poner término al contrato de trabajo, y que generen un perjuicio relevante al trabajador, deben dar lugar a la indemnización del daño extrapecuniario, teniendo como fundamento para ello las disposiciones Constitucionales y del derecho común²⁷⁴ que, según tuvimos oportunidad de ver, se han ido abriendo –en su interpretación jurisprudencial y doctrinaria- a la aceptación de la reparación de los perjuicios de ese carácter. A estas normas de carácter positivo debemos agregar aquellas de carácter moral-convencional derivadas del ya mencionado contenido ético jurídico del contrato de trabajo.

El destacado autor nacional René Ramos Pazos, ha manifestado al respecto: “En Chile, hoy día, frente al texto constitucional – artículo 19 N° 1 inciso 1° y 4, que asegura a todas las personas tanto el derecho a la integridad física y psíquica (N° 1), y el honor, no parece sostenible seguir negando la indemnización del daño moral. En estas disposiciones constitucionales y no en el artículo 1.556 deben fundarse las demandas por daño moral.”²⁷⁵

Respecto de la prueba del daño extrapecuniario en sede laboral sostenemos la tesis, que dada su naturaleza, debe existir actividad probatoria dirigida a acreditar la existencia de perjuicios de este tipo. Con todo, estas probanzas deben ser menos rigurosas que las exigidas para acreditar perjuicios de carácter patrimonial, dada su especial estructura ontológica. Con relación al establecimiento del quantum indemnizatorio por este concepto, creemos que resultan legítimas las facultades legales conferidas a los jueces, para determinar su monto conforme al sistema de valoración de la prueba de la sana crítica o en conciencia, según lo preceptuado por los artículos 455 y 459 del Código del Trabajo, respectivamente.

²⁷³ VAZQUEZ, A. Op. cit. p. 754- 755.

²⁷⁴ Estas normas de naturaleza Constitucional y Civil, fueron examinadas en el apartado 3.3.4.2.1.

²⁷⁵ RAMOS, R. 1999. De las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 283.

3.3 Conclusiones al Capítulo Tercero

Nos parece importante enfatizar ciertos aspectos examinados en este Capítulo de la Memoria y que presentan interés dogmático. Pensamos que la discusión suscitada con fuerza en la doctrina laboral comparada – y con menor vigor en el ámbito nacional- referente a establecer si la vinculación entre el trabajador y la empresa, requiere o no forzosamente de un contrato de trabajo para perfeccionarse, no es sostenible teóricamente en nuestro país, ya que del examen de las diversas disposiciones legales que regulan el Derecho Laboral, principalmente contenidas en el Código del Trabajo, se desprende –a nuestro juicio inequívocamente- que la voluntad del legislador fue entregar estas materias a la regulación convencional. Además de los argumentos esgrimidos en el párrafo 3.1.1, debemos agregar que el libro primero de este Código, se denomina “DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y DE LA CAPACITACIÓN LABORAL”, designación que no resulta casual, si se atiende al hecho que dentro de las normas que en él se contienen se regulan materias como la “capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de los menores” (Capítulo II TITULO I). Su TITULO II, se refiere a “los contratos especiales”; dentro de la preceptiva de este TITULO, encontramos el Capítulo I, que regula el “Contrato de aprendizaje”. Su Capítulo II, se denomina “Del contrato de trabajadores agrícolas”, etc. Además de estas expresas referencias contractuales creemos que del hecho que el contrato de trabajo, sea dirigido, no se desvirtúa su carácter convencional. Dentro de diversos ámbitos de la legislación encontramos figuras “negociales” de tipo dirigido que participan de la naturaleza contractual.

En relación al estándar de conducta exigido en materia convencional laboral, afirmamos que respecto de las obligaciones con contenido pecuniario, las partes debían observar la conducta del buen padre de familia, por ser el contrato de trabajo una convención que beneficiaba tanto al empleador como al trabajador. Señalamos también, que respecto de las obligaciones de naturaleza “jurídico personal”, la actuación de las partes debía ser más esmerada, en atención a los bienes jurídicos involucrados que pueden ser lesionados: integridad física y psíquica del dependiente, buen nombre del empleador, etc.

Consideramos laudable que los tribunales de justicia estén cada vez más abiertos a aceptar la compensación del daño moral, en todas las hipótesis de perjuicios relevantes. Sabemos, que en materia extracontractual civil, las opiniones son casi unánimes en lo referente a admitir su legítima reparación. Por otro lado creemos que la valoración cada vez más integral del ser humano debe llevar a eliminar odiosas diferencias que algunos aún formulan en esta materia, dependiendo de la esfera en que nos encontremos (contractual o extracontractual.) Pensamos haber clarificado nuestra postura de reparación amplia del perjuicio extrapatrimonial en materia Civil y Laboral.

CAPÍTULO IV LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR EL HECHO AJENO

Antecedentes Generales

Nuestra jurisprudencia mayoritaria ha fundado la responsabilidad civil del empresario por el hecho ajeno, en dos normas contenidas en el C.C chileno, que son el artículo 2.320 y el artículo 2.322. La primera de ellas dispone: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.” (inciso 1°). En su párrafo 4°, este precepto establece: “Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.” El artículo 2.322, dispone, por su parte: “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista (inciso 1°) Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo *impropio que* los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes” (inciso 2°.)

La doctrina nacional predominante también ha utilizado estos dos preceptos para fundar la responsabilidad del empresario por el hecho ilícito de sus dependientes. Sin embargo, a nuestro juicio, el artículo 2.322, regula una situación diversa; este artículo normaría la responsabilidad del amo por el hecho de sus criados o sirvientes exclusivamente y no la responsabilidad del empresario.²⁷⁶ El argumento que consideramos más convincente a este respecto, es el elaborado por Alessandri, quien sostuvo, en su clásica obra de responsabilidad, que el Código Civil cuando emplea las expresiones criados o sirvientes, éstas aparecen utilizadas en el sentido de personas que se ocupan del servicio doméstico. Véanse, por ejemplo los artículos 73, 815 y 1.993 del C.C., para refrendar lo apuntado.²⁷⁷

La pregunta que cabe hacerse al iniciar este capítulo, es por qué el empresario o empleador debe responder civilmente de los delitos o cuasidelitos perpetrados por su dependiente. Debemos señalar antes de empezar a contestar esta interrogante, que esta obligación de reparación por el hecho ajeno, ha generado problemas dogmáticos de importancia, como tendremos oportunidad de ver. Siguiendo en esta materia al profesor Pedro Zelaya Etchegaray tanto en su libro “La Responsabilidad Civil del Empresario por los daños Causados por su Dependiente.”²⁷⁸, como en su artículo “La Responsabilidad Civil

²⁷⁶ En el mismo sentido: ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 378.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ ZELAYA, P. 1995. La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente. Naturaleza y

del Empresario por el hecho de su Dependiente”²⁷⁹, podemos clasificar las diversas teorías, que se han elaborado para justificar esta imposición de consecuencias indemnizatorias de cargo del empleador, de la siguiente manera: A) Doctrina de la Culpa *In Eligendo vel Vigilando*, B) La Responsabilidad Vicaria, refleja o Substitutiva y C) La Responsabilidad Civil del empresario por Riesgo de Empresa. Procedamos a su análisis.

4.2 Doctrina de la Culpa In Eligendo vel Vigilando

Esta construcción dogmática plantea que el empresario o empleador deben indemnizar a la víctima de un delito o cuasidelito perpetrado por su dependiente o subordinado, en la medida que el primero haya obrado con culpa, sea en la elección del dependiente (culpa *in eligendo*) o en el control de la ejecución de sus actos que pueden generar daño (culpa *in vigilando*). Esta doctrina es denominada en el ámbito anglosajón como: “*Master’s fault theory*” o “*Master’s torts theory*”, pues exige una culpa específica del empresario o empleador. Esta teoría es recogida, entre otros, en los Códigos Civiles de los siguientes países: Alemania (artículo 831-1), Austria (artículo 1.314 y 1.315), Suiza (artículo 55-1), España (artículo 1.903-4), Brasil (artículo 1.521), México (artículo 1.924 y 1.926), etc.²⁸⁰

Nuestro Código Civil también adhiere a este planteamiento en los artículos 2320 y 2322²⁸¹, lo que no ha obstado para que parte de la jurisprudencia nacional, haya extendido este deber indemnizatorio del empleador casi hasta los límites de la responsabilidad estricta, como tendremos oportunidad de ver.

La doctrina de la de la Culpa *In Eligendo vel Vigilando*, postula que el empleador o empresario es responsable de los hechos ilícitos en que ha incurrido su dependiente, en la medida que pueda imputársele una culpa al elegir, vigilar, controlar o dirigir al empleado que ha irrogado daños extracontractuales a un tercero. En el fondo el titular de la empresa o patrón debe indemnizar a la víctima de los perjuicios, porque hay algo reprochable en su actuar: el no haber empleado la debida diligencia en la evitación de perjuicios aquilianos por parte de quien está a su cuidado.

Una importante característica de la doctrina en análisis es que en todos los ordenamientos que la contemplan, la responsabilidad del empresario se presume *iuris tantum*, es decir la víctima del daño no deberá rendir probanzas tendientes a acreditar la negligencia del empleador o empresario. Será éste, el que deberá realizar actividad probatoria para liberarse de la obligación indemnizatoria, acreditando diligencia en sus deberes respecto de su subordinado. Esta teoría, en la forma en que la hemos presentado, otorga importantes beneficios a la víctima. Ya estudiamos en la primera parte de esta memoria, que por regla general, el afectado por los perjuicios extracontractuales debe probar la culpa de la persona de la que demanda indemnización, cuestión que sabemos, en muchos casos resulta particularmente difícil. Por otro lado, el hecho de que el ordenamiento jurídico imponga deberes indemnizatorios de cargo de quien, habitualmente, tiene mayor solvencia económica (el empresario o empleador), ayuda a que efectivamente

²⁷⁹ ZELAYA, P. 1993. La Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho de su Dependiente. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1993. Santiago, Chile. Tomo XC. p. 120 y ss.

²⁸⁰ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 279] p. 34.

²⁸¹ Según Hernán Corral, nuestra legislación habría adoptado en esta materia una sistema mixto, mezcla entre la responsabilidad vicaria y del sistema de la culpa presumida. CORRAL, H. Op. cit. p. 231.

el perjudicado por el delito o cuasidelito civil, reciba una indemnización que lo resarza de los menoscabos experimentados. Por lo general, el subordinado (agente directo del daño), no cuenta con los recursos pecuniarios necesarios para satisfacer cabalmente las “pretensiones reparatorias” del afectado por el hecho ilícito.

Este enfoque teórico, se adecuaba bien a la economía existente hasta la primera mitad del siglo XIX, donde el empresario elegía directamente a sus subalternos y podía controlar efectivamente su actuar; recordemos que en ese entonces el tamaño de las empresas y su nivel de producción no son comparables a las de los tiempos actuales. En el presente existen unidades económicas que adoptan la forma de sociedades anónimas, que exhiben una estructura organizacional muy desarrollada e intrincada. Por otro lado en la actualidad, el trabajo de selección de los dependientes, muchas veces es llevado a cabo, por personas distintas del titular de la empresa, incluso estas labores quedan entregadas con frecuencia a entidades externas a ella.²⁸² Además la supervigilancia efectiva del actuar de los dependientes, por parte del propietario de los medios de producción, resulta en gran medida una ficción, puesto que dada la complejidad de la empresa actual y la producción a gran escala, muchas de las funciones ejecutadas al interior de ella requieren conocimientos profesionales y técnicos muy especializados, en los que muchas veces el empresario no está plenamente interiorizado. Resulta conveniente transcribir sobre esta materia, la opinión del profesor Zelaya: “Esta doctrina –responsabilidad por culpa presunta [delempresario]- se adaptó perfectamente a las condiciones sociales y culturales de aquellas sociedades caracterizadas por un escaso desarrollo industrial y empresarial, donde las economías eran de pequeña escala y se fundaban principalmente en la actividad agrícola o en la explotación artesanal. Eran sociedades pequeñas, con una organización simple, basadas en una economía rudimentaria y doméstica, donde la cooperación y el intercambio de bienes y servicios eran todavía muy precarios e incipientes. En una sociedad de estas características, el sistema de trabajo y de producción solía ser muy sencillo y personalizado. La relación entre los distintos sujetos que participaban en la actividad económica era muy estrecha y directa, sin mayores especializaciones.”²⁸³

En el estado actual de desarrollo de la economía, resulta además inviable un control estricto de todas las actividades ejecutadas en el interior de la empresa, pues ello encarecería los costos de operación de ella de modo considerable y entrabaría además las múltiples acciones productivas que deben realizarse para ofrecer un producto o servicio competitivo en el mundo globalizado de hoy.

Para evitar confusiones y equívocos no examinaremos los presupuestos que la dogmática civil señala como necesarios para que esta teoría opere, pues presentan algunas diferencias de importancia dependiendo del país que consideremos. Señalaremos, eso sí, con posterioridad y en extenso, los requisitos para que esta doctrina reciba aplicación en Chile y como resultado de ello, deba el empleador reparar pecuniariamente el hecho ilícito de su dependiente.

4.3 La Responsabilidad Vicaria, Substituta o Refleja

²⁸² ABELIUK, R. Op. Cit. [nota 57] p. 247.

²⁸³ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 279] p. 36.

Este sistema de responsabilidad descansa sobre la idea de que el empresario, empleador o comitente, debe indemnizar el daño extracontractual provocado por su empleado, asalariado o auxiliar, cuando cualquiera de éstos hayan cometido un delito o cuasidelito civil, en el ejercicio de sus funciones laborales, aunque el titular de la empresa, patrón o comitente haya obrado correctamente, esto es, sin que pueda atribuírsele una conducta descuidada o maliciosa en la elección o vigilancia de estos subordinados. Este sistema de responsabilidad es recogido positivamente –entre otros-, en los Códigos Civiles de los siguientes países: Francia (artículo 1.384-5),²⁸⁴ Italia (artículo 2.049), Portugal (artículo 500), Grecia, (artículo 922) y en el ámbito del *Common Law*. En el mundo Angloamericano, a esta teoría se la denomina con el nombre de “*Vicarius Liability*” o “*Respondeat Superior Theory*”.²⁸⁵

Este enfoque dogmático –y a diferencia de la doctrina de la culpa *In Eligendo vel Vigilando*- hace recaer la obligación de pagar la indemnización de perjuicios en el empresario, sin que éste, para exonerarse de ella, pueda rendir prueba liberatoria de cuidado esmerado. Aún cuando en este sistema el titular de la empresa o empleador, puede repetir por el monto de lo pagado contra su subordinado, agente generador del daño, su situación jurídica, pensamos, se encuentra más deteriorada que en el sistema de culpa presumida tratada precedentemente, pues el comitente, deberá pagar la indemnización de perjuicios inevitablemente. Por otro lado, el derecho de repetición que tiene, muchas veces presenta sólo un carácter nominal, ya que el subordinado, habitualmente no tendrá medios pecuniarios suficientes para reintegrar la cantidad pagada por su superior.

En síntesis, esta doctrina se caracteriza por los elementos que pasamos a señalar: A) No es necesario probar, como se dijo, culpa o dolo de parte del empresario o empleador. Tampoco puede éste, evitar el pago de la indemnización a su cargo, argumentando o acreditando, actuar diligente o cuidadoso. Su responsabilidad es estricta o sin culpa. B) Sí resulta indispensable probar culpa o dolo de parte del dependiente o subordinado, además de los otros requisitos necesarios para configurar un delito o cuasidelito civil, entre ellos, su capacidad extracontractual. Una vez acreditado lo anterior, la responsabilidad del subordinado se “propaga” hacia su empleador / empresario.²⁸⁶ C) Esta responsabilidad del titular de la empresa o patrón, puede estructurarse –dependiendo del sistema jurídico en que nos encontremos- como una responsabilidad directa o subsidiaria, en función de si se permite a la víctima accionar contra el empresario, sin antes intentar su demanda contra el dependiente, o sí solo puede proceder judicialmente contra el titular de la empresa habiendo deducido la acción primeramente contra el subordinado / generador del daño, y habiendo acreditado en juicio su culpa (*in operando*) y su insolvencia económica, respectivamente. D) El empresario o empleador, puede intentar una acción judicial para que el dependiente, le restituya lo pagado por concepto de indemnizaciones por el ilícito perpetrado por éste y que ha causado daño a la víctima (derecho de repetición.)

En la doctrina comparada, se han elaborado distintos fundamentos, para justificar dogmáticamente esta teoría de la responsabilidad vicaria. Procederemos al análisis sucinto

²⁸⁴ RIPERT, G y BOULANGER, J. Op. cit. p. 172. Estos autores, dan cuenta de las distintas interpretaciones doctrinarias, que ha dado la dogmática civil francesa, respecto de la responsabilidad de los comitentes por los hechos dañosos de sus dependientes. Algunos tratadistas de ese país sostienen, que existiría una presunción irrefragable de culpa del primero; otros creen, que la responsabilidad del empleador tendría su base en motivos de orden público o de garantía; otros en cambio, piensan, que esta responsabilidad se fundaría en la noción de riesgo.

²⁸⁵ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 279] p. 75.

²⁸⁶ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 280] p. 123.

de los principales de ellos. A) Presunción *iuris et de iure*. Conforme a este planteamiento, el empresario / empleador, respondería civilmente de los ilícitos perpetrados por sus subordinados, porque existiría de su parte una culpa, que no podría ser desvirtuada por prueba en contrario. Habría –por así decirlo- una suerte de presunción de derecho de comportamiento impropio de parte del titular de la empresa. Resulta evidente que en esta justificación influyó la concepción, tan en boga al momento de la redacción de los códigos decimonónicos, de que sólo existe responsabilidad civil en la medida en que exista una conducta negligente o maliciosa –reprochable, en el fondo- de la persona que debe responder del ilícito civil. B) Otros autores, han entendido, que la responsabilidad vicaria tendría su fundamento, en el hecho de que el empresario obtiene una utilidad o beneficio económico por la actividad desarrollada por sus dependientes (doctrina del riesgo provecho), y que por lo mismo, es justo que asuma también las consecuencias adversas de su desempeño laboral, en este caso, las indemnizaciones por los ilícitos civiles perpetrados por ellos. Sobre este punto Pedro Zelaya, nos expresa: “La doctrina del <<riesgo-provecho>> señala que la responsabilidad estricta del empresario por los actos de sus dependientes es la justa contrapartida al provecho o utilidad que obtiene del trabajo de estos últimos. Si el empresario utiliza, en su exclusivo beneficio económico, la actividad o trabajo de sus dependientes o empleados es justo entonces que también corra con los riesgos y costos que aquella actividad genere. Es el empleador el que se lucra de la actividad laboral ajena en beneficio o utilidad propia pues una vez pagado el precio de aquel servicio o trabajo, se apropia del todo el resultado que luego se incorpora en los bienes que produce (y vende) o servicios que presta.”²⁸⁷ Pensamos, que esta explicación del fundamento de la responsabilidad indirecta, no es del todo satisfactoria, pues no es efectivo que el empleador o empresario, sea el único que reporta beneficios de la actividad económica desarrollada por la empresa; el dependiente también obtiene una retribución por su trabajo (remuneración), por lo que también es parte interesada en el resultado patrimonial que ella obtenga. C) Se ha sostenido por algunos autores, que la noción de garantía es útil para fundar la responsabilidad substituta o vicaria. De acuerdo a este enfoque doctrinal, que entiende el concepto de garantía de un modo amplio, el empresario y su patrimonio se transforman, por el sólo ministerio de la ley, en garantes de los daños ilícitos irrogados a terceros por sus dependientes. Este sistema procura que la víctima del daño pueda perseguir el cobro de la indemnización por perjuicios extracontractuales de manos del empresario -quien será habitualmente- quien dispone de más medios materiales para satisfacerla íntegramente, en el evento que el subordinado no cuente con la solvencia económica necesaria. Esta teoría, en la práctica, puede estructurarse bajo la forma de una garantía directa (similar a la fianza solidaria), o bajo la forma de una garantía subsidiaria (semejante a la fianza simple), dependiendo de si la víctima tiene o no una acción directa en contra del empresario para demandar reparación. Este sistema, deja a salvo el derecho de repetición de este último en contra del dependiente autor del delito o cuasidelito civil.

4.4 La Responsabilidad Civil del Empresario por Riesgo de Empresa

Esta doctrina surgió históricamente, a principios del siglo XX, en EE.UU., alcanzando su mayor desarrollo a partir de la segunda mitad de esa centuria, gracias al notable trabajo de

²⁸⁷ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 279] p. 91.

juristas estadounidenses, que pertenecían a la llamada “Escuela del Análisis Económico del Derecho”. Con todo, esta concepción de la responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente no ha sido desarrollada en todos sus aspectos relevantes, y aún restan por clarificar algunas ideas en relación a ella.

Este enfoque teórico prescinde de la noción de culpa para atribuir responsabilidad al empresario por los hechos dañosos de sus subordinados. De este modo, el primero debe responder civilmente, aún cuando ni a él ni a su subalterno pueda imputársele un comportamiento descuidado, negligente o imprudente. Este sistema dogmático postula que el empresario o comitente, debe resarcir a la víctima inocente de un daño ocasionado por su dependiente, porque el primero se encuentra en mejores condiciones de evitar gran parte de los hechos de carácter perjudicial que pueden afectar a terceros. Respecto de aquellos sucesos dañosos que no pueden ser precavidos en específico –por ser una consecuencia inevitable del proceso productivo- el titular de la empresa puede distribuir su costo económico de un modo eficiente, ya sea a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, cuya prima será un gasto más de su actividad económica, o mediante el traslado de lo que deba pagar por ellos, al precio del producto o servicio que ofrece al público; de esta manera señalan los propugnadores de esta teoría, el costo del accidente se distribuye entre un número considerable de personas, haciendo que su impacto económico se radique en el patrimonio de todos los consumidores finales del producto o servicio ofrecido por el titular de la empresa, afectándolos, de esta manera, de forma poco significativa.

Esta teoría del riesgo de la empresa, en la forma en que la hemos expuesto, no es recogida expresamente en ningún Código Civil moderno. No obstante ha recibido aplicación básicamente a través de dos formas: en primer lugar, interpretando la jurisprudencia de forma extensiva, algunos preceptos contenidos en los Códigos Civiles de determinados países, en particular aquellas normas que regulan la responsabilidad por el hecho de cosas y actividades peligrosas. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Francia (1.384 inciso 1°) o Italia (artículos 2.050 y 2.051.) En otros sistemas jurídicos, en cambio, se han dictado leyes especiales para ciertos ámbitos de la actividad económica, que contemplan esta teoría de un modo expreso; este es el caso, por ejemplo, de Alemania.

4.5 Presupuestos para que Opere la Responsabilidad del Empresario por el Hecho Ajeno en Nuestro Derecho Positivo

Según el profesor Arturo Alessandri, para que tenga aplicación en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad por el hecho ajeno, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas. 2) Que este vínculo de subordinación o dependencia sea de derecho privado.²⁸⁸ 3) Que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito. 4) Que el dependiente o subordinado haya

²⁸⁸ Este requisito no será examinado, pues, en la actualidad la mayoría de la jurisprudencia no lo considera aplicable. Con todo aún existen pronunciamientos aislados que lo contemplan. Véase por ejemplo, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, publicada en la REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES y citada en la nota 293. En contra, véase la sentencia, publicada en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1999. Santiago. Chile. Tomo XCVI. Sección 1°. p. 68 y ss.

cometido un hecho ilícito. 5) Que la víctima acredite la responsabilidad del subordinado o dependiente.^{289 290} En tanto, para el destacado civilista Enrique Barros, los elementos necesarios para que opere la presunción de culpabilidad del empresario por el hecho ajeno, son: 1) Que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil. 2) Que exista una relación de cuidado o dependencia entre el autor del daño y el empresario y 3) Que el daño sea ocasionado en el ámbito de la dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente.²⁹¹ La jurisprudencia, en general, ha recogido con escasas o nulas variaciones, la estructura de la responsabilidad por el hecho ajeno del profesor Alessandri.²⁹² Nosotros, en tanto, siguiendo principalmente a ambos autores nacionales, pensamos que los presupuestos para que opere la responsabilidad por el hecho del dependiente, son: 1) Que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas. 2) Que tanto el empresario como quién actúa bajo su mando tengan capacidad extracontractual. 3) Que el dependiente o subordinado haya cometido un delito o cuasidelito civil. 4) Que la víctima del ilícito civil acredite la responsabilidad del dependiente 5) Que el daño ocasionado a la víctima se produzca en el ejercicio de las funciones del dependiente. Procedamos al análisis de estos requisitos:

4.5.1 Que Exista un Vínculo de Subordinación o Dependencia entre dos Personas

Resulta indispensable, en primer lugar, que exista un vínculo de subordinación entre dos personas, de modo que una pueda tener control sobre las acciones ejecutadas por la otra.²⁹³ Obviamente, si hay un vínculo de dependencia o subordinación de carácter laboral, el asunto no presenta complejidad pues, el empleador tendrá, por lo general, una efectiva capacidad de supervisión sobre su empleado, pues si éste se comporta de un modo

²⁸⁹ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] pp. 308 y ss.

²⁹⁰ CORRAL, H. Op. cit. p. 234 y 235. Según este autor nacional, los requisitos necesarios para configurar la responsabilidad por el hecho ajeno, son: 1° Capacidad delictual del tercero civilmente responsable. 2° Comisión de un hecho ilícito dañoso por parte del dependiente. 3° Capacidad delictual del autor material del daño. 4° Prueba de la responsabilidad del subordinado o dependiente. 5° Vínculo de subordinación o dependencia entre el responsable y el autor material del daño.

²⁹¹ BARROS, E. Op. Cit. [nota 11] pp. 168 a 171.

²⁹² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 262] p. 1 y ss. Esta sentencia, se refiere explícitamente a los requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno, ella prescribe en su considerando 11°: "Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2320 del Código Civil, que regula lo que la doctrina nacional sobre la materia ha denominado "la responsabilidad por el hecho ajeno", para que surja dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1° que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas; 2° que este vínculo sea de derecho privado; 3° que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; 4° que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito, y 5° que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente. Dichos presupuestos también deben concurrir en el caso que regula el artículo 2322 del Código Civil. En consecuencia, si el subordinado o dependiente es incapaz, las normas citadas no tienen aplicación y debe recurrirse a una norma de carácter especial sobre la materia, contenida en el artículo 2319 del código citado ". En el mismo sentido, consúltese la sentencia, publicada en la misma revista, página 162. También véase la sentencia publicada en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 262] p. 157 y ss.

²⁹³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1985. Santiago. Chile. Tomo LXXXIII. Sección 1°. p. 96. En esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Concepción, expresó: "La ley considera que cuando una persona tiene a otra bajo su cuidado o dependencia, cuando hay una persona a las órdenes de otra, ésta debe vigilar a aquélla para evitar que ocasione daño. De consiguiente, el fundamento de la responsabilidad por los hechos ajenos es la culpa en que incurre la persona que tiene a otra en las condiciones anotadas, siendo de advertir que esta culpa en lugar de probarse, la ley la presume."

indebido o contraviene deliberadamente sus órdenes, podrá despedirlo de conformidad a la normativa laboral vigente. Un problema sobre el que la doctrina nacional no ha puesto la debida atención es en determinar, cómo una persona que desarrolla actividades para otra de un modo gratuito, puede ser controlada efectivamente por aquella de la que no recibe pago alguno. Resulta obvio, que el nivel de influencia efectiva sobre estos individuos, será menor, ya que ellos actúan graciosamente y sin temor al despido. Con todo, pensamos, que la responsabilidad por el hecho ajeno del empresario se fundamenta en que la actividad desarrollada cede en su exclusivo beneficio, por lo que es justo que asuma los riesgos que de ella se deriven. Nuestra dogmática civil –insistimos, sin pronunciarse sobre el particular- considera, que el “superior” debe responder, sin entrar a examinar si existe o no, un vínculo jurídico formal que lo una con el autor del hecho ilícito^{294 295 296}. Por otro lado, la jurisprudencia nacional no ha hecho diferencias, en esta materia, entre quien actúa bajo el control del otro, teniendo como fuente un contrato de trabajo, de quien obra sin retribución económica alguna. La Corte de Apelaciones de Santiago, sobre esta materia, ha expresado: “La calidad de dependiente no proviene de la forma de su designación, sino del hecho de estar al servicio de otro. El empresario que se allana o tolera admitir su servicio, lo hace su dependiente por este sólo hecho, sea que esos servicios se presten gratuita o remuneradamente y *cualquiera* que sea la duración, carácter del empleo, permanente, transitorio o accidental.”²⁹⁷

4.5.2 Que Tanto el Empresario como quien actúa bajo su mando tengan capacidad extracontractual.

Resulta imprescindible que tanto el dependiente autor del delito o cuasidelito civil como el empresario a cuyo cuidado se encuentra el empleado, tengan plena capacidad extracontractual.²⁹⁸ Esto se colige, a *contrario sensu*, del artículo 2.319 del C.C.²⁹⁹

4.5.3 Que el Dependiente o Subordinado haya cometido un Delito o Cuasidelito Civil

En principio, la víctima del daño extracontractual, debe acreditar en juicio todos los elementos del delito o cuasidelito civil del dependiente: un hecho voluntario de éste (acción u omisión), su culpa o dolo, el daño y la relación de causalidad entre su conducta y los perjuicios.³⁰⁰ El probar todos estos presupuestos de responsabilidad *aquiliانا* del subalterno, será a veces, tarea particularmente difícil

²⁹⁴ CORRAL, H. Op. cit. p.235 y 236.

²⁹⁵ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] p. 309. Señala al respecto: “Es indiferente la razón o causa de esta subordinación o dependencia: la ley, un contrato o una mera situación de hecho.

²⁹⁶ BARROS, E. Op. cit. p. 169.

²⁹⁷ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1987. Santiago. Chile. Tomo LXXXIV. Sección 4°. p. 92

²⁹⁸ Véase párrafo 2.1.1

²⁹⁹ En este sentido véase: ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] pp. 317 y 318. CORRAL, H. Op. cit. p. 234. y ABELIUK, R. Op. cit. [nota 57] p. 242.

³⁰⁰ Véase a partir del párrafo 2.1 los elementos de la responsabilidad extracontractual.

en organizaciones empresariales que estén dotadas de gran personal y complejidad administrativa. Para salvar este inconveniente –y de paso favorecer la reparación efectiva de la víctima- se ha ideado la noción de culpa difusa, conforme la cual, no es necesario identificar al autor específico o concreto del daño, para imponer

responsabilidad a la empresa.³⁰¹ Sobre esta materia, el profesor Zelaya expresa: “ Un paso más en este proceso de objetivación de la responsabilidad del empresario moderno ha sido la declaración jurisprudencial de que no es necesario para la víctima / demandante identificar al concreto dependiente que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Es lo que podríamos denominar –junto a la más autorizada doctrina comparada- “culpa anónima” o “dependiente ignoto”. Este expediente jurisprudencial ha sido utilizado, sobretodo, en aquellos ordenamientos jurídicos que consagran un sistema de responsabilidad vicaria o indirecta, por cuanto surge de la necesidad de proteger a la víctima, facilitar su situación procesal y propagar al

empresario inocente la culpa de un dependiente anónimo o desconocido.”³⁰² Ha habido fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia que han acogido, esta teoría de la culpa anónima o difusa: “ no es de rigor que la sentencia determine quién o quiénes han sido los autores del daño, ni el demandante tiene para qué indicarlo, pudiendo hasta ignorar quienes hayan sido, desde que, persiguiendo sólo la responsabilidad civil, lo único que tiene que patentizar es la existencia del daño mismo y que éste no

se habría producido sin negligencia o culpa de alguien.”³⁰³ No es indispensable que “ se determine quién o quiénes han sido los causantes inmediatos del daño, desde que persiguiéndose en la demanda sólo la responsabilidad civil, lo que ha debido establecerse es su existencia y que se habría producido por negligencia o culpa.”³⁰⁴

³⁰⁵ Pensamos que la teoría de la culpa difusa, permite al afectado por un delito o cuasidelito civil, obtener judicialmente una reparación pecuniaria de los daños que se le han irrogado, que de otro modo sería imposible resarcir.

4.5.4 Que la Víctima del Ilícito Civil acredite la Responsabilidad del Dependiente

Este requisito de la identificación del dependiente autor del daño aquiliano –y el establecimiento de su responsabilidad-, se justificaban plenamente en economías poco desarrolladas donde las empresas tenían un carácter artesanal o una planta de trabajadores no intrincada. En la actualidad, dada la producción a gran escala, no se adecua plenamente a los requerimientos de justicia de las víctimas de accidentes, que no pueden verse privadas de reparación por desconocer con precisión el sujeto específico –que dentro de la empresa- con dolo o culpa, permitió la lesión de sus bienes patrimoniales o morales. Con todo, la identificación del dependiente deberá realizarse, en la medida en que razonablemente pueda vincularse el perjuicio extracontractual con un agente dañoso particular, esto ocurrirá, cuando

³⁰¹ BARROS, E. Op. Cit. p.168.

³⁰² ZELAYA, P. Op. cit. [nota 280] pp. 138 y 139.

³⁰³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 84] p 681.

³⁰⁴ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1930. Santiago. Chile. Tomo XXVIII. Sección 1°. p. 164.

³⁰⁵ En el mismo sentido, véase: REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1958. Santiago. Chile. Tomo LV. Sección 4 °. p 209. En contra, véase la sentencia también de nuestro Máximo Tribunal, publicada en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1953. Op. cit. [nota 222] p. 511.

las funciones desarrolladas al interior de la empresa, estén claramente diferenciadas y se pueda imputar las consecuencias perjudiciales a una etapa específica del proceso productivo en ella desarrollado. Con todo, si no hay duda que ha habido una acción u omisión culpable, imputable en abstracto a algún individuo perteneciente la organización empresarial, un daño y una relación causal entre la actividad económica desarrollada y los perjuicios, deberá la entidad productiva responder por el hecho ajeno de su dependiente, pues resulta conveniente que la víctima del daño aquiliano reciba una compensación pecuniaria por los menoscabos que se han derivado de fallas de un proceso productivo, que favorece principalmente al dueño de la empresa.

4.5.5 Que el Daño Ocasionado a la Víctima se produzca en el Ejercicio de las Funciones del Dependiente.

Resulta indispensable para que opere la presunción de responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente, que este último actúe bajo la vigilancia,

³⁰⁶ dirección o cuidado del titular de la empresa. Esto es, que el subalterno, obre bajo el control, aunque sea potencial, de su empleador. El profesor Alessandri expresa sobre este punto: “El empresario responde de los delitos o cuasidelitos de sus dependientes si éstos los ejecutan mientras están bajo su cuidado, es decir, durante el tiempo que presten sus servicios o desempeñen las funciones que les estén encomendadas, sea que el hecho se realice en ejercicio o con ocasión de tales funciones o servicios y aun con abuso de unas u otros, sea ajeno a ellos o se verifique durante una interrupción momentánea de los mismos, por ejemplo, para tomarse un descanso o satisfacer una necesidad corporal, o fuera de la presencia del empresario. Basta que el hecho se ejecute mientras el dependiente esté a su

³⁰⁷ cuidado, y esto ocurre mientras se halle en servicio.” En la práctica resulta difícil, el establecer la línea que separa las conductas del dependiente que obligan al empresario, de aquéllas que sólo comprometen al primero. Obviamente los hechos ilícitos que perpetre el subalterno, fuera del horario de sus funciones, en el trayecto hacia su casa, o en vacaciones, no importan responsabilidad de su superior. Nuestra jurisprudencia, como veremos en el párrafo siguiente, ha sido particularmente rigurosa, en lo referente, a exonerar de responsabilidad al empresario por los ilícitos ³⁰⁸ en que han incurrido sus subordinados.

Descarga de la Presunción de Responsabilidad que Pesa Sobre el Empresario

El artículo 2.320 establece en su inciso final que: “ cesará la obligación de esas personas [en este caso de los empresarios] si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el

³⁰⁶ BARROS, E. Op. cit. p.170.

³⁰⁷ ALESSANDRI, A. Op. cit. [nota 7] pp. 369 y 370.

³⁰⁸ Por ejemplo, nuestros tribunales han establecido la responsabilidad civil del empresario, frente a un robo de planchas de zinc de una casa vecina, efectuada por unos obreros que estaban participando en la construcción de un edificio, así como de los hurtos que afecten a los visitantes de una fábrica, cometidos por los dependientes de la empresa. GACETA JURÍDICA. 1901. Santiago, Chile. (2) p. 1.174.

hecho.” Existe consenso entre los autores nacionales ³⁰⁹, en que los tribunales de justicia de nuestro país, han ido interpretando esta causal de exoneración de responsabilidad del empresario en forma cada vez más restrictiva. Nuestros órganos jurisdiccionales, refiriéndose a la prueba de diligencia, aducida por el comitente, han expresado: el empresario puede librarse de responsabilidad “ si acredita que ha puesto el cuidado de un buen padre de familia en la elección del dependiente, indagando su conducta anterior, sus aptitudes para el servicio, instruyéndolo en los deberes de su oficio y vigilándolo convenientemente, sin que baste al efecto el hecho de haber dictado un reglamento interno para el servicio, ni que el dependiente

se haya declarado impuesto de él al contratarse como tal ” ³¹⁰ La jurisprudencia nacional ha demandado, en ocasiones, de parte del titular de la empresa una conducta encaminada específicamente a precaver delitos o cuasidelitos de sus dependientes: han exigido a los empresarios, probar “ medidas concretas y positivas

” ³¹¹ para evitar el daño *aquiliano* . Según el profesor Enrique Barros, en muchos casos, nuestros tribunales, han requerido probar al empresario fuerza mayor o caso

fortuito para liberarlo de responsabilidad. ³¹² Los juzgados nacionales, en varias oportunidades, han rechazado la prueba de diligencia del comitente, arguyendo no

agotamiento de las medidas de cuidado exigidas. ³¹³ Así, ellos han manifestado: “ si el tribunal considera que el superior tomaba algunas medidas de prudencia para evitar hechos dañosos de sus dependientes o de la máquina puesta a su disposición para el trabajo; pero que ellas no fueron de entidad suficiente para evitar el hecho, la presunción de responsabilidad del empresario subsiste y debe indemnizar los daños ³¹⁴ ocasionados por el dependiente mientras desarrollaba el trabajo a su cargo. ”

Por otro lado la responsabilidad de los titulares de empresa, es fundada desde hace tiempo –como se dijo-, además de en el artículo 2.320, en el artículo 2.322 del C.C., haciendo aún más difícil para el propietario de la organización empresarial eximirse de responder civilmente por los ilícitos perpetrados por sus subalternos. Creemos que la responsabilidad por el hecho del dependiente debiese estribarse, sólo en el artículo 2.320, pues, como lo señalamos al iniciar este capítulo, el artículo 2.322, regula a nuestro entender, una situación diversa: la responsabilidad en que incurren los criados o sirvientes exclusivamente. Creemos que la definición de criado, no deja dudas al respecto; según el Diccionario de la Lengua Española, éste es la: “Persona que sirve por un salario, y especialmente la que se emplea en el

servicio doméstico.” ³¹⁵ Sirviente, es definido a su turno, como: “Servidor o criado

³⁰⁹ CORRAL, H. Op. cit. p. 242. BARROS, E. Op Cit. pp. 171 y 172. ZELAYA, P. Op. cit. [nota 280] pp. 134 y ss.

³¹⁰ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 309] p. 1174

³¹¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1973. Santiago. Chile. Tomo LXX. Sección 4°. p. 68.

³¹² BARROS, E. Op. cit. pp. 171 y 172.

³¹³ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 280] pp. 134 y 135.

³¹⁴ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1950. Santiago. Chile. Tomo XLVII. Sección 1°. p. 482. Sentencia referida por el profesor Zelaya.

³¹⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOL. Op. cit. p. 595.

de otro.”³¹⁶ Por lo demás, es ese el sentido en que es utilizado este vocablo por el Código Civil, en los artículos 73, 815 y 1.993.

Derecho de Repetición del Empresario en contra del Subordinado

El Código Civil en su artículo 2.325 establece: “ Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2.319 .” Compartimos la opinión del profesor Hernán

³¹⁷ Corral , en el sentido que los requisitos que establece este artículo, para hacer procedente el derecho de repetición del empleador, son tres: A) Que el subordinado no haya actuado por orden del superior. B) Que el dependiente sea capaz de delito o cuasidelito civil. C) que el agente directo del daño disponga de bienes suficientes para responder. En verdad este último requisito, dice relación con las posibilidades efectivas que tiene el empresario de obtener una restitución pecuniaria íntegra.

Creemos, que si el comitente responde por el hecho de su dependiente en nuestro sistema, es porque se le atribuye una culpa, que es presumida. Por tal razón no percibimos las razones de por qué puede solicitar legalmente un reintegro completo; lo justo sería que el titular de la empresa asumiera parte de la deuda, en atención al grado de incidencia que ha tenido su actuar culpable en el resultado lesivo.

Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Teletrabajo

Un tipo de actividad remunerada que genera importantes problemas teóricos y prácticos es el teletrabajo. Habitualmente, es considerado como una forma de contratación atípica, junto al contrato a plazo fijo, el contrato temporal, el trabajo a

domicilio, la subcontratación y el contrato a tiempo parcial.³¹⁸ El teletrabajo puede ser conceptualizado, en términos amplios, como “trabajo a distancia facilitado por el

uso de la informática y las telecomunicaciones”³¹⁹ Otra definición interesante es la que nos entrega la profesora de la Universidad de Chile, Cecily Halpern Montecino: “[es] el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de

³¹⁶ Op. cit. p.1887.

³¹⁷ CORRAL, H. Op. cit. pp. 240 y 241.

³¹⁸ CAAMAÑO, E. Las contrataciones atípicas y el contrato de trabajo a tiempo parcial. Rev. Derecho [Valdivia] dic. 1999, Vol. 10, p. 5.

³¹⁹ GAJARDO, M. 2005. El Teletrabajo: ¿Una Solución para nuestros tiempos? [en línea] <http://www.colegioabogados.cl/revista/21/articulo5.htm>. [consulta: 10 de septiembre 2005]

las nuevas tecnologías”³²⁰ Este tipo de actividad remunerada se caracteriza, en esencia, por el hecho de que el “teletrabajador” desarrolla las funciones para las que fue contratado, en su casa u otro lugar físico diverso de la empresa, o bien

mientras se desplaza por distintos lugares.³²¹ Además de ser una temática de gran actualidad, especialmente en el derecho comparado, ha generado –como se anticipó– dificultades en el ámbito del Derecho del Trabajo y también en el terreno del Derecho Civil. En la esfera estrictamente laboral, por ejemplo, se han presentado problemas provenientes del hecho de que el subordinado y su empleador, a veces, se encuentran en países o en continentes diversos, lo que genera dudas respecto de la normativa aplicable a situaciones de este tipo. El profesor de la Universidad de Chile, Ricardo Juri Sabag, ha manifestado sobre el particular: “El teletrabajo también atraviesa continentes. Algunas multinacionales, así como numerosas empresas europeas, se han visto tentadas por el trabajo transfronterizo y han trasladado de forma masiva las tareas informáticas a países en desarrollo –donde los costes salariales son aún muy inferiores a los costes nacionales–, a través de las redes de satélites, los cables submarinos y los cables de fibra óptica. En Manila, Bombay, Antillas, Vietnam, China, el Magreb y determinados países del Este, informáticos y operarios trabajan en “Fábricas de software” y “Centros de grabación de datos” muy competitivos, pues se manejan volúmenes importantes: grabación de anuarios, de archivos de direcciones, de bancos de datos jurídicos o médicos, tratamiento de cuestionarios de encuestas, catálogos de bibliotecas, gestión de tarjetas de crédito, etc.”

“Estas empresas han comprendido todo el partido que se puede sacar de esta situación y aprovechan cada vez más una mano de obra cualificada de nivel comparable al de los trabajadores de los países del Norte. También se trasladan tareas de gestión en administración y comercio internacional. Algunos países industrializados han creado estructuras destinadas a explotar el filón de la diferencia de costes de producción entre continentes. Así ocurre, concretamente, en Alemania, donde se ha creado un organismo público para establecer relaciones entre empresas del Sudeste asiático y empresas alemanas.”³²²

También se ha discutido si los servicios prestados a través del teletrabajo tienen el carácter de relaciones jurídicas regidas por el Derecho del Trabajo, o si en cambio, son vínculos regulados por el Derecho Civil (prestación de servicios.) Creemos que respecto a este punto no puede darse una respuesta única; dependerá de cada caso establecer, si existe una relación laboral o civil, en función de si los servicios prestados participan de todos los elementos que la doctrina considera propios de la relación de trabajo. La profesora Cecily Halpen, señala como requisitos para que se configure una relación laboral, los siguientes: 1) Que el trabajo de que se trate sea libre, 2) productivo, 3) por cuenta ajena, 4) continuo, 5) personal y 6) dependiente.

³²⁰ DI MARTINO, citado por HALPERN, C. y PALAVECINO, C. Mayo 1999. Separata Las Relaciones de Trabajo Atípicas y la Flexibilidad. Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. p.9.

³²¹ GAJARDO, M. Op. cit.

³²² JURI, R. Flexibilidad Laboral a través del Teletrabajo. Santiago, Chile. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (s.a.) p. 5 y 6.

323

En principio podemos afirmar que el teletrabajo, puede presentar todos estos caracteres. Con todo, respecto de los dos últimos pueden presentarse problemas, ya que es muy fácil, por ejemplo, incumplir la obligación de que el trabajo sea personal, ya que el operador contratado, puede ceder su password a un tercero,

324

quien en los hechos, puede prestar los servicios convenidos. Además podría discutirse si las labores realizadas a través del sistema de teletrabajo, son en rigor de carácter dependiente. Es cierto que el individuo que desarrolla tareas productivas a través de este medio, dispone de más autonomía de acción que en otras ocupaciones remuneradas, pero de todos modos, su contraparte podrá controlar el cumplimiento de los deberes a los que se obligó contractualmente, a través del logro de metas periódicas, o través de la supervisión de las horas efectivamente trabajadas. En síntesis, de cumplirse en cada caso estos “presupuestos de la relación laboral”, deberán aplicarse las normas laborales, de lo contrario las normas civiles que regulan la prestación de servicios.

En el ámbito del Derecho Civil, en particular en la esfera de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, –tema que nos ocupa- se pueden presentar problemas dogmáticos, que tienen su origen en la culpabilidad presumida que corresponde al titular de la empresa, por los delitos y cuasidelitos civiles cometidos por sus dependientes. En efecto, sabemos, que de concurrir los requisitos para ello, el empresario deberá indemnizar al tercero víctima de daños extracontractuales, en la medida que el subordinado genere estos menoscabos en el ejercicio de sus funciones como dependiente. Pensamos, que para elucidar, si el dueño de la empresa debe resarcir a un tercero víctima de un delito o cuasidelito perpetrado por su “dependiente teletrabajador,” se requiere examinar el sentido de las normas que regulan el hecho ajeno en el ámbito empresarial. Sabemos, que conforme al sistema actualmente vigente en Chile en esta materia, responde el empleador, cuando se le imputa una conducta negligente al elegir, vigilar, controlar o dirigir a su subalterno. Sobre el particular sustentamos la tesis, que el “superior”, debe reparar principalmente cuando, no haya actuado con la diligencia de un buen padre de familia, en la selección de su personal, que se va a emplear en labores de teletrabajo. Debe el titular de la empresa indagar la conducta anterior de sus posibles trabajadores, su comportamiento ético, sus habilidades laborales para el cargo en que van ser contratados, etc. Es obvio que de generarse un menoscabo relevante a terceros y que tenga su fuente en esta “culpa *In Eligendo*”, dogmáticamente, se justifica, que el empresario deba reparar. Donde surgen las dificultades, es en encontrar las razones técnicas para legitimar esta obligación indemnizatoria de cargo del superior, cuando éste ha actuado debidamente en la selección de su personal empleado en labores de teletrabajo. Sabemos que el titular de empresa debe compensar también a la víctima de los perjuicios, cuando no haya sido diligente en el control de los actos del subalterno en el ejercicio de sus funciones (culpa en la vigilancia del dependiente). Pensamos, que respecto de esta dimensión de la responsabilidad por “hecho de otro”, los tribunales deberán actuar con menos rigurosidad respecto del empresario, pues, a éste le resultará más difícil controlar efectivamente la conducta lesiva extracontractual de su asalariado, ya que no puede supervisar acabadamente su comportamiento. Con todo, pese a que su

³²³ HALPERN, C. 1999. Apuntes de clase correspondiente a la Cátedra de Derecho Laboral I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

³²⁴ JURI, R. Op. cit. p. 11.

supervigilancia –y la posibilidad de precaver daños- es menor, pensamos que es legítimo que el empleador / empresario responda de este tipo de ilícitos, pues él, se beneficia principalmente de la actividad económica que emprende el trabajador contratado bajo el sistema de teletrabajo. Por otro lado, es de justicia que la víctima del daño, deba tener altas posibilidades de obtener una indemnización que la resarza de los menoscabos patrimoniales y morales que el ilícito civil le ocasionó. Creemos que todo lo dicho tiene validez, en la medida que el sujeto contratado en el sistema de teletrabajo, tenga el carácter de dependiente, no obstante la latitud conceptual con que ha sido interpretada esta noción a nivel jurisprudencial. Si no presenta este carácter de subordinado, no nos encontraremos frente a la responsabilidad por el hecho ajeno, por faltar un requisito para su procedencia (Véase párrafo 4.5.1)

Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho Ajeno en el Trabajo a Domicilio

Según la OIT “por trabajo a domicilio se entiende normalmente la producción de bienes para un empleador o un contratista o la prestación de un servicio a dichas personas en virtud de un acuerdo con arreglo al cual el trabajo se efectúa en el sitio que elige el trabajador, a menudo su propio hogar. Ese trabajo se suele desempeñar

sin fiscalización directa por parte del empleador o del contratista.”³²⁵ Respecto del trabajo a domicilio, podemos afirmar, que en Chile es una actividad ejercida

principalmente por mujeres,³²⁶ ya que les permite compatibilizar adecuadamente el cuidado de los hijos y las labores del hogar, con una fuente de ingresos económicos. En el último tiempo con todo, ha aumentado la presencia masculina en este tipo de trabajo.³²⁷

Respecto de las relaciones jurídicas que surgen al amparo de esta institución ha habido discusión en lo relativo a determinar si tienen naturaleza laboral o civil. Pensamos que esta controversia puede ser zanjada utilizando los mismos criterios que se expusieron en materia de teletrabajo, *mutatis mutandis* ; esto significa que de concurrir los “presupuestos” de la relación laboral que exige la doctrina, se configurará una relación de ese tipo, de lo contrario existiría una vinculación jurídica regida por el Derecho Civil.

También pensamos que el titular de la empresa responde de los ilícitos civiles perpetrados por el trabajador a domicilio, siempre que ellos se perpetren dentro del ejercicio de sus funciones laborales. Nos inclinamos por la tesis de que el titular de empresa debe responder de forma más rigurosa, cuando el comportamiento indebido de su subalterno haya sido predecible al momento de contratarlo, esto es cuando hayan sido evidentes su negligencia o impericia para ejecutar las labores

³²⁵ HALPERN, C. Op. cit. p. 20.

³²⁶ Por ejemplo, según cifras del año 2000, el 73% de los trabajadores a domicilio pertenecían al sexo femenino. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. 2002. Trabajo a Domicilio: Nuevas Condiciones, Mejores Oportunidades. El Observatorio Laboral. (8): 14.

³²⁷ *Ibid.*

contratadas, o cuando presente antecedentes que lógicamente hacen suponer la posterior comisión de delitos o cuasidelitos civiles, como sería el caso que presentare anotaciones penales, etc. En relación a daños extracontractuales que se generen y que no hayan podido predecirse examinando la conducta previa del subordinado, pensamos que debiese juzgarse el comportamiento del empresario / empleador con menos rigurosidad que en la hipótesis anterior, ya que la efectiva capacidad de supervigilancia sobre los actos del dependiente será mucho menor que aquella que puede ejercerse cuando el asalariado presta sus servicios en el mismo lugar físico donde se encuentra el empleador.

Tendencia de los Tribunales Nacionales de ir Objetivando Paulatinamente la Responsabilidad por el Hecho Ajeno

Nuestros tribunales de justicia en general han ido, en los hechos, acercando la responsabilidad por el hecho ajeno de los dependientes hacia las fronteras de la responsabilidad objetiva. Formalmente, nuestros órganos jurisdiccionales, siguen apegados al sistema de la culpa presumida, pero la tendencia que se observa es a favorecer los intereses de la víctima del daño extracontractual, dificultando al comitente, el poder eximirse de responsabilidad. Sobre este proceso que se visualiza en nuestro país, el profesor Zelaya, afirma: “ Frente a las evidentes disfunciones lógicas y dificultades prácticas que presenta para la víctima el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, nuestra jurisprudencia ha iniciado un interesante y sugerente proceso de paulatina objetivación de la responsabilidad civil del empresario.”³²⁸

Si siguiendo a Corral Talciani,³²⁹ esta evolución de la jurisprudencia nacional puede sintetizarse -a grandes rasgos- de la siguiente forma:

Restricción en el caso del empresario de la posibilidad de invocar la prueba liberatoria, haciéndola particularmente difícil. Esta forma de objetivación ya la analizamos en el párrafo 4.5.6, a él nos remitimos.

La extensión en la interpretación del vínculo de subordinación, no exigiendo que éste sea de naturaleza laboral o remunerado. Sobre el particular, nuestra Corte Suprema ha resuelto: “ debe sentarse como regla general que basta que una persona preste servicios a las órdenes de otra, para que aquélla tenga el carácter de dependiente respecto de ésta, sin que se tome en cuenta ninguna otra consideración. No es ni siquiera necesario un vínculo contractual, como quiera que debe aún ser estimado “dependiente” el que presta su trabajo voluntariamente.”³³⁰ Otra sentencia pronunciada por nuestro Máximo Tribunal, ha establecido en su parte doctrinaria: “ La circunstancia de no encontrarse el reo unido a la empresa por medio

³²⁸ ZELAYA, P. Op. cit. [nota 280] p.133.

³²⁹ Op. cit. pp. 241 y ss.

³³⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 294] p. 98.

de un contrato laboral no lo priva de su calidad de dependiente de ésta. Tal calidad no proviene de la forma de su designación sino del hecho de estar al servicio de otro que se allana o tolera a admitirle a su servicio, sea éste gratuito o remunerado, permanente, transitorio, accidental, cualquiera que sea su duración o carácter. La calidad de dependiente es más bien un estado de hecho que una relación jurídica.

³³¹
”

Los tribunales de justicia han tendido a interpretar de modo restrictivo, la alegación del empresario de que el dependiente actuó fuera del ámbito de sus atribuciones. Véase en este sentido, por ejemplo, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema, en que se estableció la responsabilidad por el hecho ajeno de una empresaria, dueña de un bar, que debió responder civilmente, por los daños irrogados por sus vigilantes a clientes del local. Estos subordinados obraron, a juicio de ella, de un modo impropio. Esta alegación fue desestimada, por nuestro Máximo Tribunal pues la dueña del negocio, entre otras razones, ordenó que los clientes fueran expulsados del bar.^{332 333}

4.9 Conclusiones al Capítulo Cuarto

Resulta indudable que las normas contenidas en el Código Civil y que regulan la responsabilidad por el hecho ajeno del empresario, no se condicen con el estado de la economía actual. Nuestros Tribunales de Justicia en un interesante proceso de objetivación han logrado, en parte, suplir las deficiencias que presenta la normativa mencionada. Con todo, ante la ausencia de criterios legislativos claros, los juzgadores al resolver problemas específicos en este ámbito se han valido de razonamientos que difieren de manera considerable, en algunos casos. Esto ha llevado a un importante grado de incertidumbre que, hipotéticamente, puede repercutir en la ejecución de proyectos económicos por parte de los empresarios. Abogamos por una reforma legislativa que incorpore en nuestro ordenamiento jurídico la teoría Vicaria o del Riesgo, ya que ellas se adecuan de mejor manera a las características que presenta la actual producción de bienes y servicios a gran escala. El sistema de la culpa presumida, como tuvimos oportunidad de ver, descansa, en gran medida, sobre supuestos no efectivos. No resulta razonable, ni lógico atribuir una presunción de culpa al empresario por actos de sus dependientes que en la práctica no pueden ser evitados actuando con la diligencia de un buen padre de familia.

Respecto del Teletrabajo y el Trabajo a Domicilio, que son formas de contratación atípicas, se pueden generar problemas teóricos y prácticos que ponen en entredicho la teoría de la culpa presumida. Como ya examinamos, en la práctica puede resultar difícil determinar el criterio de atribución de responsabilidad del empleador, respecto de ilícitos perpetrados por un dependiente, que no se encuentra en el mismo

³³¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 298] p. 93.

³³² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1968. Santiago. Chile. Tomo LXV.

Sección 4°. pp.88 a 92.

³³³ En similar sentido véase: GACETA JURÍDICA. 1991. Santiago, Chile. (133) p. 63 a 67.

lugar físico en que se haya el empleador. Ya señalamos en este Capítulo que los Tribunales de Justicia deben actuar con menor rigurosidad en relación con los ilícitos civiles cometidos por un dependiente, cuando no fue posible prever la conducta lesiva de éstos. Si bien esta solución resulta armónica con los artículos 2.320 y 2322 del Código Civil, ya que la negligencia imputable al empleador es menor, este planteamiento dogmático no resulta justificado a la luz de las “demandas” indemnizatorias de la víctima, que persigue una reparación que la resarza de los menoscabos experimentados, sin que deba legítimamente importarle si el trabajador autor del delito o cuasidelito civil estaba contratado conforme a una forma atípica o bajo una tradicional relación de trabajo.

CAPÍTULO V LA SUBCONTRATACIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

1 Introducción

El sistema económico de la libre competencia y la apertura de los mercados mundiales han dado origen a una serie de transformaciones en el ámbito del Derecho Laboral. Las relaciones entre trabajadores y empleadores se han hecho más complejas, pues en un vínculo jurídico en que normalmente había sólo dos partes, un trabajador y un empleador, hoy en día aparecen otros actores en escena a los que el Derecho Laboral tuvo que considerar y regular a fin de cumplir con uno de sus objetivos primordiales de protección al trabajador.

El concepto de empresa ha tenido que ser redefinido, pues existe una fragmentación de ella, apareciendo sólo como una coordinadora de esfuerzos internos y externos. En esta nueva realidad la “empresa” deja de ser un concepto claro o nítido producto de la incorporación de “terceros” que hacen difícil la identificación del empleador, concepto, este último, que trae aparejado una serie de responsabilidades reguladas por el Derecho del Trabajo.

En Chile, en este proceso de adaptación económica, de las empresas nacionales a las exigencias de competitividad existentes tanto en el país como en el ámbito internacional, la estrategia que mayor aceptación ha tenido es la externalización de las actividades a través de la subcontratación que aparece como una alternativa flexible de contratación atípica, la que viene dada, precisamente, porque el empleador único se disgrega.

“La externalización de la producción y los servicios, la fragmentación de las empresas, la creación de otras y de nuevas articulaciones entre ellas es un proceso nacional en pleno desarrollo, que tiene una cierta dinámica interna propia, pero que responde substancialmente a la inserción de nuestro país en la globalización de la economía y los mercados.”³³⁴

Organismos como la OIT, en el plano internacional, y la Dirección del Trabajo, en el nacional, han realizado importantes esfuerzos por tratar de conceptualizar y regular el régimen de la subcontratación. Tendremos ocasión de ver como el primero de estos entes, ha tratado de extender más el concepto del trabajo suministrado por terceros, pues intenta incorporar, dentro de dicha noción, la externalización y tercerización de las actividades económicas y productivas en general, incluyendo el suministro de personal como una de estas formas.³³⁵ Es así como la Conferencia Internacional del Trabajo, en la 95ª reunión,

³³⁴ ECHEVERRÍA, M. Septiembre 1997. Subcontratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo. Temas Laborales

(Nº 7): 9

³³⁵ La falta de una definición sobre el tipo de subcontratación que se quería regular, produjo como consecuencia que la Conferencia Internacional del Trabajo no pudiera precisar qué formas o tipos de trabajo en régimen de subcontratación serían abordados por los instrumentos internacionales. Asimismo, tampoco pudo definir el campo de aplicación para el nuevo convenio, ni el alcance de las obligaciones generadas por las nuevas normas. El único acuerdo al que se pudo llegar consistió en pedir a la Oficina Internacional del Trabajo que continuara estudiando el tema, haciendo hincapié en aquellas categorías de trabajadores afectados

indicó que “las relaciones de trabajo «triangulares» se originan de diversas maneras. Las más conocidas y usuales acaecen a raíz del recurso a contratistas y a agencias de empleo. Otra modalidad muy en boga, auspiciada por una activa estrategia comercial internacional, es la franquicia. En este caso una empresa concede a otra la posibilidad de explotar una marca o un producto, en principio de manera independiente. Sin embargo, a diferencia de la situación del contratista o de la agencia de empleo, la empresa beneficiaria de la franquicia tiene obligaciones financieras hacia su socia, la cual ejerce además un control del negocio, incluso sobre su personal.”³³⁶

En el Proyecto de Convenio relativo al trabajo en régimen de subcontratación contenido en el Informe V (2B) de la 86ª Reunión de junio de 1998, realizada en Ginebra, Suiza, la OIT deja estampada la confusión terminológica al tratar de dar una definición del contrato en régimen de subcontratación, que incluyera tanto de subcontratación de obra o servicios y de mano de obra, en los siguientes términos: “Artículo 1: a efectos del presente Convenio a) la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y cuando:

- i) El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o
- ii) El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;”

2 Consideraciones

La OIT en recientes Conferencias Internacionales ha tratado el tema de la subcontratación como materia central.³³⁷ Dicho Organismo ha hecho una distinción en cuanto al objeto subcontratado indicando que la clave está en saber si lo subcontratado es la producción de bienes o la prestación de servicios, o si se trata de subcontratar trabajo, específicamente trabajadores por otro.³³⁸ La distinción anteriormente señalada ha dado origen a la dificultad de dar una definición universal que comprenda todas las formas de subcontratación existentes.

por el fenómeno en cuestión, que necesitaran protección, y que con dicho objeto se convocara a reuniones técnicas para volver a proponer normas internacionales del trabajo posteriormente en su reunión del año 2002.

³³⁶ LA RELACIÓN DE TRABAJO: Informe V (1) 95ª Reunión. 2006. Ginebra, Suiza. OIT. Conferencia Internacional del Trabajo. p.15.

³³⁷ El esfuerzo por regular este tipo de relación laboral comienza en el año 1995, cuando se trató de suscribir un convenio o una recomendación al respecto, lo que no ocurrió. Luego en 1997 la Conferencia había adoptado conclusiones con miras a la adopción de un Convenio completado por una Recomendación, las que se sometieron a segunda discusión en 1998.

³³⁸ Esta distinción da origen a la clasificación en el Derecho Laboral entre subcontratación en sentido extensivo, que comprende la subcontratación de bienes y servicios (interna y externa); y la subcontratación en sentido restrictivo, que comprende sólo la subcontratación de bienes o servicios (externa.)

Para tratar de clarificar estos dos conceptos diremos que, la subcontratación de bienes o la prestación de servicios se refiere a las relaciones que establecen dos empresas, civil o comercialmente y en plano de igualdad, para la producción de etapas o partes completas de bienes o prestación de servicios. En este tipo de subcontratación existe una relación laboral entre el contratista y los trabajadores y la empresa principal no forma parte de ella.

El artículo 152-A incorporado en el Mensaje sobre “ **Proyecto de ley sobre el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios**” enviado al Congreso Nacional el 21 de mayo del año 2002, define al trabajo en régimen de subcontratación como “aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado en adelante contratista o subcontratista, cuando éste, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo, con sus propios elementos y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena.”³³⁹

No es trabajo en régimen de subcontratación aquel que realice el trabajador personalmente en condiciones de subordinación o dependencia respecto del dueño de la obra, empresa o faena o aquel en que el trabajador es puesto a disposición de ésta por un intermediario, sin ajustarse a las normas del párrafo siguiente. En ambos casos se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena.”

La autora nacional Magdalena Echeverría explica: “En este caso se establece una relación comercial entre dos unidades económicas en donde una compra y la otra vende sus servicios. El usuario compra o encarga un producto que puede ser un servicio que debe cumplir determinadas especificaciones, modalidades y plazos de entrega y que tiene un precio. No se involucra ni en la forma ni en las condiciones en que el vendedor lo realizará. Este último asume autónomamente la tarea.”³⁴⁰

Desde el punto de vista subjetivo existen tres partes, aunque sólo hay dos de ellas en cada eslabón de las relaciones. La primera de ellas (dueño de la obra, faena o empresa) sólo es parte de aquel contrato base o inicial. El segundo contratante (contratista) es parte en las dos relaciones jurídicas, en la inicial o base y en el subcontrato. El tercero de ellos (trabajador en régimen de subcontratación) es sólo es parte en el contrato con el intermediario (contratista.)

Situación totalmente distinta es la que existe cuando el objeto de la subcontratación es la provisión de trabajo, ya sea por medio de agencias de empleo (colocadoras de personal) y empresas de trabajo temporal. En el primer caso la agencia sólo se encarga de vincular ofertas y demandas, no formando parte de la relación de trabajo. En cambio, tratándose de empresas de trabajo temporal, existe una relación comercial, llamado “contrato de puesta” entre la empresa de trabajo y la utilizadora, pero es la primera la que continua siendo el empleador formal durante toda la prestación de los servicios. El usuario adquiere la fuerza laboral desligándose de los deberes y obligaciones que emanan del contrato de trabajo. En esta relación triangular (usuario o utilizador, agencia de empleo o empresa de trabajo

³³⁹ CONGRESO NACIONAL. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2943-13 > [consulta: el 27 de enero de 2005.]

³⁴⁰ ECHEVERRÍA, M. Op. cit. p.4

temporal y trabajador suministrado), el usuario compra la obra de mano y desfigura la relación laboral típica que requería solamente de dos partes (trabajador y empleador.)³⁴¹

En la relación anteriormente descrita, la empresa suministradora de trabajo aparece al centro como proveedora de la empresa usuaria y como empleadora del trabajador contratado. Esta forma trae aparejada un bajo costo para el usuario y una precariedad en el empleo, haciéndolo inestable, además, produce una merma de las remuneraciones y en la protección frente a las contingencias objeto de la seguridad social.

Sobre este tema el profesor Gerson Volenski ha señalado: “la necesidad de flexibilidad concuerda con el momento económico de hoy y el trabajo temporal podría llevar a las empresas a lograr una mayor estabilidad, asegurando con ello su permanencia.” Por su parte, el profesor Francisco Javier Labbé opina: “el trabajo temporal otorga libertad, tanto a empresas como a empleados, lo que por antonomasia influye en un mayor bienestar de la sociedad. Las ventajas que ofrece este sistema explica que en países desarrollados el trabajo temporal (TT) cuente con ya varios años de existencia, mientras en Chile comienza a tomar fuerza de la mano de las transnacionales.” A juicio del empresario Alberto Finlay “se trata de una excelente entrada para aquellos que por primera vez ingresan al mercado laboral. Ello porque de esta forma, pueden lograr la experiencia requerida por las empresas (generalmente de uno o dos años) para postular a algún cargo como trabajador de planta.”³⁴² El mismo autor, en entrevista personal, y en su calidad de Presidente de la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Transitorios, nos manifestó el interés que existe en la regulación de esta actividad, entregando así un marco legal a una forma distinta, y no por esto precarizada, de desempeñar servicios personales, permitiendo la definición de responsabilidades de cada uno de los actores de esta relación triangular de trabajo. A juicio de este empresario, dicha regulación deberá tener como límite la entrega de los negocios principales de la empresa a las entidades que provean servicios transitorios.

En este sentido la OIT, en la reunión 85ª celebrada en Suiza en 1997, a propósito del trabajo en régimen de subcontratación, manifestó su preocupación y sostuvo que: “De adoptarse, en este instrumento [Recomendación] figurarán una serie de medidas encaminadas en particular a prevenir accidentes y daños para la salud de los trabajadores en régimen de subcontratación, garantizar el pago de determinadas obligaciones económicas para con estos trabajadores y que no se eludan las obligaciones ni se nieguen los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social cuando se recurra a esta forma de trabajo, y fomentar la igualdad de trato entre los trabajadores subcontratados y los trabajadores que tienen una relación laboral reconocida. En el proyecto de recomendación se deberían prever disposiciones más detalladas sobre estas cuestiones, y en particular el fomento de la negociación colectiva, la recopilación de datos estadísticos sobre el trabajo en régimen de subcontratación y la protección que se ha de dar a los trabajadores subcontratados procedentes de otros países.”³⁴³

³⁴¹ El artículo 152 F del mensaje del proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, y que regula el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, sólo define a las empresas de servicios, confundiéndolas con las agencias de empleo. Al respecto señala que es: “Toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en éstas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo su selección y capacitación.”

³⁴² AGEST. 2005. “EMPLEO TEMPORAL. Comienza a consolidarse: La otra opción.” [en línea] < <http://www.igest.cl> > [consulta: 01 de septiembre de 2005.]

³⁴³ OIT. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/97-19.htm> .> [consulta 27 de enero de 2005.]

Ya hicimos mención al problema que ha tenido la OIT para definir el término subcontratación, principalmente derivado de los distintos conceptos existentes en los países que forman parte de este Organismo Internacional. En lo que toca a Chile, la legislación no hace distinciones al respecto y lo mismo ocurre con la jurisprudencia judicial y administrativa del trabajo, entendiendo que los términos “contratista” o “subcontratista” dicen relación solamente con la subcontratación de bienes o servicios.³⁴⁴ Para resumir haremos nuestras las palabras del Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en el “Proyecto de ley sobre el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios”, en el primer trámite constitucional, que en las conclusiones señala: “De la experiencia internacional se colige la necesidad de aceptar y regular la subcontratación de mano de obra, teniendo presente que ésta es una figura distinta de la subcontratación para la producción de bienes o servicios, de larga existencia y regulación en nuestra realidad.”³⁴⁵

La regulación de esta materia permitiría, además, que el ejercicio lícito de esta actividad no quede entregado a la jurisprudencia judicial y administrativa, que pudiera llegar a determinar que el empleador es el usuario de los trabajadores.

5.3 Delimitación del tema

Si buscáramos el origen de la subcontratación laboral podríamos decir que nace en Europa en el siglo XIX, a raíz de la especialización de los procesos productivos y el requerimiento de conocimientos y manejos específicos. Sin embargo, el mayor desarrollo de este tipo de relaciones laborales se ha producido durante los últimos 20 a 25 años.

En nuestro derecho positivo, en particular en la dogmática Civil, se ha elaborado el siguiente concepto de subcontrato: “un nuevo contrato derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza.”³⁴⁶ Dicha categoría contractual aparece a propósito del contrato de arrendamiento, de mandato y de fianza, e implícitamente en los contratos de construcción a suma alzada y de sociedad. En el Código de Comercio la figura del subcontrato aparece a propósito del transporte terrestre y el mandato.

No obstante lo anterior, en el presente Capítulo estudiaremos solamente la subcontratación contenida en el Código del Trabajo, cuerpo legal que regula la concepción restringida de este término, es decir, la subcontratación de bienes y servicios que, como lo hemos explicado, consiste en contratar un agente externo que gestiona, a su propio riesgo y con sus elementos, parte de los procesos productivos de otra empresa.

Para iniciar este análisis, diremos que el Derecho del Trabajo se aparta, en algunos aspectos, del concepto civil de subcontratación, y se caracteriza por lo siguiente:

No se requiere de dos contratos de igual naturaleza, sino que basta que sean contratos relacionados. A mayor abundamiento, habrá un contrato civil o comercial entre el dueño de la obra o faena y el contratista; y por otro lado un contrato laboral entre el contratista y el

³⁴⁴ Además, el término “subcontratación” es usado en dos sentidos: en su aspecto positivo, como flexibilización y en su aspecto negativo, como precarización.

³⁴⁵ CONGRESO NACIONAL. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2943-13 > [consulta 27 de enero de 2005.]

³⁴⁶ LÓPEZ J. Op. cit. p. 214.

trabajador, sin perjuicio de que pueda existir, entre el contratista y los trabajadores, uno o más subcontratistas.

Supone que la empresa contratista y subcontratista, en su caso, cuente con sus propios trabajadores.

Los subcontratos sucesivos que se celebren pueden ser infinitos.

La legislación laboral ha contemplado una serie de garantías para el trabajador y para el dueño de la obra, empresa o faena.

5.4 La responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones de los contratistas o subcontratistas

5.4.1 Antecedentes Históricos:

“Desde las primeras leyes del trabajo, Chile se inclinó por establecer una responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante por las obligaciones del Contratista para con sus trabajadores. Así la Ley 4.055, publicada el 26 de septiembre de 1924, dispuso, en su artículo 4° “La responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución [sic] de un trabajo o la explotación [sic] de una industria, no excluye [sic] la responsabilidad subsidiaria del propietario.”³⁴⁷

El artículo 16 del Código Laboral de 1931, relativo al contrato de trabajo para los obreros, establecía de la siguiente forma la responsabilidad del empresario: “El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros.

En los casos de construcciones de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural.”

El artículo 256 de ese mismo cuerpo legal señalaba: “La responsabilidad del patrón o empresario que, por cuenta ajena, toma a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario.”

A su turno, el artículo 257 establecía “Los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patronos y subsistirá la responsabilidad del empresario o propietario en su caso.”³⁴⁸

La Ley 16.757 de 20 de febrero de 1968, viene a prohibir el desarrollo de actividades relativas a trabajos principales y permanentes de mantención, reparación y producción por medio de contratistas, salvo en la industria de la construcción y labores especializadas encomendadas a empresas que pagarán patente como tal y cuyo giro principal fuera precisamente ejecutar esas labores o manufacturar piezas o repuestos por orden de terceros. Por otra parte la Ley 16.624 de 1967 seguía rigiendo respecto de los trabajadores de la gran minería del cobre, actividad en la cual se podía recurrir a contratistas, pero

³⁴⁷ TORRES, R. julio 2001. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorias. Temas Laborales (98): 73.

³⁴⁸ Los artículos 256 y 257 fueron derogados por la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, pero se mantuvo la responsabilidad subsidiaria sólo en materia de afiliación y cotización (artículo 4°.)

las empresas debían asegurar las mismas condiciones laborales existentes para los trabajadores propios.

Con la dictación del Decreto Ley N° 2.200, el 15 de junio de 1978, se derogaron los Libros I y II del Código del Trabajo de 1931 y la nueva legislación no regulaba esta materia. Sin embargo, la disposición es posteriormente introducida en la legislación laboral, en idénticos términos que en el Código de 1931, por el artículo 4° del Decreto Ley N° 2.759, de 6 de julio de 1979, el que modificó algunos aspectos del Decreto Ley N° 2.200.

En 1987, el nuevo Código del Trabajo (Ley 18.620), contempló, en su artículo 63, la misma disposición que el Decreto Ley N° 2.759, esto es: “El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. En caso de construcción de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”; dicho cuerpo legal, además, establecía la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena en materia de afiliación y cotización de la Ley N° 16.744 sobre Enfermedades profesionales y Accidentes del Trabajo, que afectara a los contratistas o subcontratistas. Pero la extensión de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra con relación con los subcontratistas, sólo aparece en la Ley N° 19.250, de 30 de septiembre de 1993. Dicha ley, además, vino a precisar las obligaciones por las cuales el dueño de la obra, empresa o faena era subsidiariamente responsable; simultáneamente reafirmó la obligación subsidiaria del contratista respecto de los trabajadores del subcontratista y estableció la posibilidad que el trabajador además de demandar a su empleador directo, pueda entablar su acción en contra del responsable subsidiario, aunque surgió la duda si sólo sería con el fin de interrumpir la prescripción o para accionar conjuntamente en un mismo proceso.

Por medio de la Ley N° 19.666, de 8 de marzo de 2000, se especificó que el trabajador, “al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos,”³⁴⁹ terminando, de este modo, con las distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales. A esto hay que agregar que esta ley otorgó tres nuevos derechos al dueño de la obra, empresa o faena respecto del contratista, y a este último respecto del subcontratista, consistentes en el derecho a ser informado del monto y estado del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por los contratistas y subcontratistas y por la Dirección del Trabajo respecto de infracciones laborales o previsionales que constate en fiscalizaciones a contratistas o subcontratistas; derecho a retener las sumas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones a que estuviere subsidiariamente obligado en caso de que se hubiere accionado en su contra y no le hubiere sido entregada la información por el contratista o subcontratista respectivamente y, en tercer lugar, derecho a pagar por subrogación.

De este modo el actual Código del Trabajo en sus artículos 64 y 64 bis, artículo este último incorporado por la Ley N° 19.666, regula la responsabilidad del empresario o dueño de la obra en los siguientes términos:

“Artículo 64: El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

³⁴⁹ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p.193.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural.”

“Artículo 64 bis: El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

En todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso primero de este artículo, podrá ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.”

Resulta indispensable para la acertada inteligencia de los preceptos transcritos, clarificar, en primer lugar la palabra subsidiario. Para estos efectos, consideramos conveniente recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, que en su segunda acepción, define dicho término de la siguiente forma: “Dicho de una acción o de una responsabilidad: Que suple a otra principal.”³⁵⁰ A su vez, suplir lo conceptúa, en su primera acepción, como: “Cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello”. En un segundo sentido señala: “Ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces”, y en su tercer significado, nos expresa: “Reemplazar, sustituir algo por otra cosa.”³⁵¹ De esta forma, podríamos definirla como aquella responsabilidad que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona.

La Corte Suprema en sentencia de 31 de agosto y 05 de noviembre de 2001 señala idénticamente, en los considerandos decimotercero de ambos fallos, que: “la responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta del trabajo prestado en su

³⁵⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit. p. 2101.

³⁵¹ Op. cit. p. 2112.

interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que benefician a esos trabajadores, imponiendo a un tercero en los contratos de trabajo celebrados por el contratista con su personal, el deber de satisfacer con su patrimonio subsidiariamente dichas obligaciones, pero dotándolo de los medios de prevenir su incumplimiento por parte del contratista”³⁵²

El estudio del régimen de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, faena o empresa, en nuestro ordenamiento jurídico laboral hace imprescindible precisar a que tipo de contratistas o subcontratistas se aplican dichas normas, definir los conceptos involucrados en las disposiciones citadas anteriormente y examinar el modo como se ha interpretado tal responsabilidad y las limitaciones que han establecido nuestros tribunales, además de estudiar la forma de hacer efectiva, procesalmente, esta responsabilidad.

Al respecto cabe mencionar, que el 10 de mayo de 2001 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.759 llamada de “Reforma Laboral”. El Proyecto de dicha ley fue objeto de una petición por parte de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara Alta durante el proceso de aprobación en orden a desagregar de esta iniciativa los artículos que regularían el trabajo temporal, iniciativa, esta última que fue acogida. Recordemos, que esta la iniciativa de regular esta materia nace en el año 1999 con un trabajo realizado por los profesionales Héctor Humeres Noguera, Guillermo Videla y Alberto Finlay.

Las normas “desprendidas” del texto, aprobado en el año 2001, fueron reingresadas con fecha 21 de mayo del 2002 al Congreso, por medio del “Proyecto de **la ley sobre el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios**”, Boletín N° 2943-13, **el que se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados desde el 07 de abril de 2004, aunque a fines de agosto fue objeto de una reposición, como respuesta a una serie de modificaciones introducidas, en el primer trámite constitucional, al proyecto original que vinieron a desvirtuar varios de los fines perseguidos por éste.** Los Fundamentos que el Ejecutivo esgrimidos, en el Mensaje del proyecto original, para la regulación pormenorizada del régimen de subcontratación, de empresas de servicios transitorios y trabajadores transitorios son, entre otros, “la constatación empírica de que las empresas han comenzado a proveerse crecientemente de mano de obra a través de terceros, ya sean empresas o personas, que ponen a disposición de aquellas trabajadores contratados por éstos.”³⁵³

Y continúa “Entre otras medidas se delimita la subcontratación regulada en el artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, exclusivamente a la ejecución de obras o servicios por cuenta y riesgo del contratista, excluyéndose de esta figura la subcontratación de mano de obra, práctica esta última que se ha utilizado profusamente ante la ausencia de normativa que permita el suministro de trabajadores, con evidente desmedro de los derechos de los trabajadores.”³⁵⁴

5.4.2 Ámbito de aplicación:

³⁵² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Mayo de 2002. Santiago. Chile. Tomo XCVIII. Sección 3°. p. 173 y 223.

³⁵³ Mensaje del Proyecto de Ley sobre **el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios** . p.2.

³⁵⁴ Op. cit. **p. 4-5.**

Como ya se dijo, si bien es cierto en el ámbito internacional existe el problema de determinar lo que se debe entender por trabajo en régimen de subcontratación, en Chile tal confusión no existe, pues los Tribunales de Justicia, como los Órganos de la Administración del Estado con competencia laboral, han entendido que el término contratista o subcontratista usado por los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo se refiere solamente a “aquellas entidades que colaboran en la obtención de los fines propios de una empresa, es decir a las organizaciones que tienden, con su actividad, a hacer más eficiente y expedito el logro del fin empresarial.”³⁵⁵ La Dirección del Trabajo, por su parte, ha definido al contratista como “toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución o prestaciones de servicio mediante un precio convenido, contratándose para ello los trabajadores.”³⁵⁶

De modo tal que podemos asegurar que en Chile el sentido que se ha dado a la subcontratación laboral es el restringido, dejando al margen, en esta materia, la figura del trabajo temporal o transitorio.³⁵⁷ Al respecto la Dirección del Trabajo, en el Dictamen N° 5.487/259 del 22 de septiembre de 1992 señala: “el eventual contrato de provisión de personal entre empleador efectivo y la empresa colocadora, no transforma a esta última en contratista en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo, ya que no realiza con el personal colocado, y bajo su responsabilidad laboral y técnica, obra o trabajo alguno que sea aporte específico y distinto a las áreas o actividades del contratador.”

Según el autor Francisco Walker Errázuriz, este Dictamen tuvo el propósito de aunar la doctrina de la Dirección del trabajo en relación con los contratos de enganche o colocación. De este modo agrega que en la legislación laboral vigente la calidad de empleador la tiene quien se beneficia o recibe los servicios personales del trabajador, quien debe aparecer como empleador en el contrato de trabajo correspondiente. Esta situación no obsta a que se debe escriturar, además, el contrato entre el trabajador y la empresa de enganche o colocadora, pues de trata de contratos diferentes.³⁵⁸

La precisión anteriormente expuesta no es vana si consideramos que en el caso de subcontratación de obra o servicio, el Código regula en régimen de responsabilidad subsidiaria para el dueño de la obra, faena o empresa; responsabilidad que no existe en los casos de trabajadores colocados o de empresas temporales.

En atención a la importancia que tiene el determinar la existencia de un subcontrato o un trabajo temporal, diremos que las principales diferencias que existen entre estos dos tipos de categorías contractuales son:

En el caso de la subcontratación por obra o servicio el trabajador está bajo dependencia y subordinación de la empresa contratista o subcontratista, según sea el caso, pues como anotamos en la definición, estas empresas deben contar con sus propios recursos y

³⁵⁵ FALLOS DEL MES. Septiembre de 2003. Santiago, Chile. (514) p.2.569.

³⁵⁶ Dirección del Trabajo, Ordinario N° 9.159/242 del 10 de diciembre de 1990.

³⁵⁷ Sin perjuicio de ello, tal como se mencionó anteriormente, existe en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley que busca establecer la constitución, seguro y garantía de las Empresas de Suministro de Servicios Transitorios. Tal como se señaló en la nota 8, el artículo 152 F de dicho Proyecto define las empresas transitorias, incorporando, a nuestro juicio las agencias de empleo. A ello, hay que agregar que el Convenio N° 181 de la OIT, de 19 de junio de 1997, sobre agencias de empleo privadas, aún no ha sido ratificado por Chile.

³⁵⁸ WALKER, F. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional. *Revista Laboral Chilena*: 75-76. Julio 1998.

trabajadores. Esto significa que no puede haber supervisión directa de la empresa principal hacia los trabajadores de la contratista o subcontratista.

En el trabajo temporal el trabajador está bajo el mando de la empresa usuaria del suministro o de la mano de obra. En este sentido se han dado varias situaciones en las que la Dirección del Trabajo ha considerado especialmente relevante el elemento de la subordinación y dependencia para dar por establecido el vínculo laboral entre la usuaria y el trabajador.³⁵⁹

En la subcontratación de obra o servicio el trabajo desarrollado por el trabajador queda comprendida solamente dentro de la parte que debe desarrollar la contratista o subcontratista.

En el trabajo temporal el trabajador colabora en la obra o faena de la empresa usuaria.

En la subcontratación restrictiva puede existir una relación triangular o cuadrangular, dependiendo de la existencia de subcontratistas.

En la relación temporal de trabajo, ésta será siempre triangular (empresa usuaria - empresa suministradora – trabajadores.)

En la subcontratación los trabajadores desempeñan sus labores con materiales y recursos del contratista o subcontratista.

Tratándose del trabajo temporal el trabajador utiliza los medios proporcionados por la empresa usuaria.

En definitiva, para verificar si existe o no existe una relación de trabajo es necesario guiarse por los hechos, y no por la denominación o forma que las partes le hayan otorgado. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han cumplido o no con ciertas condiciones objetivas. Es decir, lo que cuenta, es aquello que se conoce en el Derecho Laboral como el principio de la primacía de la realidad.

Definiciones:

Siguiendo con el desarrollo de nuestro tema creemos indispensable revisar algunas definiciones atinentes:

Dueño de la obra, empresa o faena: Es aquella persona natural o jurídica principal que celebra un contrato civil o comercial con otra, denominado contratista, para que le ejecute una obra o le preste un servicio determinado.

Al respecto resulta interesante un fallo de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2000 al conocer de un Recurso de Casación en el Fondo, en que señaló, en el considerando décimo, que “para los efectos de la aplicación del artículo 64 del Código del trabajo, la Municipalidad demandada debe considerarse dueña de las obras o trabajos de mantención de las áreas verdes de la comuna, al margen de que estas áreas verdes, en su condición de bienes nacionales de uso público, pertenezcan en dominio a la Nación toda, con arreglo al artículo 589 del Código Civil.”³⁶⁰ Para arribar a esta conclusión la Corte interpreta sistemáticamente las normas de Derecho Laboral, Derecho Civil y de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, llegando a la conclusión de la Municipalidad queda

³⁵⁹ Ejemplo de ello es el Dictamen 9.067/274, de 09 de diciembre de 1987, en que se dio por acreditada la relación laboral entre una compañía eléctrica y los trabajadores contratados por una contratista.

³⁶⁰ GACETA JURÍDICA. Octubre 2000. Santiago. Chile. (244) p.200.

comprendida dentro del concepto de empresa del artículo 3° del Código del Trabajo, pues “es una organización autónoma que objetiva fines de diversa naturaleza”^{361 362}

Empresa contratista o subcontratista: Puede ser definida como “aquella persona natural, o jurídica que por un precio ejecuta una obra o servicio para otro u otros mediante un contrato.”³⁶³ O dicho de otro modo, la persona natural o jurídica que, con sus propios equipos y su propio personal, asume la tarea de ejecutar una obra o prestar un servicio en beneficio de un tercero.

El diccionario de la Real Academia Española define contratista como “Persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una corporación o para un particular.”³⁶⁴

La Dirección del Trabajo por su parte lo ha definido como “aquella persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios mediante un precio convenido, contratando para ello trabajadores.”³⁶⁵

De las definiciones anteriormente transcritas podemos extraer un concepto que comprende los elementos esenciales de ellas: es aquella empresa, que por medio de un contrato civil o comercial, se compromete con otra empresa llamada principal, para ejecutar una obra o servicio, por su propia cuenta y riesgo y con elementos propios, para cuyo objeto se vincula laboralmente con trabajadores directamente o contrata a otra empresa llamada subcontratista.³⁶⁶ La Corte Suprema conociendo de un Recurso de Casación en el Fondo con 23 de septiembre de 2003 señaló, en el considerando octavo de la sentencia de término, “Que en la misma línea de ideas es dable asentar que las expresiones contratista y subcontratista que emplea el artículo 64, ya transcrito, datan del Código de 1931, época en que, indudablemente, el concepto de empresa y de sus fines, eran muy distintos a los actuales. Así, atento a tales cambios, en la especie, ha de hacerse primar no sólo el espíritu de la ley, esto es, aquello que se ha querido proteger o resguardar en su oportunidad, sino también el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean. Es la supremacía del bien jurídico último protegido y del principio citado los que han debido imponerse en la resolución de la controversia.”³⁶⁷

Trabajador subcontratado: Es toda persona natural que preste servicios personales, intelectuales o materiales a la empresa contratista o subcontratista bajo dependencia y subordinación, en virtud de un contrato de trabajo.

³⁶¹ GACETA JURÍDICA. Op. cit [nota 361] p.201.

³⁶² En Ordinario 295/21 de la Dirección del Trabajo, de 28 de enero de 2002, se da por sentada la responsabilidad subsidiaria de la Municipalidad de Talagante en el pago de obligaciones laborales y previsionales ante el incumplimiento de una concesionaria.

³⁶³ WALKER, F. El vínculo Laboral entre la Empresa Contratista y sus Trabajadores y la Responsabilidad Subsidiaria de la Empresa Principal. *Revista Laboral Chilena*: 63. Diciembre 1992.

³⁶⁴ Real Academia Española. Op. cit. p. 644.

³⁶⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1570 de 1982 y Ordinario N° 9.159/242 de diciembre de 1990.

³⁶⁶ En este orden de ideas la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un Recurso de Apelación, señaló que la norma de responsabilidad subsidiaria no se aplicaría a la Polla Chilena de Beneficencia en relación con sus comisionistas. GACETA JURÍDICA. Agosto 2003. Santiago, Chile. (278) p. 287.

³⁶⁷ FALLOS DEL MES. Op. cit. [nota 356] p. 2.569.

5.4.4. Análisis artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo

5.4.4.a) Naturaleza jurídica de la responsabilidad subsidiaria.

El régimen de responsabilidad subsidiaria ha sido recogido en diversas normas legales de carácter laboral, pero de un modo más restringido. A modo de ejemplo señalaremos:

Artículo 4º de la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y enfermedades Profesionales que dice: “Respecto de los trabajadores de contratistas o subcontratistas, deberán observarse, además, las siguientes reglas:

El dueño de la obra, empresa o faena, será, subsidiariamente, responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.”

El artículo 209 del Código del Trabajo: “El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley Nº 16.744.

En los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.”

Artículo 20 de la Ley 17.322 de 19 de agosto de 1970: “En todo contrato de construcción de obra, reparación, ampliación o mejoras, se entenderá, sin necesidad de estipulación expresa, que las garantías constituidas para responder a su cumplimiento y las retenciones que se hagan a los estados de pago caucionan también el cumplimiento de las obligaciones previsionales.

Para obtener la devolución o alzamiento de esas garantías, el contratista o subcontratista deberá acreditar el pago de la totalidad de las obligaciones previsionales correspondientes a la obra mediante certificados de las respectivas instituciones de previsión. La infracción de esta disposición hará al dueño de la obra solidariamente responsable del cumplimiento de esas obligaciones.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el dueño de la obra responderá subsidiariamente de las obligaciones previsionales que fueren de cargo de los contratistas o subcontratistas, correspondientes a los trabajadores que hubieren prestado servicios en la respectiva obra.”

Ahora bien, la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 64 del Código del Trabajo ha sido objeto de críticas por varios actores del mundo laboral como sindicatos y especialistas que abogan por el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria en su lugar, otorgando una mejor caución a los trabajadores sujetos al régimen de subcontratación. El sistema de responsabilidad solidaria fue contemplado en el anteproyecto de reforma al DL 2.200, idea que finalmente no fue aceptada.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad subsidiaria es similar a la que genera el contrato de fianza regulado en el Código Civil, Título XXXIV del Libro IV en los siguientes términos “artículo 2335: La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”

En ambas instituciones existe un tercero para asegurar el cumplimiento de otra principal. Una persona (fiador o dueño de la obra, empresa o faena) que se obliga personalmente en garantía del cumplimiento de una obligación de otra persona (deudor-fiado o contratista) frente a un tercero (acreedor o trabajador.) Sin embargo, entre ambas existe una gran diferencia que consiste en que en la fianza la obligación del fiador es libremente asumida, aunque la obligación de constituirla sea de origen legal, convencional o judicial, pues en estos casos solamente se exige la constitución de la garantía, mas no se impone la persona del fiador. En cambio, la responsabilidad subsidiaria, opera por el solo ministerio de la ley al encontrarse en las situaciones descritas en los artículos 64 ó 64 bis del Código del Trabajo. La primera de estas normas regula la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones laborales o previsionales que afecten a sus contratistas o subcontratistas en favor de sus respectivos trabajadores. Sin embargo, esta responsabilidad subsidiaria posee límites prácticos y temporales que a continuación revisaremos.

5.4.4.b) Límite en cuanto a la naturaleza de las prestaciones que generan responsabilidad subsidiaria:

En cuanto a los límites podemos decir que existen, algunos de carácter fáctico como el tiempo, el contrato suscrito, la efectividad de los servicios prestados por los trabajadores y aquellos que dicen relación con la posibilidad práctica del dueño de la obra, empresa o faena para fiscalizar el cumplimiento, por parte del contratista o subcontratista, de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable. Además, existen las limitaciones jurídicas, siendo la primera de ellas la consagrada en el inciso 4º de dicho artículo, que establece una excepción en favor de una persona natural dueño de la obra, empresa o faena que contrate la construcción de edificios por un precio único prefijado.

A esta clara excepción podríamos agregar aquella que puede deducirse del tenor literal de los artículos 64 y 64 bis los cuales darían a entender que el dueño de la empresa, obra o faena respondería hasta las obligaciones laborales y previsionales del primer subcontratista, cuando, por supuesto, éstas no fueren satisfechas por el contratista.

Pero atendiendo al carácter protector de las normas laborales y a la definición de dueño de la obra, empresa o faena anteriormente dada, la correcta interpretación de tales preceptos, es que la calidad de dueño de la obra, empresa o faena no sólo la posee el primer “contratador”, sino que cada uno de los contratistas y subcontratistas participantes en la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. De este modo, en cada uno de los eslabones podemos tener relaciones triangulares que se rigen por este artículo.

La responsabilidad subsidiaria se traduce en:

El primer responsable de las obligaciones laborales y previsionales es el contratista o subcontratista, según sea el caso, en su carácter de empleador.

El empresario principal o dueño de la obra o faena será responsable en caso de incumplimiento por parte del contratista.

Cuando existe subcontratistas se produce un efecto en cascada, respondiendo en primer lugar el subcontratista, luego el contratista y, finalmente, el dueño de la obra, empresa o faena. En palabras del profesor Héctor Humeres Noguera la innovación introducida por la Ley 19.250 “tiende a evitar que mediante empresas ficticias se burlen los legítimos derechos de los dependientes”³⁶⁸

³⁶⁸ HUMERES, HÉCTOR. Op. cit. [nota 194] p.193.

Respecto de la naturaleza de las obligaciones de que responde el dueño de la empresa, obra o faena, la Dirección del Trabajo, en el dictamen 5393/236 de 02 de octubre de 1996, recurrió a la norma de hermenéutica legal contenida en el artículo 19 del Código Civil a fin de fijar el sentido y alcance del artículo 64 del Código del Trabajo y señaló que esta norma “admite una interpretación amplia, toda vez que al referirse a las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de sus trabajadores y respecto de los cuales el dueño de la obra debe responder subsidiariamente, sin excluir ninguna en particular, ni referirse una en especial, ha querido significar que quedan comprendidas todas las obligaciones que puedan originarse en virtud de una relación laboral.”

Luego agrega “Por su parte y en lo que respecta al origen que pueden tener tales obligaciones laborales, cabe afirmar, siguiendo los mismos criterios sostenidos en párrafos que anteceden que la norma en comento no hace diferenciación alguna basada en que la obligación laboral tenga un origen legal o contractual, lo que hace la disposición aplicable a ambas.” El mismo Organismo estatal, en Ordinario 0544/32 de 02 de febrero de 2004, señala que teniendo en consideración la definición que el Diccionario de la Lengua Española da para “laboral” debemos entender por obligación de esta naturaleza “todas las propias de la prestación de servicios de los trabajadores del contratista o subcontratista, empleados en la ejecución de la obra, empresa o faena, lo que involucra, consiguientemente, según el caso, las derivadas de la relación contractual individual o colectiva del trabajo, y el Código del Trabajo y sus leyes complementarias.” Por su parte, obligación previsional estaría conformada por “todo aquello que se pueda disponer para cubrir contingencias o necesidades previsibles que puedan afectar a la persona del trabajador durante sus labores.”³⁶⁹

A mayor abundamiento, el D.S. 594 del 15 de septiembre de 1999 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, establece una responsabilidad directa del dueño de la obra, empresa o faena en su artículo 31, el que señala “La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ella se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella.”

5.4.4.c) Límite temporal de la responsabilidad subsidiaria.

En cuanto al límite temporal de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena, la jurisprudencia reiterada, tanto de la Dirección del Trabajo como de los Tribunales de Justicia, lo han circunscrito a la vigencia del contrato de prestación de servicios celebrado entre el dueño de la obra y el contratista o subcontratista, en su caso. La Corte Suprema conociendo de dos Recursos de Casación estableció que una empresa no era subsidiariamente responsable en el pago de indemnizaciones por años de servicio y de aviso previo tratándose de despidos injustificados realizados una vez afinada la relación entre dicha empresa y el contratista, aunque para el cálculo de las indemnizaciones se considerara el tiempo servido por el trabajador y monto de las remuneraciones mensuales

³⁶⁹ De este modo, y de acuerdo a lo expresado en el mismo Dictamen y en sentencia, de 29 de abril de 2004, en causa rol 2297-2003 la Corte Suprema conociendo de un Recurso de Casación en el Fondo, considerando séptimo, la obligación previsional nosólo comprende el pago de cotizaciones previsionales, sino también el prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Además, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Ley de Seguro de Desempleo las cotizaciones que se establecen en ella tienen el carácter de previsionales para todos los efectos legales.

del período que se desempeñó en su empresa.³⁷⁰ La Dirección del Trabajo en el ya mencionado Ordinario 0544/32 reitera la jurisprudencia administrativa contenida en los Ordinarios 2049/50 de 28 de mayo de 2003 y 3450/170 de 12 de septiembre de 2001, estableciendo que la responsabilidad subsidiaria sólo puede estar referida a trabajadores ocupados por éstos en la respectiva obra, empresa o faena, y por los montos de tales obligaciones devengados durante la ejecución de las mismas, quedando comprendidas dentro de éstas el pago de indemnizaciones por años de servicio y falta de aviso previo. Además, es dable señalar que la Dirección del Trabajo postula que la responsabilidad subsidiaria subsiste con posterioridad al término de la relación laboral, mientras no se extinga con el correspondiente finiquito o por la prescripción.

En Ordinario 5393/236, la Dirección del Trabajo estableció que “en cuanto al tiempo o período por el cual debe responder el dueño de una obra, empresa o faena debe, necesariamente, entenderse limitada a aquel durante el cual el o los trabajadores prestaron efectivos servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan aquellas obligaciones laborales y previsionales cuyo principal obligado es el contratista. En otros términos, el campo o marco de la responsabilidad subsidiaria, en este aspecto, se encuentra dado por el contrato suscrito entre la empresa y el contratista y por la efectividad de las labores desempeñadas por los trabajadores de este último.” Es así como debe aplicarse un criterio proporcional a la obra encargada, pues no es justicia hacer responsable al dueño de una obra o faena de obligaciones que se generaron con anterioridad o con posterioridad a su vinculación con el contratista o subcontratista, como tampoco lo es el atribuirle a una sola empresa si se trata de dependientes cuyo trabajo beneficiaba a varios dueños de obra.³⁷¹

De este modo, podemos concluir que el dueño de la obra, empresa o faena será responsable subsidiario de todas aquellas obligaciones laborales y previsionales que se generen durante el tiempo de vigencia del contrato civil o comercial, entre el dueño de la obra y el contratista o subcontratista, debiendo responder por las obligaciones que genere el término de un contrato de trabajo en ese período.

5.4.4.d) Algunas consideraciones procesales

Una serie de dudas han surgido en el plano procesal-laboral a propósito de la oportunidad para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena.

d.1) La primera de ellas tiene que ver con uno de los principales beneficios que otorga el contrato de fianza, llamado beneficio de “excusión”, el cual otorga al fiador la posibilidad de excepcionarse en el pago de la obligación que garantizó exigiendo al acreedor que primero se dirija en contra del deudor principal. Pese a las similitudes existentes entre la fianza y la responsabilidad subsidiaria, en esta última, el acreedor solamente puede exigir del dueño de la obra o contratista aquello que no pudo obtener del contratista o subcontratista, respectivamente.

La Dirección del Trabajo en dictamen N° 1546/220 de 21 de julio de 1995, señala “cabe concluir que sólo podrá perseguirse a aludida responsabilidad subsidiaria por las obligaciones tanto legales como convencionales contraídas por el principal obligado, vale decir, por el contratista o subcontratista, según corresponda, una vez que éstos han sido requeridos y se ha agotado el procedimiento de cobro en su contra.”

³⁷⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] p. 173-174 y 224.

³⁷¹ Este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema, en fallo sobre Recurso de Casación en el Fondo, publicado en la GACETA JURÍDICA. 2003. Santiago, Chile. (282) p.259 y en fallo sobre de un Recurso de Queja publicado en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. 1993. Santiago, Chile. Tomo LXXX. Sección 3°. p.79.

En cuanto a esta excepción de beneficio de excusión, se ha discutido sobre la necesidad de ser invocada y el plazo que habría para ello. La solución que se ha dado al respecto es que el alegar este beneficio resulta inocuo tratándose de la responsabilidad subsidiaria, lo que se confirma con las normas de carácter procesal que regulan el ejercicio de la acción, pues la ley exige que se haga una en subsidio de la otra, lo que importa el ejercicio de tal excepción. Más aún, en caso de que se entablara la acción en forma directa en contra del obligado subsidiariamente el Juez debería rechazar la demanda.³⁷²

Sin embargo, la Dirección del trabajo en oficio N° 5393/236 señaló “Con todo, cabe tener presente que para gozar del beneficio de excusión es necesario, entre otros requisitos, que el mismo se oponga en la oportunidad legal, a saber, luego de ser requerido el deudor subsidiario, al tenor de lo prevenido en el N° 5 del artículo 2.538 del Código Civil.”

Ahora bien, es necesario advertir que el Código de Procedimiento Civil, en los artículos 303 N°5, 305, 464 N° 5 y 465, ha precisado la oportunidad en que el beneficio de excusión debe invocarse.

En efecto, el artículo 303 N°5 del citado cuerpo legal dispone: “sólo son admisibles como excepciones dilatorias: 5ª el beneficio de excusión.”

A su vez, el inciso 1º del artículo 305 del mismo cuerpo legal establece: “las excepciones dilatorias deben oponerse todas en un mismo escrito y dentro del término de emplazamiento fijado por los artículos 258 a 260.”

Por su parte, el artículo 464 N° 5 del aludido Código, preceptúa: “la oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes: 5ª El beneficio de excusión...”

Finalmente, el referido texto legal en su artículo 465, inciso 1º, primera parte señala: “todas las excepciones deberán oponerse en un mismo escrito, expresándose con claridad y precisión los hechos y medios de prueba de que el deudor intente valerse para acreditarlas.”

De este modo, dicho Dictamen, hace una diferencia en cuanto al procedimiento y proceso en el cual se quiere invocar la excepción. A modo de resumen podemos decir que si se quiere hacer valer en el procedimiento laboral de aplicación general, deberá hacerlo como excepción dilatoria dentro del plazo para contestar la demanda que establece el artículo 440 del Código del Trabajo. Por el contrario, si se quiere alegar en un juicio ejecutivo deberá hacerse en el escrito de oposición a la ejecución y dentro del plazo que establecen los artículos 459 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, en sentencia de 20 de enero de 2003 dictada por la juez del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, considerando sexto se puede leer: “Que tal como lo alega el demandante, existe norma expresa en materia laboral – artículo 64 del Código del ramo- que habilita para demandar conjuntamente a su empleador directo y a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales que se reclamen. Por lo demás, el presente es un juicio declarativo de derechos en el que no se ha iniciado ejecución alguna ni contra el demandado principal ni contra el subsidiario, no siendo por ende, la etapa procesal correspondiente para impetrar este beneficio. En consecuencia, será rechazada la excepción de beneficio de excusión.”³⁷³

³⁷² GUMUCIO, J. Responsabilidad Subsidiaria, notas sobre el artículo 64 del Código del Trabajo. *Revista Laboral Chilena*:

62. Agosto 1999.

³⁷³ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 372] p.250

d.2) El artículo 64 del Código del Trabajo establece, en su inciso 3º, la posibilidad de que el trabajador demande subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos. Este inciso, introducido por la ley 19.666 de 2000, vino a zanjar una larga discusión en torno a este tema. Con anterioridad este inciso daba la posibilidad al trabajador de demandar al empleador directo y notificar a todos aquellos responsables subsidiarios, interrumpiendo, de este modo, la prescripción. Esta norma trajo una serie de problemas de interpretación, pues se entendió, por un sector de la doctrina, que la notificación tenía sólo el objeto de interrumpir la prescripción³⁷⁴, y otros autores entendieron que existía la posibilidad de demandar conjuntamente no sólo para interrumpir la prescripción, sino que también para lograr la defensa en juicio de los responsables subsidiarios.

Luego de la reforma introducida por la Ley 19.666, la Corte Suprema conociendo de un Recurso de Casación, sentenció en su considerando Sexto: “Que por último y a mayor abundamiento, el inciso 3º del artículo 64 del Código del Trabajo fue modificado mediante la Ley 19.666 publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo pasado, en términos tales que establece en forma categórica la posibilidad de demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos, zanjando así el eventual problema de interpretación que la disposición legal en los términos que estaba redactada, pudiere haber suscitado.”³⁷⁵

5.5 La Subcontratación de Mano de Obra y la Simulación Laboral

5.5.1. Antecedentes:

La subcontratación, sea de obra o servicios o de mano de obra, produce como consecuencia que el trabajador desempeña sus labores en un lugar físico que no pertenece a su empleador. El profesor Héctor Humeres, a propósito de las sanciones por simulación de contratos de trabajo, señala que: “Ello tiene una vinculación directa con el tema de la subcontratación, el *outsourcing* y el trabajo temporal, que como ya se ha dicho, están situados en una zona gris del Derecho laboral chileno, ya que no existen regulaciones específicas sobre la materia.”³⁷⁶

Tratándose especialmente³⁷⁷ de la colocación de mano de obra, la legislación laboral, ha tenido que prever las posibles acciones de simulación o fraude de ley, regulando y

³⁷⁴ Dicha doctrina queda de manifiesto en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que, conociendo de un Recurso de Apelación, sostiene que existe un derecho alternativo para demandar de conformidad al artículo 64 inciso 1º del Código del Trabajo, o una especie de reserva de derechos que nace de lo dicho en el inciso 3º, reserva que tiene la virtud de interrumpir la prescripción. GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 361] p.226.

³⁷⁵ GACETA JURÍDICA. Abril 2000. Santiago, Chile. (238) p.155.

³⁷⁶ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p. 333.

³⁷⁷ Decimos especialmente, y no exclusivamente, pues tratándose de subcontratación de obra o servicios se han dado situaciones en que algunas las empresas han creado otras más pequeñas a las cuales encargan ciertas labores al interior de la “creadora” con el fin de eludir responsabilidades que le impone la legislación laboral como el establecimiento de salas cunas, pago de gratificaciones en caso de obtener utilidades abultadas, etc.

sancionando dicha conductas con más dureza, en atención a los derechos involucrados. La ley 19.759, de 5 de octubre de 2001, sustituyó el antiguo inciso 1° del artículo 478 por el siguiente: “Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se registrará por lo dispuesto en el artículo 474. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador y los terceros deberán responder solidariamente por los derechos laborales y previsionales que correspondan al trabajador.” Es así como el nuevo texto contempla un tratamiento y sanción más drástica para este tipo de maniobras, alzando el valor de las multas de 1 a 12 UTM a una sanción pecuniaria, en beneficio fiscal, de 5 a 100 UTM; estableció un régimen de responsabilidad solidaria entre el verdadero empleador y los terceros que aparezcan como tales, sin serlo efectivamente, favoreciendo, de esta manera, al trabajador. Además, eliminó la concurrencia del elemento subjetivo en la conducta, eximiendo al juez de la obligación de indagar en el fuero interno de las partes concertadas en simular.

5.5.2. Naturaleza jurídica del ilícito sancionado en el artículo 478 inciso 1° del Código del Trabajo

El término simular o simulación no se encuentra definido en nuestro sistema jurídico, por lo que debemos recurrir a la regla establecida en el artículo 20 del Código Civil a fin de desentrañar su sentido.

El Diccionario de la Real Academia Española define simular como “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”³⁷⁸ y disimular, es entendida en su quinta acepción como: “Disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es.”³⁷⁹

En el ámbito doctrinal don Manuel Alonso García conceptúa la simulación como: “la declaración de un contenido de voluntad real, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir fines de engaño, la aparición de un contrato que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado.”³⁸⁰

Ferrara, por su parte, define la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”³⁸¹

En otras palabras, existe simulación cuando los efectos de un acto jurídico aparente o simulado son transformados o suprimidos por otro acto que deberá permanecer en secreto.

La dogmática civil construye la teoría de la simulación a partir del artículo 1.707, inciso 1° del Código Civil, que señala: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.” Al respecto, el autor Carlos Peña señala: “En verdad, el artículo 1.707 más que ser propiamente un precepto de carácter probatorio y referido a la fuerza de convicción de que están dotados

³⁷⁸ Real Academia Española. Op. cit. p. 2.068.

³⁷⁹ Real Academia Española. Op. cit. p. 834

³⁸⁰ ALONSO, M. citado por POBLETE, C. La Simulación en el Ámbito Laboral. *Revista Laboral Chilena*: 62. Febrero-marzo 1996.

³⁸¹ FERRARA, F. Citado por DE GASPERI, L. 1964. Tratado de Derecho Civil: Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos. Tomo 1. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. p. 484.

los instrumentos, es una regla referida a la simulación y que se refiere, por tanto, a la fuerza obligatoria que cabe atribuir a los actos que constan de los instrumentos, más que al valor probatorio de estos últimos.”³⁸²

Es así como los autores están de acuerdo en que la conducta constitutiva de la simulación “descansa en la falta de sinceridad de las partes quienes emiten una declaración de voluntad que no corresponde a la realidad.”³⁸³

La doctrina civil clasifica simulación de la siguiente forma:

a) Atendiendo al objeto de la simulación:

Lícita: “cuando no se lesiona el derecho de terceros o es confesable, porque se funda en razones honestas”³⁸⁴

Ilícita: se configura cuando las partes se proponen perjudicar a terceros o defraudar la ley.

Al respecto la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 7 de abril de 1993, señaló que: “tal como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, para que exista simulación ilícita son necesarios los siguientes requisitos: a) disconformidad entre la voluntad interna y su declaración, b) disconformidad deliberada y consciente, c) concierto entre las partes y d) intención de engañar a terceros.”³⁸⁵

En atención al grado de simulación, la mayoría de los autores la clasifican en:

Absoluta: En este caso tras el acto simulado no existe acto jurídico alguno, o sea, el negocio jurídico es una ilusión.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de abril de 1993, resolvió: “Un acto es absolutamente simulado si, existiendo sólo en apariencia carece de contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que él mismo produce (...) el acto simulado se resuelve en la creación de un hecho imaginario, por el cual bajo apariencias engañosas, se trata de hacer creer que el hecho fue verdadero y conforme a la intención de las partes.

La voluntad del simulador en la mera ficción o simulación absoluta es crear una apariencia para engañar a los terceros, pero no producir efectos de derecho. Por eso en ella, si bien existe la voluntad de simular, falta la voluntad de crear consecuencias jurídicas. Y esa ausencia de voluntad hace que, por ende, falte también una causa real; pero esto último como resultado de lo anterior.”³⁸⁶

Relativa: En esta situación hay una disimulación de un acto real, bajo la apariencia de otro distinto, ya sea modificando la naturaleza del acuerdo de voluntades o alterando sus cláusulas; existiendo dos actos, uno ostensible y otro oculto, aunque existe sólo una voluntad insincera, existiendo simultaneidad intelectual.³⁸⁷ En este caso hay “sin duda, dos intenciones superpuestas: la una real y secreta y la otra ostensible y ficticia.”³⁸⁸

³⁸² PEÑA, C. [en línea] < <http://www.derecho.udp.cl/site/apuntes/simulacion.PDF> >[consulta: 18 de abril de 2005.]

³⁸³ LOPEZ, J. Op. cit. p. 214.

³⁸⁴ DE GASPERI, L. Op. cit. p. 483.

³⁸⁵ GACETA JURÍDICA, 1993. Santiago. Chile. (154) p. 54.

³⁸⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES [nota 280] Sección 3°. p. 60.

³⁸⁷ PAILLAS, E. 1998. La Simulación, Doctrina y Jurisprudencia. 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.21.

Por interpósita persona: En esta hipótesis una persona ajena al acto real actuará como testaferro o intermediario, y, con su mediación, permitirá que se burle la ley que establece derechos, deberes, incapacidades y prohibiciones. “La simulación que corresponde a la interposición de persona, usualmente conocido como testaferro o prestanombre, se aplica al que interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro, aparentando obrar por cuenta propia; y en tal sentido la simulación será ilícita cuando la intención del adquirente fingido, o interpósita persona, sea la de transferir los bienes o derechos adquiridos.”³⁸⁹

No obstante las anteriores clasificaciones, el profesor Carlos Peña González, señala que la simulación puede consistir en: “a) en la identidad de los sujetos de derecho que aparecen vinculados (simulación por interpósita persona); b) en la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra; c) en el contenido prescriptivo del contrato; d) En la voluntad de celebrar algún negocio: Mientras el acto público aparenta una voluntad negocial, el acto oculto deja constancia que, en rigor, tal voluntad no existe.

Los tres primeros casos equivalen a la simulación relativa; el último a la simulación absoluta. En los tres primeros hay una voluntad negocial encubierta; en el último no hay ninguna voluntad negocial genuina”³⁹⁰

Si bien lo explicado anteriormente es tratado por la doctrina y jurisprudencia civil, los conceptos expuestos pueden ser extrapolados al ámbito laboral, pues estas dos ramas del Derecho están íntimamente ligadas, provocando que en diversas situaciones sea difícil escindir entre ambas, sobre todo en lo que a tipos de contratos se refiere. En el plano internacional, el número 16 del Informe V (2B) para la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, los dependientes mostraron su preocupación porque: “el trabajo en régimen de subcontratación no sólo plantea problemas de orden jurídico, pues se refiere a situaciones reales que afectan a millones de trabajadores. Los miembros trabajadores caracterizaron en parte los aspectos jurídicos como la distinción entre los derechos mercantil y laboral, y también por la necesidad de actualizar el derecho laboral para recoger las nuevas formas de trabajo y tratar de las relaciones triangulares. Afirmaron que había dos medios de abordar la zona intermedia (o «área gris») entre el derecho mercantil y el laboral: i) dividir con mayor precisión las fronteras entre la legislación comercial y la del trabajo y, ii) reconocer los distintos matices de «gris» y extender en alguna medida la protección legal a los trabajadores, dependiendo del grado de subordinación o dependencia.”³⁹¹

Esta “Zona Gris”, que mencionan los representantes de la fuerza laboral, se refiere a la situación laboral en que se encuentran los trabajadores en régimen de subcontratación de mano de obra, tipo de relación que se ubica entre las relaciones laborales encubiertas o disimuladas y el contratista independiente, que en nuestro medio corresponde a la subcontratación de bienes o servicios. Dicho en otras palabras, la preocupación de los actores del mundo laboral, tanto en el ámbito nacional como internacional, radica en límite, a veces imperceptible, entre *outsourcing* o colocación de mano de obra y la simulación en la contratación de trabajadores.

Si bien se ha detectado, en el derecho del trabajo, la ocurrencia de simulaciones absolutas de relaciones laborales con el fin de defraudar la ley o de obtener beneficios

³⁸⁸ DE GASPERI, L. Op. cit. p. 479.

³⁸⁹ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 386] p. 55.

³⁹⁰ PEÑA, C. Op. cit.

³⁹¹ OIT. [en línea] < <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-cont.htm> .> [Consulta: 25 de abril de 2005.]

previsionales, de seguridad social, financieros, etc., son las simulaciones relativas y por interpósita persona las más usuales.

En los casos de simulación laboral relativa “el ocultamiento de la realidad que ella involucra puede lograrse utilizándose figuras contractuales no laborales, como el mandato, la sociedad, el arrendamiento, o la invocación de contratos atípicos.”³⁹² Respecto de este tipo de simulación se ha destacado que no hay una absoluta correspondencia con su homónimo civil, pues en el ámbito laboral el empleador está en una posición de superioridad frente al trabajador, quien acepta la relación jurídica civil por necesidad económica. Incluso más, el profesor Carlos Poblete Jiménez señala que este sería un caso de fraude de ley más que simulación porque se tiende a eludir la aplicación de una ley imperativa. Dicho autor reduce las simulaciones a situaciones de menor trascendencia, como alteración en el monto de remuneraciones, en la antigüedad de la relación, entre otras.³⁹³

No obstante lo anterior, son las situaciones de simulación por persona interpuesta las que han mostrado una mayor frecuencia en los últimos años, y fue la constatación de esta realidad la que llevó al legislador a modificar el texto del artículo 478 del Código Laboral, aplicable, a nuestro juicio, sólo a esta hipótesis. Esto, porque en el acto jurídico figura como empleador quien no lo es en realidad, ocupando tal posición alguien que presta su nombre para encubrir, frente a terceros, el nombre o persona del verdadero obligado por el contrato.

Con anterioridad mencionábamos la importancia que los trabajadores, y los autores en general, reconocen al hecho de distinguir entre un contrato civil o comercial y uno de carácter laboral. Ante situaciones de difícil clasificación el autor Arturo S. Bronstein, postula la aplicación del *test* de dependencia que es “una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes *prima facie* estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.”³⁹⁴

En este escenario la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la prestación de servicios personales en régimen de subordinación y dependencia da lugar a un contrato de trabajo independientemente de la designación que le den las partes a ese acto jurídico, aplicando el principio de la primacía de la realidad y el artículo 8 inciso 1º del Código del Trabajo. Sin embargo, y por aplicación del artículo 3º inciso 2º del Código Civil, las decisiones de los tribunales de justicia sólo tienen efecto respecto del proceso en el que se pronunció.

Sobre la materia la Corte Suprema, en fallo de 16 de abril de 1990, resolvió: “la existencia de una relación laboral y los hechos constitutivos del vínculo de subordinación y dependencia priman sobre la simple materialidad de contratos de trabajo celebrados por escrito con una empresa distinta del empleador real. Dicha relación laboral se prueba con antecedentes que demuestran que los trabajadores realizan sus labores en dependencias de este último, que ocupan elementos de trabajo de su propiedad, que sus remuneraciones se pagan en sus recintos y por su cajero que es de su dependencia, que un trabajador

³⁹² POBLETE, C. Op. cit. p. 63.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ BRONSTEIN, A. 2002. Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo. En: PONENCIA DEL CONGRESO internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 6-8 de mayo de 2002. Caracas. Venezuela. p.21

del mismo controla su asistencia, que los supervigila un empleado de esa firma y que, por último, quien figura como empleador en el contrato escrito no tiene oficina establecida en la zona, carece de dirección y supervigilancia sobre los trabajadores y no pudo haberles seleccionado para contratarlos."³⁹⁵

Si bien el texto del artículo 478 del Código del Trabajo usa la expresión simulación de contratación de trabajadores por medio de terceros, estimamos que dicha conducta es el medio que algunos empleadores usan para cometer un fraude de ley laboral.

La figura del fraude de ley puede ser definida como la celebración de un acto jurídico con una decidida y patente voluntad de eludir el mandato imperativo de una norma legal, tergiversando la realización de su propio objetivo o finalidad. Es una forma velada y soterrada de incumplir la ley.

En palabras de don Fernando Fueyo, el fraude de ley, corresponde a aquel incumplimiento "buscando el apoyo de otra u otras normas con el objeto de evadir mañosamente el cumplimiento de la primera que, por lo mismo, toma el nombre de ley defraudada. Por otro lado, la norma de apoyo y de apariencia que se usa para la evasión se denomina ley de cobertura."³⁹⁶

Los elementos de este fraude, a juicio del autor José Luis Ugarte, son:³⁹⁷

Una norma legal o principio imperativo o de orden público cuya aplicación sea eludida a través del fraude de la ley, denominada ley defraudada.

Una norma legal de cobertura, a través de cuyo cumplimiento se burla o elude la aplicación de la ley defraudada.

Una conducta externamente y formalmente ajustada a la ley de cobertura, cuyo efecto o resultado va dirigido a eludir e infringir la aplicación de la ley defraudada, traicionando su finalidad social, política o ética.

Extrapolando la definición del derecho común al ámbito del Derecho de Trabajo, podemos decir que el fraude de ley, en esta rama, consiste en el incumplimiento de una norma legal laboral imperativa, por medio de un conjunto de acciones aparentes y ajustadas a la ley, pero que encubre u oculta la elusión de la primera y que tendrá como objetivo privar al trabajador de sus derechos, produciéndole daño, especialmente, en materia previsional y de la seguridad social.

La Dirección del Trabajo, en Ord. N° 922-25 de 11 de marzo de 2003, fijó el sentido y alcance del inciso 1° del artículo 478 del Código del Trabajo y señaló como elementos constitutivos de la figura descrita en esta norma, los siguientes:

Que una persona natural o jurídica tenga la calidad de empleador respecto de un trabajador, atendiendo a los factores de subordinación o dependencia.

Que tal empleador no tenga escriturado el respectivo contrato en tal calidad, o sea, no haya dado cumplimiento al artículo 9° del Código del Trabajo.

Que concurra la presencia de un tercero, persona natural o jurídica, que aparezca como acreedor de los servicios del trabajador, ya sea como empleador (simulación por interpósita persona) o a cualquier otro título (simulación relativa.)

³⁹⁵ REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. 2002. Tomo 1. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p.25.

³⁹⁶ FUEYO, F. Instituciones de Derecho Civil Moderno. 1990. Editorial Jurídica. Santiago, p. 365.

³⁹⁷ UGARTE, J. Junio 2003. La Simulación Laboral del Artículo 478: un caso de fraude a la ley. Publicación Oficial Dirección del Trabajo. (173): 6.

En dicho Dictamen, el órgano estatal, llega a la conclusión de que existe un fraude de ley por medio de una simulación.

Sin embargo, a juicio del autor José Luis Ugarte, “es posible sostener que en materia laboral, la conducta que se busca sancionar no es el engaño a terceros, ni siquiera al propio trabajador involucrado, sino la elusión del vínculo laboral, y la aplicación de las normas imperativas del Derecho del Trabajo, mediante la concurrencia de un empleador formal (el tercero que celebró el contrato de trabajo) que se superpone y encubre al empleador real (a quien el trabajador presta sus servicios.)”³⁹⁸

Por su parte, Luis Lizama Portal señala "es evidente que esta disposición no contempla un caso de simulación jurídica, sino que se establece la figura del fraude a la ley con el objeto de combatir el formalismo jurídico: se aplica una multa al empleador que obtiene servicios de trabajadores contratados a través de terceros estando él obligado a asumir la titularidad del contrato." ³⁹⁹

Creemos que la postura acertada es la que sostiene la Dirección del Trabajo, pues en la situación descrita por el artículo 478 existe, por una parte, simulación ilícita que se configura con el acuerdo del empleador real y el testaferro, que irá encaminada, en la mayoría de los casos, a perjudicar el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores y sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que impone la ley laboral al empleador, conducta, esta última que constituye un fraude a la ley laboral.

A mayor abundamiento, sostenemos que existe fraude laboral porque resultan abiertamente infringidos los siguientes artículos del Código del Trabajo:

Artículo 3° letra a) que define empleador como: “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo.”

Artículo 3° letra b) que dice que trabajador “es toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.”

Artículo 8° inciso 1°: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.”

Artículo 9° que establece: “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.”

5.5.3. Configuración del Fraude de Ley

Como se mencionó anteriormente, la Ley N° 19.759 modificó el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, eliminando la palabra “dolosamente” de su texto. La exclusión de este término ha sido interpretado, por los autores, como la adopción de un sistema objetivo en la comisión del fraude de ley laboral, pues se ha entendido que se ha prescindido del elemento intencional –dolo- en la conducta.

Según esta tesis, para que se configure el fraude de ley sólo debe existir el resultado de elusión de las normas legales, mediante la interposición de un “prestanombre”, no siendo necesaria la intencionalidad de las partes concurrentes en la simulación. Es decir, no es

³⁹⁸ UGARTE, J. Op. cit. p. 7-8.

³⁹⁹ LIZAMA, L. citado por UGARTE, J. Op. cit. p. 8.

necesario escudriñar en el fuero interno de los simuladores para saber si se realizó con el objeto de engañar o perjudicar a terceros, incluido el trabajador.⁴⁰⁰ “El legislador ha pretendido desestimular estas conductas eliminando el carácter de “dolosas” que debían tener (lo que obligaba a demostrarlo), por lo que ahora bastará tan solo con acreditar que ella existió, dejando de lado el tema de la intencionalidad.”⁴⁰¹ Esto quedó de manifiesto en la discusión parlamentaria del proyecto de ley (19.759), pues la incorporación del término “dolosamente” habría creado las condiciones para un resquicio que exigiría la prueba del elemento intencional.⁴⁰²

La Dirección del Trabajo ha señalado que: “la gravedad de la conducta fraudulenta a la que se refiere el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, ha llevado al legislador a prescindir de la expresión “dolosamente”, lo que viene a relevar que se trata de una conducta objetivamente disvaliosa y que merece el reproche jurídico por encubrir a las partes del verdadero vínculo laboral, más allá de la presencia o no de una determinada intencionalidad de perjudicar a otro sujeto o de obtener un resultado prohibido.”⁴⁰³

A lo ya expuesto debemos agregar que, a nuestro juicio, la modificación del artículo 478 del Código Laboral, además, vino a alterar el *onus probandi* en esta materia, pues como sabemos, compete probar, generalmente, al que alega la simulación y el fraude de ley. Con anterioridad a la reforma mencionada, el trabajador, que era víctima de un fraude de ley por simulación, debía probar que ésta existía, que con ella se le había engañado y perjudicado y que, además, se había configurado un fraude de ley que le impedía valerse de la protección que la legislación laboral le otorgaba. Dicho en otras palabras, la reforma, además de subir las multas al empleador que simule la contratación de trabajadores; desmejora la situación de los patronos, pues el demandante no tendrá que acreditar dolo en la conducta, sino que solamente le corresponderá acreditar que existe simulación.

El nuevo artículo 478 viene a aliviar el peso de la prueba, presumiendo que el fraude de ley por medio de la simulación laboral, produce perjuicio para el trabajador, abriendo la puerta al establecimiento de una responsabilidad no dolosa.

5.5.4. Sanciones a la Simulación y Fraude de Ley

Tal como lo señala el propio artículo 478 del Código del Trabajo, la simulación será sancionada con una multa en beneficio fiscal de 5 a 100 UTM, la que deberá ser pagada por el verdadero empleador, entendiéndose por tal, al que ejerce las facultades de subordinación y dependencia y que utiliza los servicios personales del trabajador. No olvidemos que para desentrañar la existencia de la relación laboral los tribunales deberán atender al principio laboral de la primacía de la realidad, que “implica que en caso de surgir discrepancias entre

⁴⁰⁰ El Código Civil español, en su artículo 6º número 4, adoptó el criterio de la existencia de fraude de ley sin la exigencia de una intencionalidad fraudulenta, pues señala “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

⁴⁰¹ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p.333.

⁴⁰² COMPILACIÓN DE TEXTOS OFICIALES DEL DEBATE PARLAMENTARIO. 2001. Historia de la Ley N° 19.759. volumen III. Biblioteca del Congreso Nacional. p.792.

⁴⁰³ Ordinario 922/25 de 11 de marzo de 2003. Contrato individual. Simulación. Alcance.

los que ocurre en la práctica y aquello que surja de documentos o acuerdos de cualquier naturaleza, debe otorgarse prioridad a lo que se desprenda de los hechos.”⁴⁰⁴

A la sanción pecuniaria señalada anteriormente se agrega la caución personal que otorga la ley al trabajador consistente en la solidaridad legal, entre el empleador y el testafiero o prestanombre, respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.

En cuanto a la forma de aplicación y exigencia de tales sanciones, el Código hace una distinción, entregando a la Inspección del Trabajo la administración de la multa en beneficio fiscal, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 474 del Código Laboral.⁴⁰⁵ En cambio la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, ante el silencio de la ley, debe perseguirse de acuerdo al procedimiento de aplicación general (artículos 437 y siguientes del mismo cuerpo legal.) Para tal efecto el trabajador, en virtud de las reglas de la solidaridad, podrá exigir del empleador o del tercero, sus derechos laborales. Dicho de otro modo, la legislación del trabajo, en esta materia, estableció un sistema de solidaridad pasiva legal que consiste en que puede exigírsele a cada uno de los deudores el pago total de la deuda, tal como lo señala en artículo 1.511 del Código Civil: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores (...) el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *insólidum* .” A su vez, la demanda podrá dirigirla contra el verdadero empleador y el testafiero o, si lo prefiere, contra cualquiera de ellos a su elección, conforme al artículo 1.514 del Código Civil que señala: “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

Es importante destacar que, conforme al inciso 5° del artículo 474 del Código del Trabajo, podría ocurrir que los gerentes, directores o jefes de la empresa, predio o establecimiento donde se haya cometido la falta resulten subsidiariamente responsables al pago de la multa.

5.6 Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, y que regula el funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios .

Mencionábamos páginas atrás que el Presidente de la República reingresó, al Congreso Nacional, con fecha 21 de mayo de 2002, un proyecto de ley que busca regular las relaciones temporales de trabajo y las empresas que ejercen estas actividades. Dichos artículos, originalmente contenidos en el proyecto que posteriormente derivó en la ley de “Reformas Laborales”, fueron desagregados a petición de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, provocando que la actividad de las empresas que suministraban trabajadores pasaran de una actividad no regulada por la ley, a ser una

⁴⁰⁴ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p. 31.

⁴⁰⁵ Sin perjuicio de la reclamación para ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de 15 días luego de notificada la aplicación de la multa.

actividad al margen de la ley, por tanto ilegal. A lo anterior, debe agregarse que la desagregación y posterior aprobación de otras normas contenidas en el proyecto de la Ley 19.010, produjo una serie de inconsistencias, especialmente vinculadas con las sanciones establecidas en el artículo 478 del Código del Trabajo.

El proyecto reingresado consta de 2 artículos permanentes y uno transitorio, agregando un Capítulo V al Título II del Libro I del Código del Trabajo. La aprobación de esta iniciativa significará el reconocimiento a la actividad como un negocio lícito, otorgando la posibilidad de que las empresas contraten trabajadores mediante este mecanismo para hacer frente a requerimientos organizacionales y, por otro lado, asegurar la protección a los trabajadores involucrados.

Este proyecto deroga los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, tratando de dar una regulación orgánica a la subcontratación de mano de obra y de bienes y servicios, integrando sistemáticamente las normas sobre subcontratación y suministro de trabajadores.

Las normas contenidas en dicho Mensaje, en particular en su artículo 2º, requieren de quórum de aprobación de una ley ordinaria, excepto los artículos 152-H, 152-I, 152-K, 152-L y 152-M, que son normas de rango constitucional, pues inciden en atribuciones de los tribunales de justicia; y los artículos segundo, tercero y cuarto del artículo 152-AC, que son normas de quórum calificado, en cuanto regulan materias de derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República.)

En síntesis, diremos que estas normas buscan:

Autorizar el suministro de trabajadores cuando en la empresa usuaria concurren determinadas circunstancias que la habilitan para desligarse de su calidad de empleador.

Que las empresas que ejercen la actividad de la intermediación sean plenamente identificables, estableciendo un registro especial y público que llevará la Dirección del Trabajo.

Garantizar los derechos de los trabajadores subcontratados o colocados, exigiendo una caución permanente cuyo monto dependerá del número de trabajadores con que cuente (1 a 199= 500 UF; 200 a 499=700 UF y 500 o más trabajadores=1.000 UF.)⁴⁰⁶

Establecer la responsabilidad subsidiaria de la empresa subsidiaria, en el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores temporales.

Exigir que las empresas que desarrollan este rubro lo hagan de manera exclusiva, prohibiendo las relaciones societarias (matrices, coligadas, filiales o relacionadas) entre la “suministradora” y la usuaria.

El artículo 152-P, del proyecto, establece las circunstancias que habilitan a una empresa para contratar trabajadores temporarios, señalando:

“Suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por causales tales como licencia médica, descansos de maternidad y feriados.

Servicios que por su naturaleza son transitorios, tales como aquellos derivados de organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones y otros eventos extraordinarios.

⁴⁰⁶ Para el caso de empresas de servicios temporales de trabajadores agrícolas de temporada deberán constituir una garantía permanente de 100 UF, aumentada en 0,5 UF por cada trabajador adicional contratado por sobre 100 trabajadores y 0,2 UF por sobre los 150 trabajadores contratados.

Proyectos nuevos y específicos de la usuaria tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las existentes, o expansión a nuevos mercados.

Período de inicio de actividades de empresas nuevas, el que no podrá exceder de 180 días contados desde la suscripción del primer contrato de trabajo, cualquiera sea el tipo de éste.” Posteriormente, en el artículo 152-R, establece la prohibición de contratar servicios transitorios para sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria, realización de actividades y trabajos considerados especialmente peligrosos para la seguridad y o salud de los trabajadores suministrados y para la realización de funciones por las cuales tengan la representación de la usuaria. La disposición en comento fue objeto de modificaciones en su primer trámite constitucional en el Senado, agregando la prohibición de contratar trabajadores temporales para reemplazar a trabajadores despedidos en virtud de la causal necesidades de la empresa, dentro de los 12 meses siguientes al hecho, para reemplazar trabajadores cuyos contratos hayan terminado en virtud de las causales de los artículos 159 ó 160 o no se haya invocado causal alguna, siempre que el tribunal competente haya declarado que éste fue injustificado o indebido, con la misma restricción temporal o para ceder trabajadores a otras empresas de servicios temporarios.

Otro de los tópicos interesantes del Mensaje es la transformación de los contratos temporales en indefinidos, en el caso de un trabajador que continúe prestando servicios después de expirado el plazo del “contrato de puesta”, contándose la antigüedad desde el inicio de los servicios. Además, si un trabajador hubiere prestado servicios temporarios por 30 días o más para una misma empresa, tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado.

Conclusiones al Capítulo Quinto

Es un hecho indiscutible que la economía globalizada ha originado una serie de cambios en las maneras de relacionarse laboralmente. Las empresas, en un afán de bajar los costos en el desarrollo de sus actividades, disminuir los tiempos de ejecución de tareas y la necesidad de contar con conocimientos técnicos para ser más competitivos, han buscado formas de llevar adelante el desempeño de sus funciones contratando empresas externas que produzcan parte de sus obras o servicios o que les provean de fuerza laboral.

Como consecuencia de la subcontratación y la contratación de servicios temporales han surgido problemas como: falta de estabilidad en las relaciones laborales de los subcontratados y trabajadores temporales; la afectación del derecho a la sindicalización, y con ello, merma en la fuerza sindical y la negociación colectiva, de los trabajadores a quienes no se les permite ejercer tales derechos en plenitud, ya que no se encuentran vinculados de modo estable y efectivo con la empresa en la cual prestan sus servicios en realidad; además, se han detectado diferencias de salarios entre los trabajadores de planta y los trabajadores transitorios, entre otras.

Si bien estamos de acuerdo que el mundo económico actual requiere de empresas competitivas. Reconocemos que las empresas de servicios temporarios son un aporte al funcionamiento del mercado laboral, mejorando su transparencia e información, ordenando la oferta de trabajo ubicando a los trabajadores en distintas empresas que requieren sus servicios, pero la flexibilización debe ir acompañada de la dictación de normas que aseguren

la protección de los derechos de quienes entregan su energía, tiempo y dedicación a dichas entidades.

En el plano internacional, tal como lo expusimos en su momento, existe un gran camino por recorrer para definir lo que se debe entender por subcontratación, debido al gran número de países, con una realidad económica, social y sistema jurídico propio, que forman parte de la Organización Internacional del Trabajo.

En el plano nacional, existe unanimidad en la definición de conceptos como la subcontratación (entendiendo por tal la subcontratación de bienes y servicios) y suministro de personal. De acuerdo a estudios realizados por la Dirección del Trabajo la subcontratación de trabajo existe en casi todos los sectores de la producción (transporte, comunicaciones, comercio, servicios bancarios, industria alimentaria, eléctrica, de equipos computacionales, fruticultura.)⁴⁰⁷ Por la situación anteriormente descrita se hace necesario normar de manera suficiente ambos tipos de relaciones laborales. El Código del Trabajo, en los artículos 64 y 64 bis, regula la primera de esas relaciones solamente (subcontratación de obra o servicio.)

El Proyecto de Ley sobre regulación de la subcontratación y suministro de trabajo intenta introducir regulaciones que dicen relación con el giro exclusivo de las empresas suministradoras, creación de un sistema de garantías sobre la solvencia de las empresas suministradoras, prohibir las relaciones societarias entre la empresa mandante y la sumistradora, prohibir el reemplazo con este tipo de trabajadores de aquellas que estén ejerciendo su derecho a huelga y entregar la fiscalización a la Inspección del Trabajo, con la facultad de determinar cuando se está frente a este tipo de relaciones, aunque este instrumento ha sido objeto de una serie de modificaciones que han desvirtuado tales fines.

De todos modos es imperiosa, a nuestro parecer, la aprobación de esta ley, de manera que se permita un servicio temporal fiscalizado y, así, resguardar los derechos de los trabajadores frente a la necesidad de flexibilizar las relaciones laborales por la que abogan los empresarios, evitando así los innumerables casos de fraude de ley y simulación existentes.

Todo ello porque luego de analizar la regulación aplicable a los trabajadores en régimen de subcontratación podemos concluir que aquellos que desarrollan labores para contratistas o subcontratistas de obra o servicio se encuentran en una clara ventaja frente a los trabajadores de empresas de servicios transitorios, pues para los primeros la ley estableció un régimen de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y los contratistas o subcontratistas, pero tratándose de los trabajadores de empresas temporales, colocadoras o transitorias, sólo existirá responsabilidad solidaria del empleador disimulado y el empleador simulado, en caso de existir simulación o fraude de ley, tal como lo vimos.

⁴⁰⁷ TEMAS LABORALES. Septiembre 1997. Santiago, Chile. (7): 8.

CAPÍTULO VI RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

6.1 Antecedentes Generales

Existe consenso entre los autores que con el advenimiento de la Revolución Industrial muchos de los principios que gobernaban las relaciones contractuales civiles, sufrieron importantes cambios. Esto se debió, principalmente, al nacimiento de una nueva rama del Derecho, con la que se comenzó a tener conciencia de la precariedad en que se prestaban los servicios personales.

En efecto, la admisión dentro del Derecho Laboral, del concepto de accidentes del trabajo, con la indemnización de perjuicios que acarrea, sólo comenzó a aceptarse a fines del siglo antepasado, como resultado de la enorme número de trabajadores empleados que sufrían infortunios en las grandes industrias, y la desaparición del cuidado casi paternal que hasta ese entonces era objeto el trabajador por parte del empleador en el antiguo régimen gremial. La situación creada por la llamada Revolución Industrial dejaba a los dependientes indefensos y sujetos a la posible caridad del patrono o de las obras benéficas.

Es un hecho indiscutido que todos los infortunios, tengan o no origen en el trabajo desempeñado, producen un doble efecto: impiden el desarrollo de las funciones convenidas por un período determinado, que será aquel necesario para superar la imposibilidad que le aqueja; y por otra parte, es fuente de una serie de gastos asociados con la recuperación del estado de salud.

El intento internacional por regular los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales comienza en 1921, con la aprobación de un Convenio, el N° 12, que extiende a los dependientes agrícolas los beneficios derivados de las indemnizaciones de los accidentes del trabajo, y que fuera ratificado por Chile el 15 de septiembre de 1925. Luego, en 1925, se aprobaron tres nuevos Convenios por la OIT (N° 17, 18 y 19) sobre reparaciones de los accidentes del trabajo, igualdad de trato de los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización, y el tercero, revisado en 1934, sobre indemnización de las enfermedades profesionales (estos Convenios fueron ratificados por Chile, el primero y tercero de ellos el 08 de octubre de 1931 y el segundo el 31 de mayo de 1933. Sin embargo, los Convenios N° 17 y 18 fueron denunciados con fecha 08 de agosto de 2000.) Además, en ese mismo año, 1925, se aprobaron cuatro Recomendaciones: sobre importe mínimo de las indemnizaciones por accidentes del trabajo, solución de conflictos, otra en materia de reparación de enfermedades profesionales y, por último, una sobre el trato igualitario de los nacionales y los extranjeros en materia de indemnizaciones.

Posteriormente, en el año 1927, se aprobó el Convenio N° 24 sobre Enfermedades Profesionales en la Industria y el N° 25 sobre Enfermedades Profesionales en la agricultura,

ambos ratificados por Chile el 08 de octubre de 1931. En 1934, es revisado el Convenio sobre Enfermedades Profesionales, y se aprueba el Convenio N° 42, ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994 y denunciado el 30 de septiembre de 1990. El Convenio N° 55, de 1936 sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedades profesionales o accidentes de la gente de mar, no ha sido ratificado por nuestro país, al igual que el Convenio N° 120, de 1964, sobre Higiene en el Comercio y las Oficinas. En el mismo año 1964, se aprueba el Convenio N° 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, instrumento ratificado por Chile el 30 de septiembre de 1999.

Desde 1969 a 2001 se han aprobado una serie de Convenios que no han sido ratificados por nuestro país, dentro de los cuales cabe destacar: Convenio N° 130, de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedades; Convenio N° 134, de 1974, sobre la prevención de accidentes (gente de mar); Convenio N° 139, de 1974 sobre cáncer profesional; Convenio N° 148, de 1977, sobre el medio ambiente y trabajo (contaminación de aire, ruido y vibraciones); Convenio N° 152, de 1979, sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios); Convenio N° 155, de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores; Convenio N° 167, de 1988, sobre seguridad y salud en la construcción; Convenio N° 174, de 1993, sobre prevención de accidentes industriales mayores; Convenio N° 176, de 1995, sobre seguridad y salud en las minas; y Convenio N° 184, de 2001, sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

En el plano nacional, el problema deja de ser intrascendente, toda vez que según cifras entregadas por la Escuela de Salud Pública, casi dos millones y medio de trabajadores no cuentan con protección ante los siniestros laborales, representando el 49% de la masa trabajadora, de un universo que considera a aquellos que lo hacen formalmente y a aquellos que se desempeñan en la informalidad. A estos números debemos agregar que en Chile, cada día muere una persona producto de un accidente laboral y se pierden más de tres millones de días de trabajo al año por esta causa. De acuerdo al mismo estudio, las actividades con mayor tasa de accidentes se encuentran la construcción con un 11,43%; el transporte con un 10,9% y la agricultura con un 10,6%.⁴⁰⁸

Según estadísticas de la Superintendencia de Seguridad Social correspondientes al año 2004, un total de 76.272 empresas estaban adheridas a una mutual de empleadores. Durante dicho año se produjeron un total de 238.523 accidentes del trabajo, de los cuales 205.630 corresponden a accidentes del trabajo propiamente tales y 32.893 a accidentes del trayecto. A su vez, se perdieron 2.435.629 días laborales por el primer concepto y 483.635 por el segundo de ellos. En cuanto al número de dependientes muertos a causa de una accidentes de trabajo, la cifra llega a los 297, de los cuales 214 se debieron a accidentes propiamente tales y 83 a accidentes de trayecto.

En cuanto a las enfermedades profesionales, las estadísticas arrojan un total de 4.418 durante el año 2004, con un total de 91.627 días de trabajo perdidos por tal concepto.

En este escenario, tenemos que los artículos 184 y 209 a 211 del Código del Trabajo regulan, por un lado, la obligación que recae sobre el empleador de proteger al trabajador, y por el otro, la obligación del primero de afiliarse a un sistema de seguro social para paliar el estado de necesidad sobreviviente producto de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional que pueda afectar al segundo.

Objeto de este apartado será la revisión de las principales teorías que se han invocado para fundar la responsabilidad del empleador en los infortunios laborales, pensamientos

⁴⁰⁸ DIARIO LA NACIÓN. [en línea] < <http://www.lanacion.cl/> > [consulta: 19 de agosto de 2005.]

teóricos que en un primer momento fueron tomados del derecho común. Luego revisaremos las hipótesis que dan lugar a la responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de acuerdo a la ley que regula la materia, para continuar con aspectos procesales de interés y que se extraen básicamente de la abundante jurisprudencia existente al respecto.

6.2. Teorías sobre Responsabilidad del Empleador

Las teorías que brevemente se expondrán a continuación, fueron desarrolladas ampliamente en el ámbito civil y alguna de ellas extrapoladas al derecho laboral, rama que por esos años era incipiente. Todas estas construcciones doctrinarias han intentado justificar la responsabilidad que le compete al empleador en el acaecimiento de un accidente laboral o en la adquisición de una enfermedad profesional por parte del trabajador.

6.2.1. Teoría de la Responsabilidad Extracontractual o Teoría de la Culpa

Los primeros fundamentos de la responsabilidad del empresario en los infortunios laborales fueron vinculados con la teoría subjetiva de la responsabilidad extracontractual, basándose en el Derecho Común sobre todo en los principios derivados de la Ley Aquilia. En esa época el Derecho Laboral aún no adquiría “personalidad propia.” En nuestro país, el fundamento legal se encontró en el artículo 2.314 del Código Civil, norma que regula la obligación de reparar de quien, en forma culpable o dolosa ha inferido un daño a otro. Dicho precepto encuentra como antecedente inmediato al artículo 1.382 del Código Francés que señala: “Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya falta se produjo, a la reparación.”

No obstante la sencillez de los conceptos civilistas que atribuyen responsabilidad a todo aquel que haya causado daño por una conducta atribuible a dolo o culpa, la aplicación de esta tesis trajo como consecuencia que las víctimas de la gran mayoría de los infortunios laborales quedaran en el más absoluto desamparo, pues se requería que, el trabajador accidentado o sus sucesores, probaran culpa o dolo del empleador en su ocurrencia. Además, de la verificación de una serie de accidentes que eran producto del ejercicio profesional, por lo que no podían ser atribuidos al empleador.

6.2.2. Teoría de la Inversión de la Prueba

Se intentó solucionar los inconvenientes doctrinales y procesales que acarreo la aplicación de la doctrina anterior invirtiendo la carga de la prueba, es decir, se presumió que los accidentes sufridos por el trabajador eran producto de la negligencia del empleador y era éste el llamado a probar su prudencia y actuar diligente.

6.2.3 Teoría de la Responsabilidad Contractual

Esta tesis se basa en el presupuesto de que el contrato de trabajo genera dos obligaciones precisas: el trabajador debe prestar servicios en la forma acordada y el empleador debe

otorgar la protección suficiente para el desempeño de sus funciones. En otras palabras, el empleador tiene la obligación de devolver al trabajador en las mismas condiciones en que llegó a prestar servicios o como diría Sainctelette y Sauzet: “tan válido como lo recibió.”⁴⁰⁹

El patrono será responsable de cualquier daño que sufra el trabajador y para eximirse de ésta obligación deberá probar causas eximentes tales como: culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito.

La aplicación de esta postura también presentó problemas prácticos, pero debe reconocérsele el mérito de declarar que del propio contrato de trabajo emanaba la obligación de protección del empleador.

Las críticas que se le formularon a esta doctrina tienen que ver con la mantención del problema de la responsabilidad en el concepto de culpabilidad e imponer al patrono la carga de proteger al trabajador frente a cualquier riesgo de accidente del trabajo o enfermedad profesional.

410

6.2.4 Teoría Objetiva de Responsabilidad o del Riesgo Profesional

Los defectos de las teorías subjetivas produjeron como consecuencia la adopción de criterios objetivos de atribución de responsabilidad del empleador, que se tradujeron en que el trabajador sólo debía probar la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Esta teoría descansa sobre los supuestos de creación de un riesgo específico y el aprovechamiento de los frutos del trabajo por parte del empresario. Tal pensamiento puede resumirse en la siguiente frase “Los riesgos de una actividad deben ser de cargo de quien también se aprovecha de ella.”⁴¹¹

“La teoría del riesgo al prescindir de la culpa, se basa en la creación de un riesgo, conforme a la idea de una pura causalidad física, sirviéndole de fundamento tanto la creación de ese riesgo por el empresario como la equidad que impone que quien se aprovecha de los beneficios de una industria debe también soportar sus inconvenientes

⁴¹²

(*cujus cómoda, ejes incommoda; ubi emolumentum, ibi onus*)” Este criterio fue expuesto en Francia por Félix Faure, quien señala “De idéntica manera como una explotación soporta el desgaste y la destrucción de su material, los gastos de amortización del utilizaje. Los riesgos del fuego, la responsabilidad civil, etc., así debe soportar las consecuencias de los accidentes que se produzcan en trabajos realizados en su provecho.”⁴¹³ Del criterio anteriormente expuesto se deriva que el patrón y el propietario o empresario pasa a ser responsable *ex lege* porque su cosa, maquinaria o establecimiento han generado un perjuicio o daño, aunque haya sido por caso fortuito.

⁴⁰⁹ SAINCTELETTE Y SAUZET, citados por HERNAIZ, M. 1946. Tratado Elemental de Derecho del Trabajo. Madrid, España. 2ª Edición. Instituto de Estudios Públicos. p. 400.

⁴¹⁰ **Se vincula a esta teoría el caso “Teffaine” de 1896, ocurrido en Francia en que la Corte de Casación de ese país condenó a un empleador por la explosión de una caldera, sin haberse acreditado su culpa.**

⁴¹¹ MERA, R. 1957. “Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”. Madrid. Imprenta Hijos de Vicente Mas- Alberto Aguilera. p. 35.

⁴¹² ESPIN, D. Manual de Derecho Civil Español. 1975. Volumen III, 5ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. P. 503.

⁴¹³ FAURE, F. Citado por NOVOA, P. 1977. De la Seguridad Social. 1ª Edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile. p. 330.

Por su parte el riesgo profesional ha sido definido como: “aquel que en determinado trabajo engendra fatalmente para el que lo ejecuta, mayor o menor peligro para la vida o salud, sea por lo nocivo de la materia que elabora, sea por lo insalubre del lugar donde trabaja, sea por el peligro constante que el manejo de las máquinas o aparatos entraña”⁴¹⁴ o “el evento a que está expuesto el trabajador de perder la vida o su capacidad de trabajo en forma total o parcial, permanente o temporal, a consecuencia de la realización de los riesgos inherentes al desempeño habitual de su trabajo, en cuya virtud tiene el derecho a reclamar una indemnización parcial tarifada y garantizada por la ley, con cargo al pasivo de la empresa, sin perjuicio de la responsabilidad común con la cual coexiste.”⁴¹⁵

En otras palabras, el empleador es responsable del infortunio laboral, no porque haya incurrido en negligencia o dolo, sino porque las labores que desarrolla le reportan beneficio, es decir, el daño que ha producido la contingencia afecta directamente a uno de sus insumos de producción y de la misma forma como amortiza el capital, paga impuestos, responde civilmente a sus deudores, el empleador deberá asumir e indemnizar los perjuicios irrogados al trabajador producto de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Esta característica ha venido a simplificar el sistema, pues no se tendrá que entrar a indagar en el fuero interno del patrono (su culpa o dolo.)

La Corte de Apelaciones de Antofagasta ha determinado que en los casos de infracción del artículo 184 del Código del Trabajo existe responsabilidad de carácter contractual. “Pero no sólo eso, además, nos encontramos frente a la situación legal en la que se impone el deber u obligación indemnizatoria de manera objetiva, por el llamado presupuesto doctrinal del riesgo creado. Quien origina el riesgo de daño en el evento que se produzca, debe indemnizarlo, ello pura y simplemente, porque de no haber sido creado un presupuesto de posibilidad de dañar a otro, dicho perjuicio material o moral no habría acaecido.”⁴¹⁶

De todos modos, esta teoría permite que el empleador pueda excepcionarse en los casos de fuerza mayor extraña al trabajo, imprudencia extraprofesional y en caso de dolo del trabajador en la ocurrencia del infortunio laboral, como por ejemplo: autolesionarse o simular un accidente o enfermedad profesional.

Las ideas antes expresadas pueden sintetizarse en la noción de riesgo lícito e ilícito. Para tales efectos debemos tener claro que todo daño a la vida o integridad física o psicológica del trabajador tiene su origen en un riesgo previo y éste será ilícito cuando haya sido consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad y protección de los trabajadores. Por el contrario será lícito cuando corresponda al margen de riesgo inevitable, en el sentido de que su neutralización absoluta es inalcanzable en el estado actual de la ciencia y la técnica.

6.2.5 Teoría del Riesgo de Autoridad:

Esta postura aparece, dentro de las posiciones doctrinarias objetivas, como reacción a tendencias legislativas que incluían en las normas legales actividades sin riesgos específicos, que extendían la responsabilidad a empresas sin fines de lucro y una incorporación, por parte de la jurisprudencia en un primer momento, dentro del concepto

⁴¹⁴ BIELSA, R. citado por AHUMADA, H. Manual de Seguridad Social. Santiago, Chile. Editorial Andrés Bello. p. 146. (Sin año de impresión.)

⁴¹⁵ GAETE, A. y FIGUEROA, E. citado por AHUMADA, H. Op. cit. p. 147.

⁴¹⁶ GACETA JURÍDICA. Op. Cit. [nota 260] p. 185. En igual sentido FALLOS DEL MES. Op. cit. [nota 223] p. 962.

de accidente del trabajo a los accidentes de trayecto que en nada se relacionan con los riesgos de la empresa.

El riesgo sigue siendo la base de la responsabilidad, pero esta tesis se fundamenta ya no en el peligro que provocan las máquinas, sino que en el vínculo de subordinación y dependencia en que se halla el obrero con respecto al empleador, creando un riesgo de carácter especial. De esta forma, si se produce un infortunio laboral con ocasión de un servicio que le ha sido encomendado cumplir al trabajador por su empleador, es este último el que debe responder por las contingencias. Esta tesis puede resumirse diciendo que la autoridad es fuente de responsabilidad y quien tiene trabajadores bajo su mando debe responder por los perjuicios que se le irroge en el desempeño de sus labores.⁴¹⁷ De esta forma, la responsabilidad del empleador se extiende a todos los accidentes si éstos resultan inherentes a la labor realizada, aunque hayan sido causados por caso fortuito o fuerza mayor.

Esta teoría fue recogida por la Ley 4.055, de 1924 que posteriormente analizaremos.

6.2.6 Teoría del Riesgo Social:

Con posterioridad a la teoría del riesgo profesional, se buscó el fundamento y la explicación de la responsabilidad de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales como de riesgo social, con el fin de obtener una mejor protección del trabajador al considerarlo como un instrumento al servicio de la sociedad. Ello significó que se abandonara la búsqueda de la causa del infortunio, para centrarse en la mejor atención de las necesidades que se provocan con motivo de estas contingencias, acudiendo directamente al afectado, sin esperar que el patrón se encargara de él, personalmente o por medio de un seguro.

En este escenario, el empleador no responde directamente a estas prestaciones, pues sólo es obligado a pagar una cotización básica y, eventualmente, una adicional, a una entidad encargada de administrar los fondos y de otorgar las prestaciones requeridas por el afectado, pudiendo el trabajador demandar las prestaciones e indemnizaciones (daño emergente y lucro cesante e incluso el daño moral) que no le hayan sido cubiertos por dicho seguro directamente del patrono. "De esta forma, es la sociedad quien contribuye al financiamiento del seguro a través de los empleadores, que- como grupo- son parte importante de la sociedad, concretando así el principio básico de la Seguridad Social, la solidaridad."⁴¹⁸

Parte de la doctrina estima que las contingencias de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales deben cubrirse a través de seguros de enfermedad, invalidez y muerte comunes; mientras otros defienden el tratamiento paralelo por razones de prevención de riesgos, tal como lo señala la autora Lucía Verdugo Ernst: "la razón de ser, de existir un Seguro Social sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, que es independiente y paralelo a los seguros por enfermedad y accidente común, invalidez y muerte por causas no laborales, es precisamente la prevención de riesgos."⁴¹⁹

Es esta teoría la que recoge la Ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuerpo normativo que analizaremos más adelante.

⁴¹⁷ Esta teoría fue enunciada POR ROUAST Y GIVORD y, posteriormente, aceptada por FERRARI.

⁴¹⁸ HUMERES, H. y HUMERES, H. 1997. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decimoquinta edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 580.

⁴¹⁹ VERDUGO, L. Accidente del Trabajo ocurrido en la localidad "El Alfalfa". *Revista Laboral Chilena*. (7): 76. 1992.

6.3. Evolución Histórico- Legislativa de los Accidentes Laborales en Nuestro Derecho Positivo.

Ley N° 3.170:

Publicada el 20 de septiembre de 1916, fue la primera ley sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile y recogió la teoría del riesgo profesional, como veremos. Dicho cuerpo normativo regulaba un sistema de responsabilidad directa del empleador, quien podía optar por afiliarse a una mutualidad o sociedad de seguro general. En su artículo primero establecía “Los accidentes ocurridos a los obreros o empleados, por hecho o con ocasión directa del trabajo que ejecuten en las empresas a que se refiere el artículo 3°, dan derecho a una indemnización a cargo del patrono o jefe de la empresa en provecho de la víctima, del cónyuge sobreviviente y los hijos legítimos, naturales o ilegítimos ya reconocidos.”

Del texto del artículo transcrito podemos deducir que las enfermedades profesionales no eran consideradas como contingencias laborales indemnizables. A esto se puede agregar que los accidentes del trabajo eran cubiertos solamente cuando ocurrían en el funcionamiento de determinadas empresas que estaban señaladas en el artículo 3° de la mencionada ley, lo que provocaba una cobertura restrictiva, pese a que la enumeración no era taxativa, pues señalaba: “Las industrias o trabajos a que se refiere la presente ley, son las siguientes, siempre que sean de carácter permanente y ocupen más de 10 obreros...”

Lo señalado anteriormente permite concluir que dicha ley regulaba un sistema de responsabilidad objetiva, fundada en la teoría del Riesgo Profesional.

De acuerdo al artículo 5° de la ley en comento, la responsabilidad que le cabía al empleador consistía en que: “El patrono pagará la asistencia médica y los gastos de botica de la víctima de un accidente hasta que éste se encuentre, según informe médico, en condiciones de volver al trabajo o comprendida en algunos de los casos de incapacidad permanente.” Agregando el inciso final: “En caso de muerte, el patrono deberá, además, pagar los gastos de entierro, hasta la suma de cien pesos.”

Al obrero o empleado, por su parte se le otorgaba la posibilidad de exigir las indemnizaciones contempladas en esta ley o las que correspondieran según el derecho común, pero tales acciones eran incompatibles, conforme a lo prescrito en su artículo 15°: “Los accidentes ocurridos en los casos a que esta ley se refiere, no dan derecho a perseguir otra indemnización que la que ella misma establece (...) No obstante, si se pudiere probar al patrono dolo o culpa grave, se podrá reclamar la indemnización con arreglo a las leyes comunes, abandonando los derechos conferidos por esta ley.”⁴²⁰

Ley N° 4.055, de 8 de septiembre de 1924:

Esta ley presenta importantes diferencias respecto de la ley anteriormente analizada, pues incorpora a las enfermedades profesionales como infortunios laborales cubiertos, esto es, otorga a los afectados por las mismas, un derecho a indemnización, señalando al respecto, en su artículo 3° que: “La responsabilidad del patrono se extiende, además, a las

⁴²⁰ El procedimiento a que daban lugar las acciones señaladas en la Ley N°3.170, era regido por el juicio sumario, contemplado en el Libro tercero de nuestro Código de Procedimiento Civil, para que el proceso se desarrollara en forma expedita, al no existir todavía en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento especial de carácter netamente laboral.

enfermedades causadas de una manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realice el obrero o empleado y que le produzca incapacidad.” La determinación de las enfermedades profesionales es entregada al Presidente de la República, quien deberá elaborar un catálogo de ellas, mediante la dictación de un Reglamento, que era revisable cada tres años.⁴²¹

Esta ley, en su artículo primero, nos entrega una definición de accidentes del trabajo, la cual tiene ciertas diferencias con la que se contenía en la ley N° 3.170. En su artículo 1° la primera señalaba: “Para los efectos de la presente ley, entiéndase por accidente toda lesión que el obrero o empleado sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad para el mismo.”

Esta ley, además, conserva el mismo criterio en la enumeración de las empresas en las que puede ocurrir un accidente del trabajo, y en su artículo 6° agrega a las ya contempladas en la ley N° 3.170⁴²², las labores de carácter forestal, pesca fluvial y marítima, colocación, reparación y conservación de conductos eléctricos, redes telegráficas y telefónicas y transporte aéreo. Esta enumeración, con todo, no tenía un carácter taxativo, pues el numeral 8° de este artículo señalaba: “En general, todas las fábricas, faenas y talleres.” De esta forma, el sistema de seguro regulado en esta normativa cubría los accidentes y enfermedades profesionales que se verificaban a causa o con ocasión de los trabajos pesados, y también aquellas en que predominaba el esfuerzo intelectual, aunque daba más importancia a las del primer tipo.

Esta ley clasificaba la incapacidad provocada al trabajador en: temporales, permanentes, sea parciales o totales, y aquellas que generaban la muerte del trabajador.

El artículo 21° señalaba como obligación del patrono o propietario de la empresa el asegurar el riesgo profesional del obrero o empleado, ya sea en una asociación mutua, en una sociedad chilena de seguros o en una fundación con personalidad jurídica, de acuerdo al reglamento respectivo. Posteriormente el Código del Trabajo de 1931, estableció sólo la opción de contratar un seguro, hecho que provocó una contradicción de disposiciones que conllevó la aplicación de multas contempladas en el artículo 22 de esta ley, a empleadores que no lo contrataban.

La ley en comento, no contenía norma que se refiriera a la compatibilidad o incompatibilidad de las acciones derivadas de esta ley y del derecho común.

Otra particularidad de la ley 4.055 es que dedica un título especial a las medidas de prevención y vigilancia, que debían ser establecidas en un reglamento, señalando que la inspección y vigilancia administrativa estará a cargo de la Oficina del Trabajo, antecesora de la actual Dirección del Trabajo.

Además, dio mayor amplitud al concepto de riesgo, conforme a la teoría del riesgo profesional, aceptando como excepciones, a la responsabilidad del empleador, la fuerza

⁴²¹ El Decreto N°581, de 21 de abril de 1927, se encargó de señalar el listado de enfermedades profesionales.

⁴²² En su artículo tercero establecía: “Las industrias o trabajos a que se refiere la presente ley, son las siguientes, siempre que sean de carácter permanente y ocupen más de diez obreros: 1° Los trabajos de salitreras, salinas, canteras y demás minas de cualquier especie y los de las fábricas y talleres metalúrgicos; 2 ° Los establecimientos o partes de establecimientos donde se producen o se manipulan materias explosivas, inflamables, insalubres o tóxicas; 3 ° Las empresas o faenas de carga y descarga; 4 ° La construcción, reparación y conservación de obras públicas de vías férreas, puertos, caminos, puentes, canales, diques, muelles, acueductos, alcantarillados y otros trabajos similares; 5 ° Las empresas de transporte por tierra, por mar y por ríos, lagos y canales navegables; y 6 ° En general, las demás fábricas o talleres donde se hace uso de una fuerza cualquiera, distinta de la del hombre, y en las faenas agrícolas que se encuentren en la misma condición”.

mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima.

D.L. N° 170:

El mencionado Decreto Ley corresponde a nuestro primer Código del Trabajo y fue publicado el 28 de mayo de 1931. Dicho cuerpo legal introdujo, en su Título segundo, una nueva normativa con relación a los accidentes del trabajo, derogando, de esta forma, la ley N° 4.055 anteriormente analizada.

Con relación a las teorías de atribución de responsabilidad, ya revisadas al inicio del presente Capítulo, se puede advertir que en su articulado se acoge la teoría objetiva basada en el riesgo de autoridad, ya que no se establece límite a la cobertura de los accidentes, cubriendo tanto los de carácter pesados como aquellos desarrollados en todo tipo de industria, terminando, de este modo, con la enumeración establecida en la ley anterior.⁴²³

Lo recién expuesto nos permite concluir que en esta normativa se reguló un tipo de responsabilidad directa por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y que la constitución del seguro de accidentes dejó de ser obligatoria, lo que a nuestro juicio, significó un retroceso en nuestra legislación.

6.3.4 Legislación posterior al Código de 1931:

Con posterioridad a la dictación del D.L. 170, se publicaron una serie de normas que vinieron a perfeccionar las disposiciones del mencionado cuerpo legal. Así tenemos, por ejemplo, el Decreto 696 de 04 de noviembre de 1937, que regulaba los seguros y pensiones por accidentes del trabajo y que se refería a las entidades que pueden realizar negocios de seguros; el Decreto 655 de 07 de marzo de 1941, que aprobó el Reglamento sobre higiene y seguridad industrial; Decreto 1267 de 09 de septiembre de 1942, que creó la Caja de Accidentes del Trabajo.

Ley N° 16.744, de 01 de febrero de 1968:

Esta ley fue publicada el 01 de febrero de 1968 y es la normativa que actualmente rige la materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, por lo que será analizada, en sus aspectos más importantes en las siguientes páginas de esta Memoria. Por ahora baste decir que este cuerpo legal recoge la teoría del riesgo social, con un seguro unificado y obligatorio.

Al respecto los profesores Héctor Humeres Noguera y Héctor Humeres Magnan opinan: “Al dictarse la Ley N° 16.744, de 1 de febrero de 1968, podemos decir que se abandona la teoría del riesgo profesional para entrar a una más moderna, adoptando la teoría de la responsabilidad social, en que ya no es el empleador quien responde de las consecuencias de los infortunios del trabajo, sino un fuerte asegurador, quien sí obtiene los recursos del fondo de indemnización, principalmente de la cotización obligatoria de los empleadores.”⁴²⁴

⁴²³ El artículo 261 del Código del trabajo estableció que: “Todas las industrias o trabajos, cualquiera que sea su naturaleza, sea que ocupen empleados, obreros o aprendices, darán lugar a la responsabilidad del patrón en la forma que establece este Título”.

⁴²⁴ HUMERES, H. y HUMERES, H. Op. cit. [nota 419] p. 580.

6.4 Régimen Actual de Responsabilidad del Empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de sus Dependientes.

Antecedentes:

El Código del Trabajo en su artículo 184 regula el deber general de protección que recae sobre el empleador, en los siguientes términos: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, 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.

Corresponderá también a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, en los términos señalados en el artículo 191, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios del Estado en virtud de las leyes que los rigen.”

Luego, el mismo cuerpo legal, en sus artículos 209 a 211, establece la obligatoriedad de un seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, señalando:

“Artículo 209: El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744.

En los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.”

Artículo 210: “Las empresas o entidades a que se refiere la Ley N° 16.744, están obligadas a adoptar y mantener medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala esa ley.”

Artículo 211: “El seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se financia, en la forma que prescribe la Ley N° 16.744, con una cotización básica general y una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora, ambas de cargo del empleador; y con el producto de las multas que apliquen los organismos administradores, las utilidades o rentas que produzcan la inversión de los fondos de reserva y con las cantidades que estos organismos obtengan por el ejercicio del derecho a repetir contra el empleador.”

De esta forma, el Código del Trabajo se remite a la Ley 16.744, cuerpo normativo que regula un sistema de indemnizaciones cuyo objetivo es reparar los daños causados por un accidente del trabajo o enfermedad profesional, independientemente de la culpa o dolo del empleador. A juicio del profesor Ramón Domínguez Águila, se trataría de un sistema de seguridad social de reparación de daños laborales, pero reconoce que este sistema no

elimina el sistema de responsabilidad, sino que coexiste con él en virtud del artículo 69 de la Ley 16.744.⁴²⁵

Las prestaciones reguladas por la mencionada ley, a juicio de algunos, están fijadas conforme a un criterio objetivo, con indemnización tasada legalmente y en opinión de otros, se trataría de indemnizaciones propiamente previsionales, pero con una finalidad de reparación y no asistencial. Estos últimos basan su postura en la posibilidad que tiene el órgano administrador del seguro de accionar contra el responsable del accidente o enfermedad profesional, sea el empleador o un tercero.⁴²⁶

Los autores Juan Sebastián Gumucio Rivas y Diego Corvera Vergara, señalan que: “no ocurre lo mismo en el sistema de la Ley N° 16.744, en el que no estamos frente a un seguro privado que traslade la responsabilidad del empleador hacia el asegurador, sino de un seguro social en que las prestaciones emanan de la ley y no de la responsabilidad directa del patrono.”⁴²⁷

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado al respecto: “Que de conformidad con las disposiciones de la ley N° 16.744, sobre seguro social obligatorio contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la responsabilidad objetiva del empleador - derivada del riesgo profesional a que está expuesto el trabajador-, se encuentra cubierta por este seguro social, financiado sustancialmente con cotizaciones que son de cargo del empleador; motivo por el cual, la cobertura del siniestro que sufra el trabajador a causa o con ocasión del trabajo opera objetivamente, esto es, prescindiendo de la culpabilidad, sea ésta del empleador o del trabajador, conforme con lo que claramente disponen los artículos 1°, 2° y 5° de la ley indicada.”⁴²⁸

Podemos señalar como características del seguro establecido en esta ley las siguientes: es universal, cubre todos los riesgos laborales, tiene cobertura integral, es solidario, regula un sistema de prestaciones automáticas, es social, etc.

Es el artículo 2° el que señala a que personas se favorecerá el seguro obligatorio, en los siguientes términos: “Estarán sujetas, obligatoriamente, a este seguro, las siguientes personas:

- a) Todos los trabajadores por cuenta ajena, cualesquiera que sean las labores que ejecuten, sean ellas manuales o intelectuales, o cualquiera que sea la naturaleza de la empresa, institución, servicio o persona para quien trabajen; incluso los servidores domésticos y los aprendices;
- b) Los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, municipales y de instituciones administrativamente descentralizadas del Estado.
- c) Los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para el respectivo plantel.
- d) Los trabajadores independientes y los trabajadores familiares.”

⁴²⁵ DOMINGUEZ, R. citado por CORRAL, H. Op. cit. p.251 (nota al pie.)

⁴²⁶ CORRAL, H. Op. cit. p. 252.

⁴²⁷ GUMUCIO, J. y CORVERA, D. Responsabilidad Civil del Empleador por Accidentes del Trabajo en Chile. *Revista Laboral Chilena*: 62. 1996.

⁴²⁸ GACETA JURÍDICA. 2004. Santiago, Chile. (291) p. 238.

Además, según el artículo 3° de esta ley: “estarán protegidos, también, todos los estudiantes de establecimientos fiscales o particulares por los accidentes que sufran con ocasión de sus estudios o en la realización de su práctica educacional.”

Definiciones:

Como lo hemos señalado, la ley 16.744 regula un sistema de seguros por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, lo que hace imperioso determinar los infortunios laborales cubiertos. Para tal efecto revisaremos las definiciones legales y doctrinales de éstos:

Accidentes del Trabajo:

La Ley 16.744, en su artículo 5°, define a los accidentes del trabajo como: “Toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.”

Acto seguido, en sus incisos 2° y 3°, establece hipótesis que la ley asimila a accidentes del trabajo, éstas son: los accidentes ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo y aquellos sufridos por dirigentes sindicales a causa o con ocasión de su desempeño como tal.

Posteriormente, el inciso 4° del mismo artículo, excluye aquellos accidentes del trabajo que son causados por una fuerza extraña al trabajo y los intencionalmente producidos por la víctima, circunstancias que deberán ser probadas por el organismo administrador.

Según Antonio Vázquez Vialard, “el accidente responde a la característica general de un acontecimiento externo, imprevisto u ocasional, que produce un daño en la persona o en las cosas.”⁴²⁹

Según la doctrina los requisitos del accidente del trabajo son:⁴³⁰

Una lesión o daño causado sobre la persona: La Real Academia Española define lesión, en su primera acepción, como: “Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad”, y en su segundo significado como: “Daño, perjuicio o detrimento”, de tal manera que podemos concluir que lesión es: “todo detrimento o perjuicio que pueda sufrir el organismo humano,”⁴³¹ excluyendo aquellos menoscabos que hayan afectado a los bienes del trabajador⁴³² También se puede conceptuar como: “Toda lesión del organismo, aparente o no, interna o externa, profunda o superficial, pues no son su importancia y extensión lo que entra en juego, sino únicamente sus efectos sobre la duración y grado de incapacidad de la víctima.”⁴³³ Del texto del artículo 5° de la Ley 16.744 puede concluirse que los accidentes del trabajo pueden revestir dos modalidades:

⁴²⁹ VAZQUEZ, A. Op. cit. p. 289.

⁴³⁰ A los requisitos que se señalarán, Antonio Vázquez, agrega un quinto que dice relación con que el hecho debe ser extraño, provocado por el hombre o por una cosa. Si es consecuencia de la acción del hombre, sea tercero o el empleador, puede deberse a culpa o dolo, en cambio si es por un hecho de las cosas, puede deberse a un vicio o por simple fatalidad.

⁴³¹ MERA, R. Op. cit. p. 42.

⁴³² Según Dictamen N° 4.955 de 12 de junio de 1948, la Dirección General del Trabajo de Chile estimó que la destrucción de anteojos de un empleado no constituía lesión corporal por no existir lesión propiamente tal.

⁴³³ SACHET, A. citado por NOVOA, P. Op. cit. p.339.

“A causa del trabajo”: En cuyo caso la lesión debe tener su origen inmediato y directo en el trabajo mismo, en cuanto a las labores para las cuales fue contratado, la jornada de trabajo y el lugar de desempeño. Al respecto, Mario de la Cueva señala que en este caso no habrá más excluyentes de responsabilidad que la fuerza mayor o el dolo del trabajador.”⁴³⁴

“Con ocasión del trabajo”: La inclusión de esta frase en la redacción de la norma que define el accidente del trabajo, permite concluir que la relación de causalidad en estos casos será remota. Tal como lo señala Antonio Vásquez Vialard: “el daño provocado por la lesión que el ordenamiento manda reparar al empleador, no ha acaecido como consecuencia directa de la prestación laboral, sino por una circunstancia en que ésta ha facilitado la oportunidad de su ocurrencia.”^{435 436} De esta manera quedarán cubiertos por el seguro social obligatorio aquellos infortunios laborales sufridos antes de la jornada de trabajo, durante la suspensión o después de ésta, pero que acostumbra a suceder según el curso ordinario y natural de las cosas. En este sentido, la Dirección del Trabajo, en Dictamen 1006-51, de 27 de marzo de 2002, señaló: “por vía de orientación, es posible indicar que según la reiterada doctrina de la Superintendencia de Seguridad Social los accidentes ocurridos con motivo de la colación de los trabajadores serían propiamente accidentes del trabajo, porque se producirían con ocasión del trabajo, aún cuando no a causa del mismo, como se desprende de la definición de accidente del trabajo, del artículo 5° de la ley [16.744] antes señalada.”

La ocasión estará constituida por aquellas circunstancias que acompañan a la realización del hecho o lo favorecen y el trabajador deberá probar que la causa que lo expone a un riesgo propio o genérico, es precisamente el trabajo que desempeña.

Es justamente a propósito del daño donde cobra importancia el tema de las concausas, que puede traducirse en que aunque el dependiente puede haber sufrido un accidente de carácter simple, o sea, estar relacionado solamente con la labor desempeñada, existen situaciones en las que el resultado derivado de ellos se debe o se agrava con la existencia de características o condiciones fisiológicas o psicológicas preexistentes en el trabajador, todo de acuerdo a lo ya expuesto en el Capítulo III de esta Memoria.

Al respecto la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de un Recurso de Apelación, señaló: “Las expresiones <<a causa o con ocasión del trabajo>>, deben entenderse conforme a su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, debido a que no existe definición legal al respecto, esto es, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, que reza: <<Causa: lo que se considera como fundamento u origen de algo>>, y <<ocasión: oportunidad o comodidad de tiempo o lugar que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa>>. <<Causa o motivo porque se hace o acaece una cosa>>. En la especie, el accidente sufrido por la trabajadora no fue a causa del contrato de trabajo celebrado por ella, toda vez que éste no fue su fundamento y origen, sino que fue con ocasión del contrato de trabajo; en efecto doña Rosana del Carmen Bahamondez Fuentes sufrió un impacto de bala que la mató con ocasión de encontrarse ella en su lugar de trabajo, durante la jornada laboral y desempeñando las labores para las cuales fue contratada.”⁴³⁷

Tal como lo mencionamos anteriormente, el artículo 5° de la Ley 16.744 incluye algunas hipótesis asimiladas a accidentes del trabajo. Una de ellas es la que señala: “Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la

⁴³⁴ DE LA CUEVA, M. citado por VAZQUEZ, A. Op. cit. p. 304.

⁴³⁵ VAZQUEZ, A. Op. cit. p.303.

⁴³⁶ Debe ser una circunstancia favorable que se ofrece para que la causa eficiente obre.

⁴³⁷ GACETA JURÍDICA. Mayo 2004. Santiago, Chile. (287) p. 254 - 255.

habitación y el lugar del trabajo”, llamados accidente de trayecto o “*in itinere*.”Según la doctrina éste sería uno de los casos de accidentes del trabajo ocurridos “con ocasión” de las labores desempeñadas. Al respecto diremos que la protección que debe brindar el empleador a sus trabajadores no sólo comprende el período de prestación de servicios efectivo, sino que además el tiempo que el trabajador ocupa para desplazarse de su hogar hasta el lugar de desarrollo de las labores pactadas y viceversa.

La Excelentísima Corte Suprema, conociendo de un Recurso de Casación en Fondo, ha resuelto: “Cuando se trate de siniestros con ocasión del trabajo, si bien la lesión o muerte de la víctima puede derivar de hechos no directa o inmediatamente relacionados con la labor desempeñada, dicha relación resulta de todos modos indubitable. Es en esta hipótesis en la cual pueden presentarse innumerables casos de infortunios susceptibles de calificarse como accidentes del trabajo ya que, generalmente, se dan antes o durante la suspensión de ésta. Es por esta razón que el legislador consagró expresamente en el inciso 2° del artículo 5 de la Ley N° 16.744, la figura del accidente de trayecto, que es un tipo específico del accidente con ocasión del trabajo, el cual se produce en momentos que el trabajador realiza el recorrido desde o hacia su lugar de trabajo.”⁴³⁸

Al respecto se ha discutido sobre el límite espacial y temporal que tiene esta responsabilidad. Se ha concluido que la misma llega hasta el “umbral de la puerta” del domicilio del trabajador. Pero con tal criterio no se zanja un sin número de hipótesis que pueden ocurrir. Piénsese, por ejemplo, y tal como lo señala el autor Antonio Vásquez, en un trabajador que vive en un edificio de departamentos ¿La responsabilidad del empleador llega hasta la puerta del edificio o del departamento que sirve de habitación al trabajador? ¿Quién asumirá la responsabilidad en el caso de un dependiente que tiene dos trabajos y que sufre un accidente de trayecto cuándo se desplaza entre un y otro?⁴³⁹ Como puede desprenderse, las soluciones pueden ser diversas.

En la doctrina y jurisprudencia se ha entendido que la definición de los accidentes de trayecto, exige la concurrencia de tres elementos:

Que exista efectivamente trayecto directo.

Que el accidente se produzca, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de desarrollo de las labores.

Que produzca incapacidad o muerte del trabajador.

De este modo, el trayecto debe hacerse por un camino racional y corto, habitual, sin interrupciones excesivas por motivos extraños al trabajo. No obstante lo anterior, el uso de más de un medio de locomoción o el cambio de la ruta en nada alteran la responsabilidad del empleador. En resumen, las circunstancias del accidente será una cuestión de hecho que debe ser analizada por los jueces.

Al respecto la Corte Suprema ha señalado: “Que si bien es efectivo que la agresión que le ocasionó la muerte a la trabajadora aconteció cuando ésta se dirigía a su lugar de trabajo desde su residencia, esta sola circunstancia es insuficiente para calificar el infortunio como accidente del trayecto, por cuanto, como ya se dijo, para ser tal debe cumplir las exigencias de un accidente con ocasión del trabajo, lo que no se da en el caso de autos, por cuanto la lesión mortal sufrida por la trabajadora, en las circunstancias en que tuvo

⁴³⁸ FALLOS DEL MES. Op. cit. [nota 510] p. 969.

⁴³⁹ VÁZQUEZ, A. Op. cit. p. 312- 320.

lugar, no constituye un imprevisto cuya causa exclusiva sea el trayecto directo, racional y no interrumpido hacia su lugar de trabajo.⁴⁴⁰

Incapacidad o muerte del accidentado: El accidente del trabajo es calificado por su resultado, no importando la extensión en el tiempo de la incapacidad sobreviniente. Debemos entender que la incapacidad perjudica las posibilidades de una persona para encontrar trabajo o exige mayores esfuerzos para desarrollar las labores presentes. Es por tal situación que la seguridad social deberá preocuparse del estado de necesidad que se genere por esta causa.

En cuanto al elemento temporal la ley no fija un límite mínimo de incapacidad, por lo que será igualmente cubierto un accidente que genere una incapacidad de una hora o menos. Al efecto el artículo 31° de la Ley 16.744 prescribe: “El subsidio se pagará durante toda la duración del tratamiento, desde el día que ocurrió el accidente o se comprobó la enfermedad, hasta la curación del afiliado o su declaración de invalidez.”

Debe ser un trabajador por cuenta ajena⁴⁴¹: Este requisito no se encuentra expresamente regulado por la ley, pero se deduce de la naturaleza de las relaciones que regula tanto del Código del Trabajo, como las normas de seguridad social y se expresa en que la empresa no puede estar relacionada con el trabajador en términos patrimoniales, esto es, que el trabajador tenga participación en la propiedad empresarial de su empleador, de lo contrario existiría una autoindemnización. Claro está, que la circunstancia de independencia patrimonial algunas veces se desvanece o no resulta nítida como, por ejemplo, en la participación en los términos del artículo 42 del Código del Trabajo.

4. Instantánea o, al menos, de duración muy limitada de carácter violento: Este requisito podría resumirse en la siguiente oración: el accidente del trabajo debe tener causa en una acción que actúa de manera instantánea, violenta, súbita. Este elemento tiene su origen en la doctrina francesa, que postulaba que la característica del accidente del trabajo es su instantaneidad, mientras que la enfermedad profesional se caracterizaba por su progresividad. Sin embargo, la no inclusión de este requisito dentro de la definición entregada por el artículo 5° de la Ley 16.744 permite comprender en el concepto de accidente del trabajo casos de asfixia o congelamientos en donde la causa, lógicamente, no es súbita.

De todos modos debemos destacar que es el hecho generador del accidente el que debe cumplir con este requisito, pues las consecuencias que de él se deriven pueden hacerse patentes con posterioridad.

6.4.2.1.1 Causales eximentes de responsabilidad del empleador

6.4.2.1.1.a) Fuerza mayor extraña:

El artículo 5°, inciso final de la Ley en análisis regula las hipótesis en las cuales el empleador estará exento de la responsabilidad por un accidente del trabajo, en los siguientes términos: “Exceptúanse los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo (...) La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador.”

Al respecto, recordemos que el Código Civil define los términos caso fortuito y fuerza mayor como sinónimos, al conceptuarlos, en el artículo 45, de la siguiente manera: “Se llama

⁴⁴⁰ FALLOS DEL MES. 2003. Op. cit. [nota 223] p. 970- 971.

⁴⁴¹ Nuestro sistema legal no contempla este requisito.

fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Del precepto transcrito se colige que los elementos que caracterizan el caso fortuito o fuerza mayor son: a) Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito sea inimputable, es decir, provenga de causa enteramente ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su acaecimiento; b) Que el hecho o suceso sea imprevisible, es decir que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o corrientes, y c) Que el mismo hecho o suceso sea irresistible, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponer defensas idóneas para tal objeto.

El profesor Héctor Humeres Magnan y Héctor Humeres Noguera opinan al respecto: “La doctrina distingue, sin embargo, y llama caso fortuito al que proviene de un acto de la naturaleza, y fuerza mayor cuando proviene de una autoridad. Tal criterio fue seguido por el legislador del Código del Trabajo, que distingue la fuerza mayor y el caso fortuito, exime al asegurador cuando la fuerza mayor es extraña y sin relación alguna con el trabajo, pero lo hace responsable, en cambio, cuando el accidente se debe a caso fortuito. Hemos señalado ya que en materia de accidentes, si bien el caso fortuito escapa a las previsiones humanas, su causa reside en el funcionamiento mismo de la explotación o trabajo, es la culpa objetiva, la culpa de la empresa donde la víctima trabaja y es precisamente, la principal causal del riesgo profesional. En cambio, la fuerza mayor sigue teniendo el valor que le asigna la legislación civil, o sea, es un fenómeno natural, de orden físico o moral, que si bien escapa a toda previsión, toda su causa es enteramente ajena, extraña a la explotación o trabajo.”⁴⁴²

A mayor abundamiento, podemos señalar que el caso fortuito constituye en la mayoría de los casos la esencia de los infortunios laborales, en cuanto es producido en relación clara con el trabajo. En cambio, la fuerza mayor es un fenómeno general que no debe tener repercusión en la reparación y concepto de accidente porque en nada se relacionan, salvo que se trate de labores ligadas con el campo de actuación de dichos hechos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de recurso de apelación en contra de sentencia dictada por el 4° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, tuvo la oportunidad de discurrir acerca de los conceptos que exculpan de responsabilidad al empleador. Los hechos que generaron la manifestación jurisdiccional de los tribunales de justicia dicen relación con un accidente ocurrido en la alta montaña donde trabajadores contratados por empresas contratistas de Chilgener S.A. fueron víctimas de un aluvión que destrozó los campamentos instalados en el sector. Consecuencia de este hecho perdieron la vida varios trabajadores y desaparecieron otros 10. Los parientes de las víctimas de este hecho iniciaron acciones tendientes a que los tribunales de justicia lo calificaran como accidente del trabajo, pues la Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción y la Superintendencia de Seguridad Social, habían determinado que se trataba de un caso de fuerza mayor extraña a las labores desarrolladas, apoyándose para tal razonamiento en el artículo 5° de la ley 16.744. Una segunda acción tuvo como objeto perseguir la responsabilidad subjetiva del empleador, conforme al derecho común.

El Tribunal de Alzada de Santiago, al analizar el requisito de extrañeza, como causal de exoneración de responsabilidad, de conformidad al mencionado artículo, estimó que el concepto de accidente del trabajo comprende todas aquellas circunstancias implícitas que acompañan a la realización del hecho o que lo favorecen, por cuanto las obras realizadas

⁴⁴² HUMERES, H. y HUMERES, H. Op. cit. [nota 419] p. 581.

por las empresas en cuestión no se podían ser desligadas de las faenas desarrolladas en alta montaña, existiendo la posibilidad de aluviones en el sector, así como la vinculación que hay entre las labores desarrolladas en una plataforma petrolífera instalada mar adentro, con la posibilidad de marejadas o temporales que puedan causar estragos en las instalaciones donde ocurrieron los hechos. Además, en dicha sentencia, se estableció de que a pesar de que los aluviones son fenómenos impredecibles, en este caso no hubo fuerza mayor extraña propiamente tal, pues los factores pudieron ser conjugados científicamente, dando como resultado que en el lugar en que ocurrieron los hechos, perfectamente podría ocurrir un desastre de la magnitud del que ocasionó la muerte a los trabajadores. Más aún, la Corte estimó que se contaba con la información necesaria como para aplicar medidas preventivas para evitar los estragos que producen los fenómenos de la naturaleza como el ocurrido, por lo que no se estaría ante un caso de fuerza mayor.

De esta forma, esta Corte de Apelaciones estimó que si bien este fenómeno de la naturaleza no se pudo predecir, sus consecuencias sí pudieron preverse y debieron adoptarse las medidas correspondientes para evitar que de ocurrir hechos de este tipo, causaren estragos entre los trabajadores que en razón de sus labores debían trabajar y residir en el lugar en que se establecieron las obras y campamentos. Estos dependientes debieron ser trasladados a sectores exentos de riesgos.⁴⁴³

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha señalado que: “la irresponsabilidad pretendida (...) sólo puede ser reconocida si probare la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor o que el accidente en que perdiera la vida el trabajador se hubiese debido a un acto voluntario de la víctima o bien que las medidas de seguridad fueron debidamente arbitradas y que desplegó la diligencia debida en la práctica de las obligaciones que imponía el contrato.”⁴⁴⁴

La normativa citada y su aplicación jurisprudencial, demuestran que tanto los organismos administradores de la Ley 16.744, como las empresas, están en la obligación de efectuar una prevención de riesgos adecuada. Estas últimas no sólo deben limitarse a cumplir las medidas de este tipo que les ordene implantar el organismo administrador, los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad y el Departamento de Prevención que en ellas funcione, sino que, deben requerir directamente o a través de los órganos indicados, de asesoría técnica y especializada en la materia, al respectivo organismo administrador, a fin de hacer una óptima prevención de riesgos que les permita evitar la ocurrencia de enfermedades profesionales, siniestros laborales o tragedias como las que nos ha ocupado.”⁴⁴⁵

La Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de un Recurso de Apelación resolvió: “el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias, para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, proporcionando todos los implementos necesarios, para prevenir accidentes del trabajo, teniendo presente que las normas de seguridad social, impuestas por imperativo social al empleador, no se agotan ni satisfacen con exhortaciones ni prevenciones hechas a la sola buena voluntad del trabajador, sino que sólo han de tenérselas por existentes cuando el empleador mantiene materiales constantes

⁴⁴³ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. (7) p. 74. Agosto 1992.

⁴⁴⁴ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 260] p. 185.

⁴⁴⁵ VERDUGO, L. Op. cit. [nota 420] p. 78.

y supervigilancia auténtica en cuanto a la forma como deba o haya de desarrollarse la actividad laboral del trabajador.”⁴⁴⁶

6.4.2.1.1.b) Los producidos intencionalmente por la víctima:

En este caso se requiere que exista voluntad de producir el daño y sus consecuencias reales. Para estos efectos el autor Antonio Vásquez Vialard señala como ejemplo, la explosión de una caldera provocada intencionalmente por un trabajador con el fin de producir daños en las instalaciones, en las cosas y demás trabajadores, hecho que finalmente también perjudica al propio dependiente agente generador de la explosión. “En la referida situación, parece que no existe duda de que el empleador no debe responder del daño sufrido por el trabajador, ya que si bien faltaría la intención de <<provocarse>> un daño, debió representárselo como una consecuencia normal.”⁴⁴⁷

Los profesores Héctor Humeres Magnan y Héctor Humeres Noguer, en el mismo orden de ideas señalan que: “En cuanto al accidente producido intencionalmente por la víctima, debe tenerse presente que es necesario que haya existido por su parte dolo o malicia, es decir, que no sólo haya ejecutado libre y espontáneamente el acto que determina el accidente, sino que además, haya querido producir las consecuencias precisas que de él derivan.”⁴⁴⁸

Sólo baste decir que la intención o dolo del trabajador deberá ser probada por el empleador, de conformidad a las reglas generales que hacen recaer el *onus probandi* sobre aquel que lo alega, sobre todo en este caso en que además, actuará como eximente de responsabilidad.

A lo anterior, hay que agregar que el artículo 70 de la Ley 16.744 contempla el derecho del empleador para imponer multas al trabajador negligente que provoca un accidente del trabajo o enfermedad profesional, aún cuando haya sido víctima del mismo y corresponderá al Comité de Higiene y Seguridad decidir si el actuar fue culpable inexcusablemente.

La duda que nos cabe al respecto es si tal sanción podrá ser aplicada en los casos en que el trabajador ha actuado con dolo o, aún más, con culpa grave. Tratándose de esta última ¿cabe equipar el dolo a la culpa grave, tal como ocurre en materia civil? Nuestro sentido común nos lleva a pensar que si la multa puede ser interpuesta en casos de negligencia inexcusable, con mayor razón podrá contemplarse para los casos de dolo o culpa grave.

6.4.2.2 Enfermedades Profesionales:

El desarrollo diario de las tareas requiere esfuerzo por parte de los trabajadores, el que redundando en alguna medida en alteraciones orgánicas, pues los coloca en estado más receptivo de enfermedades, condición que se acentúa en organismos débiles. Las patologías padecidas, producen, en el trabajador, una situación de incapacidad que se expresa en estados de contingencias, por lo que las normas de seguridad social tuvieron que incorporar posibilidades de ayuda para esas circunstancias.

La equiparación de las enfermedades profesionales a los accidentes del trabajo se encuentra consagrada en el Convenio sobre Enfermedades Profesionales,

⁴⁴⁶ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 438] p. 256.

⁴⁴⁷ VAZQUEZ, A. Op. cit. p.369.

⁴⁴⁸ HUMERES, H Y HUMERES, H. Op. cit. [nota 419] p. 581.

aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1925, el cual en su artículo 1º establecía: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derecho habientes una indemnización basada en los principios generales de su legislación nacional sobre la indemnización por accidentes del trabajo.”

La distinción entre accidentes profesionales y accidentes del trabajo no siempre ha sido pacífica. Hay autores que señalan que el elemento que diferencia a una de otra es la celeridad con que se presenta el proceso morboso siendo lento en el caso de la enfermedad profesional y rápido en el accidente del trabajo. Otros han señalado que la distinción está en que el accidente del trabajo supone la curación de un cirujano, a diferencia de la enfermedad profesional que está entregada a la medicina interna. Sin embargo, autores como Miguel Hernainz ven una sutil distinción en que las enfermedades profesionales es una consecuencia lógica del trabajo en ciertas industrias, en lo que normal es que aparezcan y lo anormal es que no lo hagan. El accidente del trabajo, en cambio, aunque previsible, lo normal es que no ocurra, ⁴⁴⁹ siendo lo anormal que sí ocurran.

En tanto, la Dirección del Trabajo, en Dictamen Ordinario N° 3793/289, de 07 de septiembre de 2000, ha señalado que: “En efecto, el accidente del trabajo, como es sabido, se caracteriza generalmente por originarse de manera súbita, traumática, imprevista, por causas externas relacionadas directa o indirectamente con el trabajo, en cambio, la enfermedad profesional, por el deterioro progresivo de la salud por la acción directa de determinados agentes químicos, físicos, biológicos, gaseosos, etc. presentes en el medio laboral, o en la función que realiza el trabajador.”

Nuestro derecho positivo, define la enfermedad profesional, en el artículo 7º de la Ley 16.744, como: “la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte.”

Por su parte, la doctrina ha definido a la enfermedad profesional como: “la alteración del estado normal de salud del obrero o empleado que le provoca una gradual incapacidad, causada de una manera directa, es decir, adquirida por el ejercicio de una profesión u oficio determinado.”⁴⁵⁰

Con el fin de precisar los términos, hay que distinguir la enfermedad del trabajo, de la enfermedad profesional. La primera de ellas es genérica para todo tipo de trabajadores, por el sólo hecho de estar encargados de ciertas funciones; en tanto la enfermedad profesional es aquella que ataca a los que actúan en determinadas profesiones idóneas para producirlas.

Respecto de las enfermedades profesionales se han realizado las siguientes clasificaciones,⁴⁵¹ atendiendo a sus causas. Dicho criterio permite distinguir entre las enfermedades que se originan exclusivamente por las condiciones laborales y aquellas en que las funciones desarrolladas por el trabajador actúan como concausa en su desarrollo.

6.4.2.2.a) Enfermedades Directamente Profesionales o Verdaderas:

⁴⁴⁹ HERNAINZ, M. Op. cit. p. 410.

⁴⁵⁰ AHUMADA, H. Op. cit. p. 149.

⁴⁵¹ VAZQUEZ, A. Op. cit. p.322 a 324.

Son aquellas estrictamente ligadas a la profesión u oficio del trabajador o al material elaborado por éste.

Este tipo de enfermedades pueden ser a su vez: propiamente tales o de la traumatología del trabajo, y esta última puede ser: médica y propiamente dicha o quirúrgica.

6.4.2.2.b) Enfermedades Indirectamente Profesionales o de Trabajo:

Son aquellas que pueden originarse con ocasión del trabajo o en otras circunstancias y en donde las condiciones del mismo coadyuvan a su desarrollo.

Tratándose de algunas enfermedades, particularmente infecciosas o de origen parasitario, la distinción realizada no siempre es clara, pues existen casos en que dichas patologías pueden ser consideradas como indirectamente profesionales, sin embargo existen otros casos en que las condiciones de trabajo dan lugar a su padecimiento.

El Derecho del Trabajo, particularmente la Seguridad Social, se preocupa de las enfermedades profesionales propiamente traumatológicas médicas, que se refieren a aquellas lesiones o enfermedades de carácter médico que son producidas por una acción mecánica externa rápida, que actúa a través de trauma propiamente dicho y factores físicos como luz, agua, aire, etc.; o por acción violenta interna, ya sea mecánica, química, infecciosa o psíquica.

6.4.2.2.1 Requisitos:

1.- Ejercicio de una profesión, oficio o trabajo determinado

2.- Alteración del estado normal de salud.⁴⁵²

3.- Incapacidad o muerte. Sobre el particular baste decir que la Corte Suprema ha estimado que “los perjuicios deben ser regulados de acuerdo a la temporal incapacidad del trabajador demandante.”⁴⁵³

4.- Relación de causalidad directa entre dicha alteración y la profesión, oficio o trabajo realizado.

A los requisitos ya enunciados debe agregarse un quinto, de carácter formal, que dice relación con la inclusión de la enfermedad en un reglamento⁴⁵⁴, según el artículo 7° inciso segundo de la Ley 16.744. No obstante lo anterior, aquella enfermedad que no figure en este listado podrá ser considerada como profesional si los afiliados acreditan ante el respectivo organismo administrador el carácter profesional de alguna patología que no estuviere enumerada en ésta y que hubiesen contraído como consecuencia directa de la profesión o del trabajo realizado.

La Corte de Apelaciones de Concepción conociendo de un Recurso de Apelación, señala que “Con arreglo a la definición legal, los requisitos de la enfermedad profesional son: existencia de una enfermedad; relación directa entre el trabajo ejecutado y la enfermedad, e incapacidad o muerte consecuente con la enfermedad.”⁴⁵⁵

⁴⁵² Baste decir al respecto que en este punto debe tenerse por reproducido lo señalado a propósito de las concausas, tanto en el Capítulo III, como a propósito de los accidentes del trabajo.

⁴⁵³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Septiembre- Diciembre 1991. Santiago, Chile. Tomo XXXVIII. Sección 3°. p. 100.

⁴⁵⁴ Este Reglamento es el D.S. 109, del 10 de mayo de 1968, del Ministerio del Trabajo.

⁴⁵⁵ FALLOS DEL MES. Marzo 2003. Santiago, Chile. (508) p. 40

6.4.3 Financiamiento del Sistema:

El sistema de seguro obligatorio por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se financia por medio de una cotización que es de exclusivo cargo del empleador y está compuesta de una tasa básica del 0,90% de las remuneraciones imponibles, y una cotización adicional, con tope de 3,4% de las remuneraciones imponibles, fijada de acuerdo a la actividad y el riesgo que su desarrollo trae aparejado.

El empleador podrá solicitar que se le exima o se le disminuya la tasa de cotización adicional, si prueba que ha logrado bajar los riesgos y la tasa de accidentabilidad, mediante la adopción de medidas que protegen la vida y salud de sus trabajadores y precauciones adecuadas de higiene y seguridad en el lugar de trabajo. Por el contrario, si el empleador no otorga condiciones de seguridad y de higiene o no toma las medidas de seguridad que le ordene el organismo competente, deberá cancelar la tasa de cotización adicional recargada por un monto de hasta el 100% de ella.

La administración de estos fondos corresponde a organismos públicos, como el Instituto de Normalización Previsional (INP) y a los Servicios de Salud y de organismos privados, llamadas mutualidades de empleadores (Asociación Chilena de Seguridad, Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción e Instituto de Seguridad del Trabajo.) A los anteriores deben agregarse las siguientes empresas con administración delegada, que administran ciertos beneficios del seguro:

Empresa Nacional del Petróleo (Enap), Distribuidora Chilectra Metropolitana; Codelco – Salvador; Codelco – Chuquicamata; Codelco - El Teniente; Codelco – Andina; Empresa Nacional de Minería (Enami); Compañía Minera del Pacífico S.A.; Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. y Pontificia Universidad Católica de Chile.

6.5 Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad del empleador por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales

6.5.1 Antecedentes Generales:

Desde los orígenes de la regulación de un sistema de seguro obligatorio se ha discutido si estas normas sustituyen o no la aplicación de las reglas y principios de carácter civil. Al respecto se han elaborado tres posturas: la primera de ellas priva de la acción del derecho común a la víctima, dejándole sólo la posibilidad de reclamar la indemnización tarifada que regula la ley especial que cubre las contingencias de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. La segunda de ellas obliga a la víctima a optar por uno de los dos sistemas, debiendo sortear las barreras probatorias si elige el derecho común. La tercera, y última, permite accionar en contra del empleador o los terceros a quienes pueda imputársele culpa o dolo en el acaecimiento del infortunio laboral, en forma independiente de prestaciones de seguridad social.

El sistema a adoptar traerá importantes consecuencias, principalmente en atención a que la seguridad social no tiene por objeto resarcir todos los daños provocados por los accidentes del trabajo, sino sólo cubrir el estado de necesidad derivado del infortunio laboral

(exceso de gastos, falta de ingresos, pérdida de la capacidad de trabajo y los costos en la recuperación de la salud.)

El texto del artículo 69, norma trascendental en esta materia, recoge la última de las posturas expuestas, al establecer: “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:

El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y

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.”

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación señaló: “Que complementariamente, la Ley N° 16.744 (1° de febrero de 1968) consulta un seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo, que resguarda -entre otros- a los trabajadores por cuenta ajena de las contingencias propias de esos eventos, otorgándoles prestaciones que corresponde satisfacer a los organismos administradores del seguro, sin perjuicio del derecho de las víctimas para accionar contra la entidad empleadora o terceros, cuando haya mediado dolo o culpa de su parte. Así lo prescribe el artículo 69 de la ley mencionada.”⁴⁵⁶ En igual sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un recurso de apelación, estimó: “el artículo 69 de la ley N° 16.744 consagra la plena compatibilidad entre las prestaciones que ella establece y las indemnizaciones que puedan reclamarse del empleador culpable del accidente del trabajo. En consecuencia, la circunstancia que el actor haya percibido todas las prestaciones que dispone la ley N° 16.744 en modo alguno significa que se le hayan indemnizado los perjuicios por un accidente del trabajo atribuible a culpa del empleador.”^{457 458}

De este modo podemos afirmar que coexisten dos tipos de responsabilidades: una de naturaleza legal u objetiva que se traduce en la facultad que tiene el trabajador para exigir las prestaciones médicas y pecuniarias que la ley le otorga, sin distinguir si el hecho tuvo su origen en culpa o dolo por parte del empleador; y otra de carácter subjetiva, cuya fuente son los actos u omisiones dolosas o culposas del empleador o de un tercero.

Así, el empleador tiene la obligación legal de facilitar o garantizar al trabajador que ha sufrido un accidente del trabajo o enfermedad profesional, aquellos elementos o medios necesarios para que éste pueda acceder en forma oportuna a una atención médica, hospitalaria y farmacéutica adecuada, y además, de indemnizarle los perjuicios materiales y morales que surjan producto de su dolo o negligencia en el hecho.

La normativa actual sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales establece el seguro obligatorio caracterizado por atribuir legalmente responsabilidad al empleador por los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sin investigar en su fuero interno, generando, en esta caso, la obligación para el órgano administrador del seguro de pagar las prestaciones establecidas por la ley.

⁴⁵⁶ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. p. 66. Abril 2001.

⁴⁵⁷ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 269] p. 214.

⁴⁵⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Enero- Abril 1997. Santiago, Chile.

Pero si estos hechos fueran imputables al empleador o a un tercero, la fuente de responsabilidad será de carácter subjetivo, coexistiendo simultáneamente dos clases de prestaciones, una, la que establece la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y la otra, la que contempla el derecho común. Este sistema ha sido interpretado por la doctrina en los siguientes términos: “el seguro social asume la obligación de otorgar las prestaciones frente a la víctima, pero no en sustitución del empleador, sino que en representación de la sociedad toda. El empresario culpable sigue responsable, pero esta vez no sólo respecto de la víctima, sino que, además, respecto de los entes administradores del seguro, en la medida de las indemnizaciones que éstos han otorgado al afectado.”⁴⁵⁹

“De esta manera los accidentes del laborales son cubiertos en primera instancia por un seguro obligatorio, que es un mecanismo, aunque con fines indemnizatorios, pero es complementado por la responsabilidad civil por culpa como régimen supletorio.”⁴⁶⁰

Ahora bien, el problema que surge en este punto es el concepto de “derecho común” aplicable a las acciones. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha señalado al respecto: “teniéndose presente que la referencia al derecho común que contiene esta disposición, debe entenderse limitada a las normas sustantivas que dan origen al derecho a reparación por delito o cuasidelito civil o por infracción contractual y no a materias adjetivas.”⁴⁶¹ Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación, ha señalado: “las disposiciones de los artículos 69 y 70 del la Ley 16.744 sólo dicen relación con el derecho a reclamación de estas indemnizaciones, estableciendo que éstas deben hacerse de acuerdo a las normas del derecho común y no establecen normas de competencia o procedimiento que impidan o limiten el conocimiento de estas materias a los juzgados del trabajo.”⁴⁶² En otro fallo este mismo Tribunal de Alzada sentenció: “la referencia al derecho común lo es en lo sustantivo y a modo de prever que tales pleitos tendrán lugar al margen de la ley que contiene dicho precepto.

De lo dicho resulta que carece de asidero la alegación de que esta norma regula la competencia que le asigna a los tribunales ordinarios, porque se trata de un asunto de naturaleza contractual evidentemente comprendido en la norma del artículo 420 del Código del Trabajo.”⁴⁶³

6.6 Titulares del la Acción de Indemnización

Ardua ha sido la discusión sobre el estatuto jurídico a aplicar en el conocimiento de las acciones derivadas de un accidente del trabajo o enfermedad profesional y el tribunal competente para conocer de ellas.

⁴⁵⁹ GUMUCIO, J. y CORVERA, D. Op. cit. p. 63 y 64.

⁴⁶⁰ CORRAL, H. Op. cit. p. 253.

⁴⁶¹ FALLOS DEL MES. Op. Cit [nota 456] p. 280.

⁴⁶² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Enero – abril 1988. Santiago Chile.

Tomo LXXXV. p. 54.

⁴⁶³ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. (6) p. 61. 1998.

Para seguir un orden lógico, partiremos diciendo que el texto del artículo 69 permite concluir lo siguiente:

Cualquiera sea el estatuto jurídico a aplicar, contractual o extracontractual, procederá la indemnización del daño moral, zanjando así la larga discusión en el derecho común.

En virtud del principio de reparación integral del daño y del principio del no enriquecimiento sin causa, la indemnización otorgada por el seguro social, será descontada de la indemnización civil que el tribunal ordene pagar.

Para tratar de dilucidar el tema de los titulares de las acciones por los infortunios laborales debemos determinar la naturaleza de la norma infringida, es decir, si estamos frente a un incumplimiento contractual o a un daño regido por las normas extracontractuales.

Tratándose del trabajador que sobrevive a un accidente del trabajo o enfermedad profesional, la doctrina y jurisprudencia han discurrido que el estatuto a aplicar es el contractual, a la luz del actual artículo 184 del Código del Trabajo que regula el deber de protección⁴⁶⁴ y prevención del empleador a favor de sus trabajadores. Al respecto Vásquez Ferreira, señala: “por más que la obligación de seguridad venga determinada por la ley que rige imperativamente el contrato, ello no le quita su naturaleza de obligación contractual. Así, a nadie se le ocurriría decir, por ejemplo, que el deber del vendedor de entregar la cosa vendida sea un deber legal porque así lo dispone el C.C. (argentino) artículo 1.409.”⁴⁶⁵ “El incumplimiento contractual del empleador se presentará cuando ocurra un accidente del trabajo ya sea porque éste no había adoptado las medidas de seguridad o porque éstas no eran eficaces, surgiendo el deber de reparación como consecuencia de la obligación que él asume al celebrar el contrato de trabajo.

Sobre la materia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado: “que en el caso *sublite*, concurren los elementos para configurar, de acuerdo a la ley, un accidente del trabajo y la responsabilidad contractual imputable al empleador derivada en la medida que no haya cumplido con su obligación de otorgar la seguridad que debe al trabajador y que tiene el carácter de irrenunciable para éste a la luz de lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo. De manera que responde hasta de la culpa levísima, bastando la mera imprudencia o negligencia, el deber de informar los riesgos o la infracción de reglamentos para incurrir en dicha responsabilidad.”⁴⁶⁶

Así, atendiendo que el deber de protección forma parte integrante del contrato de trabajo, que es de cargo del empleador, la ocurrencia de un accidente de trabajo determina, consecuentemente, la responsabilidad contractual de éste.⁴⁶⁷

Esta obligación, en opinión de la jurisprudencia, tendría la naturaleza de una obligación de resultado, pues la palabra eficazmente utilizada por el artículo 184 apuntaría en ese sentido, pero debe entenderse principalmente referida a la magnitud de la responsabilidad y acuciosidad con que el empleador debe dar cumplimiento a la obligación de seguridad y prevención.⁴⁶⁸ Al efecto, se ha señalado que al contrato de trabajo, en su aspecto patrimonial, se le aplica la clasificación tripartita de la culpa, contenida en el artículo 1547,

⁴⁶⁴ El deber de protección es un elemento ético del contrato de trabajo, consecuencia del principio fundamental en esta rama del derecho de protección y tutela, cuyo beneficiario es el trabajador y deudor es el empleador.

⁴⁶⁵ VAZQUEZ, R. citado por GUMUCIO, J. *Revista Laboral Chilena*. p. 54. Mayo 1999.

⁴⁶⁶ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 261] p. 170-171.

⁴⁶⁷ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 260] p. 185.

⁴⁶⁸ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. p. 61. Junio 1999.

respondiendo de culpa leve, pues existe beneficio para ambas partes. Pero el escenario cambia totalmente tratándose del aspecto ético de la relación laboral, porque en tal caso el empleador responderá de culpa levísima, es decir la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes⁴⁶⁹ ⁴⁷⁰ (véase el párrafo 3.2.2.1.)

La jurisprudencia, incluso ha dado el carácter de elemento esencial del contrato al deber de protección al fallar: “Que la simple lectura del escrito de la demanda, aparece evidente que se demanda el daño moral que emana del incumplimiento contractual que incurrió la empleadora, y el precepto legal en que se apoya la acción intentada, es el artículo 184 del Código del Trabajo, el que establece el deber general de protección a la vida y la salud de los trabajadores, norma que se encuentra incorporada en todo contrato, siendo un elemento de la esencia de éstos.”⁴⁷¹ Además, se le ha dado el carácter de norma de orden público, por lo que su cumplimiento no queda entregado a la voluntad de las partes.⁴⁷²

Tratándose de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales que produjeron la muerte del trabajador y de víctimas por repercusión, la doctrina y jurisprudencia distinguen varias hipótesis que pueden ser resumidas de la siguiente forma:

Acción entablada por terceros víctimas por repercusión: En este caso el estatuto jurídico a aplicar, sin lugar a dudas, sería el extracontractual pues no existe vínculo jurídico entre estas víctimas y el empleador.

Acción deducida por los herederos y cesionarios del trabajador que ha fallecido:

Si accionaran por sí mismos se aplicará el estatuto extracontractual. Sobre la materia la Corte Suprema, ha fallado: “Que la responsabilidad contractual es la que emana de la existencia de un vínculo previo entre la parte que reclama la indemnización y aquella a la cual se demanda, y la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva de un hecho ilícito realizado con culpa o dolo, que ha inferido daño a otro. En materia laboral, las partes se obligan recíprocamente en virtud de un acuerdo de voluntad de esa naturaleza y los contratantes quedan obligados, además, por todas las leyes que rigen la materia, entre las cuales se encuentran el artículo 184 del Estatuto del ramo, que consagra la obligación de protección de vida y seguridad de los trabajadores.”, agregando, en su considerando Séptimo, que: “Que, según aparece en el libelo pretensor, la demandante es un tercero que no tiene ni ha tenido relación laboral alguna con el demandado. No se trata de una cuestión entre trabajador y empleador, ni tampoco se ha ejercido acción en calidad de sucesora del dependiente accidentado. En consecuencia, no puede sino concluirse que la hija del trabajador fallecido pretende hacer efectiva una responsabilidad de naturaleza extracontractual, ya que ningún vínculo la ha unido al empleador, por ende, como reiteradamente lo ha resuelto este tribunal, no se encuentra amparada por la obligación que recae sobre el empleador de adoptar las medidas de seguridad pertinentes.”⁴⁷³

Acción deducida por los herederos y cesionarios del trabajador víctima del infortunio en carácter de sucesores a título universal o en su representación, el estatuto jurídico a

⁴⁶⁹ GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile (241) p.171. En el mismo sentido GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile. (237) p. 201 y GACETA JURÍDICA. 2003. Santiago, Chile. (278) p.284.

⁴⁷⁰ GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile. (245) p.234.

⁴⁷¹ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. p. 62. Junio 2001.

⁴⁷² GACETA JURÍDICA. 2002. Op. cit. [nota 260] p. 184.

⁴⁷³ LA SEMANA JURÍDICA. 14 al 20 de junio 2004. Santiago, Chile. Año 4. (188) p. 6 y 7.

aplicar será el contractual. Al respecto en sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta se rechazó el incidente promovido por la demandada por falta de legitimidad activa de los demandantes, estableciendo: “Que el precepto legal en que se apoya la acción intentada por los actores, como sucesores y actuando en representación del trabajador fallecido, es el artículo 184 del Código del Trabajo el que establece el deber general de protección de la vida y salud de los trabajadores...”⁴⁷⁴ Tal ha sido también la postura de la Corte Suprema al fallar: “Según aparece en el libelo pretensor, la demandante es un tercero que no tiene ni ha tenido relación laboral alguna con el demandado. No se trata de una cuestión entre trabajador y empleador, ni tampoco se ha ejercido acción en calidad de sucesora del dependiente afectado. En consecuencia, no puede sino concluirse que la hija del trabajador fallecido pretende hacer efectiva una responsabilidad de naturaleza extracontractual, ya que ningún vínculo la ha unido al empleador, por ende, como reiteradamente lo ha resuelto este tribunal no se encuentra amparada por la obligación que recae sobre el empleador de adoptar las medidas de seguridad pertinentes.”⁴⁷⁵

Sobre esta materia, el autor Juan Sebastián Gumucio, resume las posturas de la siguiente forma: “Por una parte, el profesor Abeliuk y Alessandri, siguiendo la postura de Josserand, consideran que no se puede transmitir el daño consistente en la muerte por no haber ingresado al patrimonio del causante; en tanto, los hermanos Mazeaud y Savatier, tesis que sigue Bidart, con ciertas modificaciones, piensan en contrario observando que el hecho ilícito generador del daño- la muerte- ha debido naturalmente precederle. En materia laboral, esta última querrela se complica aún más si se tiene presente que la muerte es causal de terminación del contrato de trabajo (C. del Trabajo, artículo 159 N°3)”⁴⁷⁶

Nosotros, al igual que Gumucio⁴⁷⁷, sostenemos que el criterio expuesto por los hermanos Mazeaud es el acertado, pues aporta una línea correcta de delimitación respecto a la responsabilidad contractual, ya que el daño, presupuesto de la responsabilidad, se verifica necesariamente durante relación laboral con la víctima, de lo cual se deriva que es aplicable el estatuto contractual en la reclamación de las indemnizaciones por parte de sus causahabientes. En la misma línea anterior, estimamos que existe una relación de causa y efecto, pues el dependiente cumpliendo sus funciones sufre un accidente del trabajo que le ocasiona su muerte y el solo hecho de su fallecimiento provoca el término del mismo, lo que nos permite concluir que si no hubiese ocurrido el infortunio, el trabajador estaría con vida y con su contrato vigente.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de apelación falló: “Que la excepción de incompetencia del tribunal de primera instancia no puede ser aceptada. En primer lugar, porque la norma que establece la competencia de los tribunales laborales, artículo 420 del Código del Trabajo, en su letra f) dispone que este tipo de juzgados conocerán de las acciones relativas a la <<responsabilidad contractual del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales>>, cual es el caso de autos, toda vez que cuando se señala que la muerte del trabajador tuvo lugar cuando cumplía sus obligaciones laborales, esto es, dicho de otro modo, cuando laboraba

⁴⁷⁴ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 260] p. 184.

⁴⁷⁵ LA SEMANA JURÍDICA. Op. cit. p. 7.

⁴⁷⁶ GUMUCIO, J. Op. cit. [nota 466] p. 56.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

conforme al contrato de trabajo que le ligaba con la demandada por causa de la negligencia de ésta en la forma de disponer la ejecución de la faena.”⁴⁷⁸

6.7 Tribunal competente:

Si bien antes de la dictación de la Ley 16.744 no existía norma alguna que regulara la competencia de los tribunales en esta materia, la poca claridad en su redacción también trajo problemas de interpretación. Así, para una parte de la doctrina y jurisprudencia, el artículo 69 de la mencionada ley, específicamente la letra b), se refería solamente a aspectos sustantivos, y no adjetivos o procesales. Tal criterio queda de manifiesto en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver: “Que la circunstancia de remitirse el artículo 69 de la Ley 16.744 al derecho común para los efectos de que la víctima y las demás personas a quienes el accidente cause daño, puedan reclamar otras indemnizaciones a que tengan derecho (...), en nada afecta la competencia de la judicatura laboral para conocer del procedimiento de autos, tanto porque esa norma no es reguladora de competencia, y no altera por tanto la regla atributiva del artículo 420, letra f) del Código del Trabajo, que somete a conocimiento de esta sede jurisdiccional <<los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo>>, cuyo es el caso, como porque en la especie de responsabilidad perseguida en autos se basa en la infracción de deberes contractuales, lo que la coloca definitivamente fuera del ámbito extracontractual, en que sitúa...”⁴⁷⁹

En otra oportunidad, el mismo Tribunal de Alzada señaló que: “debe tenerse presente y en consideración, en primer lugar, que el espíritu del legislador fue que todos los asuntos relacionados con materias laborales fueran, directamente, los emanados de los trabajadores y empleadores, y los indirectos, como los de orden previsional o de seguridad social, se conocieran por los juzgados del trabajo, a los cuales concedió amplia jurisdicción y competencia para conocer de esas materias.”⁴⁸⁰ En otras palabras, al emplear los conceptos de culpa o dolo del empleador o terceros, sólo se estaría remitiendo a las normas del derecho común en materia de delitos o cuasidelitos civiles.

La letra f) de este artículo fue incorporada por la Ley N° 19.447, de 08 de febrero de 1996, oportunidad en que se discutió su alcance. En efecto, la posibilidad de terminar con la controversia sobre el tribunal competente para conocer de las acciones derivadas de la Ley N° 16.744 quedó pendiente, pues el senador William Thayer, en la discusión parlamentaria, y refiriéndose al mensaje del ejecutivo que mencionaba expresamente como de competencia laboral, expresó: “No sería conveniente hacer una referencia expresa a la responsabilidad contractual, porque el sólo hecho de que se celebre un contrato de trabajo, liga al trabajador y al empleador a toda la normativa legal que ampara la seguridad en el trabajo (...) En cuanto a la responsabilidad extracontractual es evidente que tiene que estar excluida de la competencia de los Tribunales del Trabajo, por cuanto su determinación requiere un juicio de lato conocimiento y debe por su naturaleza estar entregada a las

⁴⁷⁸ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. (6) p. 61. Junio 1998.

⁴⁷⁹ GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile (237) p.159-160.

⁴⁸⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 463] p. 53.

prescripciones del derecho común, puesto que en ella puede haber terceros involucrados como responsables del accidente, dando lugar a otras indemnizaciones.”⁴⁸¹

El artículo 420 letra f) del Código del Trabajo entrega competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16.744.

A juicio de la Corte Suprema la incorporación de la letra f) “vino a zanjar definitivamente una cuestión que antes se resolvía por vía de interpretación, párrafo que expresa que también corresponde a los jueces del trabajo conocer de: “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 16.744.”⁴⁸²

En sentencia dictada por el Juez de Letras en lo Laboral de Talcahuano, citada anteriormente, se estableció lo siguiente: “Que, resulta procedente pronunciarse ahora sobre la excepción de incompetencia deducida por la demandada principal como excepción de fondo al contestar la demanda, denegándola por la misma fundamentación legal que invoca la empresa Sodexho Servicio Global S.A., es decir, lo dispuesto en el artículo 420 letra f) del Código del trabajo, en relación con el artículo 69 letra b) de la Ley 16.744, aislándose el sentenciador también, en numerosas sentencias de la Excelentísima Corte Suprema, que han determinado en forma indiscutible la competencia del Tribunal Laboral para conocer del efecto del incumplimiento de las normas de carácter laboral, especialmente relativas a la prevención de riesgos cuando es el trabajador quien demanda por sí mismo incluyendo la indemnización por daño moral, desde que el artículo 69 de la ley 16.744, en su letra b), se refiere a la legislación de fondo y no a la procesal, por lo que en definitiva deberá resolverse esta excepción en armonía a lo así concluido.”⁴⁸³

De este modo podemos asegurar que el legislador entregó competencia a los Jueces de Letras del Trabajo, para conocer de las contiendas de carácter contractual originada en accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, esto es, responsabilidad del empleador derivada del incumplimiento de la obligación regulada en el artículo 184 del Código del Trabajo.

Dicha afirmación no será cuestionada cuando el que acciona sea el trabajador víctima, pero como ya lo señalamos anteriormente, la respuesta resulta cuestionable, por parte de la doctrina, tratándose de causahabientes o cesionarios del trabajador fallecido producto del infortunio laboral. Los tribunales de justicia han entendido que en esta hipótesis existe un caso de responsabilidad contractual laboral, lo que queda de manifiesto en las sentencias citadas anteriormente. Sin embargo, autores como Lucía Verdugo opinan que la competencia les corresponde a dichos juzgados solamente cuando se trata de casos en que la persona que demanda es la afectada, siendo el titular único y exclusivo. Para tal aseveración se basa en que tratándose de la Seguridad Social es la ley la que determina

⁴⁸¹ VERDUGO, L. Responsabilidad del Empleador en los Accidentes del trabajo o Enfermedades profesionales. *Revista Laboral Chilena*: 66. Enero 1997.

⁴⁸² REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. p. 66. Febrero- Marzo 1998.

⁴⁸³ Fallo de primera instancia dictado por Juez de Letras de Talcahuano, con fecha 30 de abril de 2004, en autos caratulados “Molina con Sodexho Servicios Global S.A. y Pesquera San José.”

los sujetos activos y las condiciones de las prestaciones, siendo derechos inalienables, intransmisibles e irrenunciables.

El estatuto jurídico a aplicar resulta importante, ya no a propósito de la indemnización por daño moral, situación que resuelve el texto del artículo 69 de la Ley 16.744, sino que en materia de *onus probandi*, pues, como ya sabemos, en este caso el incumplimiento se presumirá culpable, por lo que el empleador deberá probar que tomó todas las medidas de seguridad pertinentes para evitar que se produjera el accidente del trabajo o la enfermedad profesional.

6.8 Cúmulo de Responsabilidades

El texto del artículo 69, ya transcrito, permite concluir que el sistema de seguros por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales adoptado en Chile podría configurar lo que la doctrina ha llamado “cúmulo de responsabilidades.” Por un lado, y lejos de toda discusión al respecto, tenemos que la infracción de las obligaciones que establece el artículo 184 del Código del Trabajo configura una hipótesis de responsabilidad contractual, si quien reclama la indemnización es el trabajador víctima del infortunio y sus causahabientes o cesionarios, actuando en representación del fallecido.

Pero el problema surge cuando el tercero-víctima por repercusión o que acciona por sí y por los perjuicios que él experimentó, pues en ese caso habrá que dilucidar si se aplica el estatuto contractual o extracontractual.

En lo que sí tenemos claridad es que la doctrina y jurisprudencia descartan la posibilidad de sumar ambas responsabilidades, por lo que el problema se reduce específicamente a analizar si existe o no la posibilidad de optar entre una y otra al momento de configurarse estos cúmulos de responsabilidades.

La doctrina mayoritaria se inclina por considerar que la persona titular de una acción de responsabilidad contractual no puede demandar por vía extracontractual, pues ello implicaría infringir la “ley del contrato”, conforme al artículo 1545 del Código Civil. Sobre este punto Arturo Alessandri Rodríguez señala en forma enfática: “El cúmulo, o más propiamente la opción entre ambas responsabilidades, es inadmisibile. (...) el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil (...) admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, sería destruir la fuerza obligatoria de la convención (...)”⁴⁸⁴

Sin embargo, nuestra jurisprudencia, en algunos fallos, se aparta de la postura de este destacado autor. Así, por ejemplo, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, se señala: “Que no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiera acogerse a

⁴⁸⁴ ALESSANDRI, A. Op. Cit. [nota 7] p. 83.

las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las prestaciones formuladas en la demanda.”⁴⁸⁵

No obstante lo anterior, y salvo escasas excepciones, existe consenso en que la responsabilidad contractual excluye a la extracontractual, cuando en un mismo siniestro laboral concurren los supuestos de ambas.

Tal como lo señalara don Arturo Alessandri Rodríguez: “Los fundamentos de este derecho de la indemnización de perjuicios son, en primer lugar, aquel principio de que <<nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno>>. El acreedor tenía una justa expectativa en el cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo de la obligación; un hecho del deudor o de otra persona le ha privado de esa ventaja o beneficio a que tenía perfecto derecho por la disposición de la ley o por la voluntad de las partes. Ese daño sufrido por el acreedor en su patrimonio debe ser reparado, y a repararlo tiende la indemnización de perjuicios.”⁴⁸⁶

Tratándose de la responsabilidad contractual, y conforme al artículo 1556 del Código Civil, deberá indemnizarse el daño emergente y el lucro cesante, conceptos a los que, tratándose de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, debe agregarse, el daño moral, de conformidad al artículo 69 de la Ley 16.744. Demás está decir, que una vez determinada la relación causal entre el hecho del empleador y el infortunio que sufrió el trabajador, resta determinar si el dependiente es acreedor de las indemnizaciones por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, para lo cual deberá rendir las pruebas correspondientes.

En lo relativo al análisis del daño emergente nos remitiremos a lo ya señalado en el Capítulo II de este trabajo, agregando solamente que en materia de accidentes del trabajo las partidas que deberán ser indemnizadas normalmente estarán constituidas por los distintos desembolsos realizados por causa del accidente del trabajo o de la enfermedad profesional⁴⁸⁷ y que estarán encaminados a la recuperación íntegra de la salud física y psíquica del trabajador afectado. Es lógico pensar que las partidas reembolsadas por el sistema de seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley 16.744, no podrán ser reclamadas nuevamente vía judicial pues habrá un enriquecimiento sin causa, mas los Tribunales de Justicia no tienen impedimento alguno para mejorar las prestaciones concedidas por el régimen de seguridad social, siempre que se prueben daños de mayor entidad que los resarcidos por el seguro obligatorio. Este criterio queda de manifiesto en un fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Santiago que en su considerando tercero, estableció: “Que ninguna prueba se ha rendido en autos para acreditar que el actor haya debido incurrir en gastos por tratamientos médicos o de rehabilitación, posteriores al accidente.”⁴⁸⁸

En cuanto al lucro cesante, que puede ser definido como aquel perjuicio que sufre una persona, el cual se traduce en lo que deja de ganar o percibir a causa de la acción u omisión culpable o dolosa; en materia laboral, este daño estará compuesto por la remuneración que el trabajador deja de percibir al verse afectado a una incapacidad para desarrollar sus funciones, como consecuencia del infortunio laboral.

⁴⁸⁵ GACETA JURÍDICA. 1993. Santiago, Chile. (151) p. 54.

⁴⁸⁶ ALESSANDRI, A. 1988. Teoría de las Obligaciones. Santiago, Chile. Editorial Ediar-Conosur Ltda. p. 74.

⁴⁸⁷ Los gastos de tratamiento, hospitalización, traslados y rehabilitación, entre otros, están señalados en el artículo 29 de la Ley 16.744.

⁴⁸⁸ GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago Chile. (93) p. 133.

El monto del subsidio que pagará el órgano administrador del seguro estará determinado tomando en consideración la pérdida de capacidad para trabajar que experimente el dependiente, luego de su recuperación, por lo que debemos concluir que el actual seguro social por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cubre sólo en forma parcial el lucro cesante, en consecuencia quien accione judicialmente para su reparación, deberá hacerlo por el saldo no cubierto por este sistema.

Al respecto los autores Gumucio y Corvera señalan: “El lucro cesante indemnizable, por la vía de la responsabilidad subjetiva, debería orientarse a partir del criterio de compensar la diferencia de ingresos producida entre lo que la víctima ganaba antes del accidente y lo que ella misma reciba transitoria o permanentemente a título de subsidio o pensión, respectivamente. Para el caso que la víctima haya fallecido, será la diferencia de ingresos que soporten los beneficiarios de pensión de sobrevivencia en relación a los que obtenía la víctima, de quién dependían económicamente.”⁴⁸⁹

Entonces, tratándose de una incapacidad temporal, el lucro cesante ha de ser necesariamente aquella diferencia de ingresos que se produzca mientras dure la incapacidad. En cambio, tratándose de una invalidez parcial, total o la muerte del trabajador accidentado o enfermo, el lucro cesante ha de ser la diferencia de ingresos que se da entre la fecha del accidente o enfermedad y el término de la vida laboral útil, que la ley considera en los 60 años en el caso de la mujer y de 65 años para los hombres.

Esta materia ha sido resuelta de distintas formas por los tribunales de justicia. Así, en un fallo de primera instancia, considerando 28°, se puede leer: “Que, la indemnización por lucro cesante, es de fácil cálculo, pues basta establecer la diferencia de lo que ganaba la trabajadora antes del accidente a lo que gana actualmente por el tiempo que se encuentre incapacitada y se sabe desde ya, que no es posible la reincorporación del brazo izquierdo al cuerpo vivo de la trabajadora en la forma que ésta lo tenía antes de perderlo, lo que durará toda la vida. En autos, no se ha discutido que el monto de lo que dejará de ganar es de \$1.918.840 hasta la época de su jubilación, es decir los 60 años y considerando que apenas tiene 37.” Agregando, en su parte resolutive: “Que, se hace lugar a la demanda de autos, solo en cuanto se condena al deudor principal Sodexho Servicio Global S.A. al pago de la suma de \$31.918.848 por concepto de indemnización de perjuicios por lucro cesante, suma que se pagará mes a mes, divididas en 276 meses, durante la vida de la demandante y hasta su jubilación.”⁴⁹⁰ En este mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Santiago, falló: “Que la indemnización por concepto de lucro cesante se encuentra representada por la diferencia de emolumentos que dejará de percibir el trabajador con ocasión de este desgraciado percance, proyectada por los años y meses de vida laboral que le restan entre el día del accidente (...) y el momento en que hubiere de cumplir sesenta y cinco años de edad...”⁴⁹¹

⁴⁸⁹ GUMUCIO, J. y CORVERA, D. Op. cit. p. 70.

⁴⁹⁰ Op. cit.

⁴⁹¹ GACETA JURÍDICA. 2004. Santiago, Chile (287) p.274. En el mismo sentido, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 02 de julio de 2002, por los Ministros Sr. Cornelio Villarroel R., Sra. María Maggi D. y abogado integrante Sr. Luis Orlandini Molina, en causa Rol N° 712-1998 (G.J. 265); sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 28 de agosto de 2002, por los Ministros Sra. Silvia Oneto P., Sr. Juan Villa S. y abogado integrante Sr. Carlos Álvarez N. (G.J. Op. cit. [nota 269]), en causa Rol N° 161-2002; sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11 de julio de 2000, dictada por los Ministros Sr. Carlos Cerda F., Sra. Gabriela Pérez P. y Sr. Jorge Dahm O., en causa Rol N° 739-2000 (G.J. 241) y sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 9 de diciembre de 2002, por los Ministros Sr. Marcos Libedinsky T., Sr. José Benquis C., Sr. Orlando Álvarez H, Sr. Urbano Marín V. y Jorge Medina C., en causa Rol N° 4.331-2002. Op. cit. [nota 260.]

Por otra parte, el mismo Tribunal de Alzada, ha señalado: “Que la indemnización de perjuicios por lucro cesante es de difícil cuantificación pues responde a criterios esencialmente variables al proyectar en el tiempo un determinado ingreso.”⁴⁹² En sentencia del Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago se estableció una indemnización por lucro cesante tomando en consideración la edad actual del trabajador y la cantidad de años que le restaban para cumplir los 55 años. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha resolución argumentando que no era evidente para esa judicatura la vinculación laboral durante toda la vida útil del trabajador.⁴⁹³

De más está recordar que la indemnización del lucro cesante requiere que se trate de la privación de una ganancia cierta, y no de una mera expectativa de ganar una suma de dinero durante un período largo de tiempo, pues los contratos de trabajo y sus condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias. La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado, al respecto: “Que cualquiera sea la fuente de responsabilidad que se imputa- contractual o extracontractual- existe acuerdo en la doctrina en el sentido que los daños futuros sólo son indemnizables a condición de que sean “directos” y “ciertos”, excluyéndose de esta condición los “indirectos” y los “eventuales” o hipotéticos.”⁴⁹⁴

En cuanto al daño moral que, tal como lo señalamos en el Capítulo II , ha sido definido como: “el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección,”⁴⁹⁵ la doctrina laboralista no se ha apartado de dicho concepto civilista, señalando que: “el daño, entendido como sufrimiento o afección psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y familia, manifestándose en lógicas y notorias mortificaciones, pesadumbres y depresiones del ánimo...”⁴⁹⁶

Tal como lo señalamos anteriormente, el texto del artículo 69 de la ley 16.744, al hacer procedente el daño moral en sede contractual como extracontractual, pone fin a la discusión que se ha mantenido por años respecto de la indemnización del daño moral tratándose del incumplimiento contractual. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago pronunciándose sobre esta materia ha manifestado: “Que encontrándose previsto expresamente que corresponde al empleador satisfacer los daños materiales derivados del trabajo, no se advierte alguna razón que le exima de la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de la inherente obligación del contrato de trabajo antes destacada, porque uno y otro tipo de daño, conforme a la norma del artículo 2.314 del Código Civil, deben ser indemnizados, y por que la indemnización debe ser completa.”⁴⁹⁷

Respecto a la evaluación de los perjuicios extrapatrimoniales los Tribunales de Justicia han señalado: “Que, así mismo, debe concluirse que corresponde al juez regular prudencialmente (...) la satisfacción, mediante una suma de dinero del daño moral, pero teniendo como parámetro para fijar su monto tanto la naturaleza del hecho culpable y del derecho agraviado como facultades del actor, pero principalmente y esencialmente, deberá

⁴⁹² GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 261] p. 171.

⁴⁹³ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 361] p. 172. En el mismo sentido sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 9 de marzo de 1993, por los Ministros Sr. Araya, Valenzuela, Correa y los abogados integrantes señores Castro y Mardones (G.J. 161.)

⁴⁹⁴ GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 261] p.172.

⁴⁹⁵ ABELIUK, R. 1993. Las Obligaciones. Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 204 y 205.

⁴⁹⁶ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. (7) p. 74. Agosto 1992.

⁴⁹⁷ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. p. 61. Junio 1998.

considerar las facultades, condiciones y situación personal del ofendido y la manera como ha sido afectado en sus actividades normales.”⁴⁹⁸

Otro fallo, dictado por el tribunal de alzada de Santiago, confirmada por la Corte Suprema, señala respecto al daño moral: “Que para la apreciación prudencial de la indemnización del daño moral, que con evidencia y atendida la naturaleza del accidente, debió sufrir el actor, es menester tener en consideración el monto de su remuneración mensual, el período de inactividad que siguió al accidente y las secuelas del mismo, elementos que estimados en su conjunto llevan a estimar dicho daño moral.”⁴⁹⁹

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha resuelto: “Que si se tiene presente aquello, esto es que en el daño moral la lesión del derecho subjetivo del ofendido no es de contenido patrimonial, resulta irrefutable que el establecimiento de la reparación en dinero para su satisfacción no puede estar sujeto a las mismas normas que son propias del establecimiento de la indemnización del daño emergente y lucro cesante; y por ello no es necesario rendir prueba alguna sobre su monto.”⁵⁰⁰

Podemos concluir que para determinar el quantum de la indemnización por daño moral, los Tribunales de Justicia han tomado en consideración elementos como: sufrimiento de la víctima y de su familia, la forma en que ocurrió el infortunio y la cercanía con el trabajador tratándose de víctimas por repercusión, etcétera, no siendo necesaria la prueba respecto a su monto, sino solamente en cuanto a su existencia.

6.9 Prescripción de las Acciones

Tratándose de la acción por responsabilidad contractual, que nace en virtud el incumplimiento del artículo 184 del Código del Trabajo, que se encuentra incorporada al contrato, regirá especialmente el plazo de prescripción establecido en el artículo 79 de la ley 16.744, esto es, la norma general de prescripción extintiva, de los artículos 2.514 y siguientes del Código Civil, es decir, 5 años.

La Corte de Apelaciones de Santiago, luego de determinar el origen y la naturaleza contractual de la responsabilidad por un accidente del trabajo y ante la alegación de prescripción en el plazo establecido en el artículo 480 del Código del Trabajo, sentenció: “Al respecto conviene recordar que la citada disposición regula <<los derechos regidos por este Código>> y <<las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código>>, sin embargo, la acción de que se trata ha sido establecida en una legislación distinta, cual es la Ley 16.744, relativa al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, específicamente, en su artículo 69 (...) de manera que para precisar el plazo de prescripción de la misma ha de recurrirse a esta normativa la que, en su artículo 79 preceptúa: <<Las acciones para reclamar las prestaciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales prescribirán en el término de cinco años contados desde la fecha del accidente o desde el diagnóstico de la enfermedad.”⁵⁰¹

⁴⁹⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 267] Sección 3°. p. 167.

⁴⁹⁹ REVISTA LABORAL CHILENA. Santiago, Chile. (1) p. 69. 1994.

⁵⁰⁰ FALLOS DEL MES. Op. cit. [nota 456] p. 281.

⁵⁰¹ GACETA JURÍDICA. 2000. Santiago, Chile. (241) p. 171-172.

En sentencia de la Corte de Apelaciones anteriormente señalada, se puede leer: “Que al respecto la Excelentísima Corte Suprema ha fijado un criterio interpretativo de las normas en cuestión, afirmando que la prescripción de las acciones indemnizatorias fundados en lo dispuesto en el artículo 69 de la ley 16.744, como es el caso, es de cinco años, vale decir, el contemplado en el artículo 79 de la citada ley y no en el fijado en el artículo 480 del Código del Trabajo, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 13 del Código Civil y la precisa redacción del artículo 79 de la ley 16.744, aun cuando esta última norma utilice la expresión prestaciones la que es comprensiva de beneficios, retribuciones o indemnizaciones.”⁵⁰²

Tratándose de acciones por responsabilidad extracontractual, se aplicará el artículo 2.332 del Código Civil que prescribe: “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”, esto por aplicación del artículo 69 de la Ley 16.744 que establece el derecho que corresponde a 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.”

6.10 Conclusiones al Capítulo Sexto

Tal como lo señalamos al inicio de este Capítulo, las cifras de accidentes en el trabajo son preocupantes. Si bien hemos progresado en los principios y teorías que rigen esta materia, nos queda mucho por avanzar para llegar a la completa cobertura de los infortunios laborales, sean accidentes o enfermedades que aquejen al trabajador, producto del desempeño de las actividades propias de su trabajo.

A propósito del proyecto de ley sobre subcontratación y suministro de trabajadores, a que hicimos alusión en el Capítulo V de esta Memoria, se ha dicho que el 62% de los accidentes laborales graves o con resultado de muerte se producen en las empresas contratistas. De esta forma la aprobación del mencionado proyecto vendría a regular y proteger un sin número de trabajadores que se encuentran desarrollando sus labores de esa forma. Relacionado con este mismo tipo de relaciones laborales está la imposibilidad en que se encuentran algunos trabajadores para solicitar la implementación de medidas de prevención, pues no poseen el número necesario para constituir Comités Paritarios de Higiene y Seguridad Industrial.

Creemos que las nuevas formas de relacionarse laboralmente que han surgido son necesarias y útiles, pero debe ir acompañada de medidas que permitan fiscalizar el cumplimiento de obligaciones esenciales en el mundo del trabajo, y que, por cierto, lo distinga de otras ramas del Derecho, tales como la seguridad y protección del trabajador.

Nos parece que el sistema de seguro universal y obligatorio es correcto. La experiencia ha demostrado que los órganos encargados de administrar los fondos han sido eficientes, en el sentido que estos recursos han sido reinvertidos y que han desarrollado actividades tendientes a prevenir los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, aunque hay que recordar que son las mutualidades de empleadores las principales entidades preocupadas de la materia. Pero el problema del sistema radica en las relaciones informales y aquellas en que el empleador es de difícil individualización, pues en estos casos el

⁵⁰² GACETA JURÍDICA. Op. cit. [nota 367] p. 282-283.

cumplimiento de las obligaciones que imponen los artículos 184 y 209 a 211 resulta casi imposible.

CAPÍTULO VII RESPONSABILIDAD POR DESPIDO DECLARADO INJUSTIFICADO, INDEBIDO O IMPROCEDENTE

7.1 Antecedentes

El Derecho Laboral, al igual que cualquier rama de la ciencia jurídica, ha experimentado una evolución y en dicho proceso se han otorgado una serie de derechos y deberes, a los dependientes, que exceden a aquellos que las partes acordaron en el Contrato de Trabajo. Esto se ve reflejado en la nueva doctrina que entrega al trabajador una “ciudadanía de empresa”; el reconocimiento del dependiente como persona natural, abandonando el pensamiento que consideraba al trabajador como mero prestador de servicios; la evolución del mercado que ha producido una valoración jurídica adicional del trabajado, entre otras.

Para comenzar el tratamiento de esta materia, recordaremos que las causales generales de terminación de un contrato se clasifican, según los autores, de la siguiente forma: consentimiento mutuo o resciliación, resolución, nulidad o rescisión y declaración unilateral de voluntad. Tratándose del contrato de trabajo, cobra especial importancia la resolución del contrato que, atendida la naturaleza de contrato de tracto sucesivo, recibe el nombre de terminación.

La terminación del Contrato de Trabajo se podría definir como aquel fenómeno jurídico por el cual se extingue este acto jurídico bilateral, quedando disuelta la relación laboral, cesando definitivamente los efectos esenciales de ésta para el futuro.

Este Capítulo lo destinaremos al estudio de la procedencia de la indemnización de los perjuicios provocados por el despido declarado injustificado, indebido o improcedente. A nuestro juicio, en este caso existe responsabilidad post contractual, sin desconocer que existen otras etapas en que también pueden existir hechos generadores de responsabilidad para el empleador, tal como se señaló en el Capítulo III a propósito de la responsabilidad precontractual.

La legislación laboral, especialmente la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, reconocen el derecho que le asiste al trabajador para exigir el resarcimiento de los daños morales sufridos por éste, pero, tal como lo señala el autor argentino Eduardo Zannoni “el planteo se extiende, con generalidad, a la reparación de los daños morales que pudieren inferirse al trabajador (también al empleador, en su caso) durante la ejecución del contrato, o en casos de despido injustificado.”⁵⁰³

En este sentido, en las V Jornadas Argentinas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Córdoba, octubre 1980) se señaló que “el daño moral puede ser ocasionado durante la ejecución del contrato y aún durante el período pre o post contractual, sea que la

⁵⁰³ ZANNONI, E. 1993. El Daño en la Responsabilidad Civil. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. p. 347.

responsabilidad consiguiente tenga que regirse por los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual, según sea el caso.”⁵⁰⁴

Tal como lo señalamos, podemos asegurar que en el origen de la formación de un contrato existe para las partes un deber de lealtad recíproca y buena fe, cuya infracción puede generar responsabilidad precontractual. En el ámbito laboral existirá el deber de indemnizar perjuicios cuando, por ejemplo, en el proceso de selección se cometa una infracción al artículo 2º inciso 2º y siguientes del Código del Trabajo, relacionado con el artículo 1º inciso 1º y artículo 19 N° 16 inciso 2º de la Constitución Política de la República, entre otros, normas que declaran contrario a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación; en los casos de infracción al derecho a la intimidad o la vida privada del trabajador y a la imagen, ya sea al requerir datos más allá de los necesarios para determinar su capacidad o idoneidad personal, indagando en aspectos de la vida y actividades realizadas por éste, sean de carácter políticas, sindicales o religiosas, actitud que contraviene claramente lo establecido en el artículo 5º inciso 1º del Código del ramo, que establece: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

A esta responsabilidad precontractual, se agrega aquella que se origina durante la etapa de ejecución del contrato, siendo el hecho generador de la obligación de reparar más importante, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. A estos casos debemos agregar incumplimientos que no habilitan a las partes para poner término al contrato de trabajo, pues su infracción son de una envergadura menor, como la infracción al derecho a la intimidad o al honor del trabajador con medidas de revisión, control de la empresa a sus trabajadores y sanción por una infracción inexistente, y uso excesivo del *ius variandi*. Al respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado, por ejemplo, que *“la instalación de circuito cerrado de televisión con monitores que permitan la supervigilancia de las faenas, y eventualmente detectar anónimamente, posibles atentados contra la propiedad, seguridad y salubridad de los trabajadores y establecimientos, se ajusta a derecho, si no produce menoscabo de la honra y dignidad de aquellos”* (Ord.363/21 de 25 de enero de 2001.) Por su parte el Ord. 2070/ 176 de 22 de mayo de 2000 indica: “ se ha estimado que existe justificación legal para que las empresas adopten medidas de revisión, siempre que estén destinadas a evitar que se atente contra los derechos ya enunciados, y que su práctica no viole o atente contra otros derechos, como serían la honra y dignidad de las personas.” Agregando: “Es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que por ende se apliquen mediante mecanismos automáticos o de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas.”

Para comenzar, de lleno, con el tema objeto de este capítulo, creemos necesario revisar la historia legislativa en materia de despidos, para luego desentrañar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones por despido y terminar por señalar los fundamentos doctrinarios y jurídicos que se han esgrimido por la doctrina para apoyar o excluir la procedencia de indemnizaciones regidas por el estatuto contractual o extracontractual.

La bibliografía existente al respecto es insuficiente y en gran parte trata el daño moral y su posible resarcimiento en sede civil, por lo que intentaremos encontrar fundamentos para hacerla procedente no tan sólo por el daño moral propiamente tal, sino también por lo que

⁵⁰⁴ Ibid.

la doctrina llama “daño moral con repercusión en el patrimonio o daño moral indirecto”⁵⁰⁵ y por el daño patrimonial propiamente tal sufrido por el trabajador despedido injustamente.

7.2 Evolución Histórica

El elemento esencial que permite clasificar los sistemas de terminación del Contrato de Trabajo, consiste en determinar que tipo de estabilidad que se adoptó por la legislación laboral. La estabilidad absoluta o propia “impide separar al trabajador y [que] en caso de producirse esta circunstancia obliga al empleador a reponerlo en su puesto.”⁵⁰⁶ Este concepto se vincula a la inamovilidad en el empleo que se traduce en la propiedad del cargo, derecho del que no puede ser privado el trabajador, salvo comportamiento impropio o falta grave.⁵⁰⁷ Tratándose de la estabilidad relativa o impropia, en caso de desahucio o mala aplicación de una causal de término de contrato, el empleador tendrá la opción de reincorporar o pagar una indemnización regulada. Además, el concepto de estabilidad permite distinguir entre un sistema de libre despido o desahucio y despido justificado, dependiendo si el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de despedir a un trabajador común libremente, en cualquier momento y sin invocar causal o, por el contrario, debe invocar alguna causal que justifique su decisión al respecto, respectivamente. En este último caso, el empleador tiene prohibición de poner término a un contrato de trabajo por su sola voluntad, y tiene que invocar ciertas causales dentro de un tiempo cercano a aquel en que ocurrió el hecho que la configura, sin perjuicio de cumplir con otros requisitos formales exigidos por la Ley.

La Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, ha abogado por la adopción del sistema de despido justificado o con causa, lo que se refleja en la Recomendación 119 de 26 de junio de 1963, instrumento en que señaló: “No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.”

La historia legislativa en materia de término de contrato de trabajo comienza con el Código de 1931, que refundía las Leyes N° 4.053 y 4.059. Dicho cuerpo legal, en sus artículos 9° y 10°, dedicados a los obreros, y 164, consagrado a los empleados, establecía el mecanismo disolutorio del contrato de trabajo, adhiriendo al sistema de desahucio libre. Se distinguía entre obreros y empleados particulares y establecía la obligación, para el empleador, de preaviso de 6 días para los obreros y de un mes para los empleados en caso de poner término al contrato de trabajo en forma unilateral. Además, tratándose de los empleados, el empleador debía pagar indemnización equivalente a un sueldo mensual por cada año completo de servicio.

En el año 1937 se dicta la Ley N° 6.020 que vino a regular la obligación del empleador de cotizar en la Caja de Previsión de empleados Particulares un porcentaje equivalente al 8,33% de la remuneración mensual del empleado, el que podía retirar los fondos

⁵⁰⁵ TOMASELLO, L. Op. cit. p.28.

⁵⁰⁶ HUMERES, H. Op. cit. [nota 194] p. 276-277.

⁵⁰⁷ La diferencia entre inamovilidad y estabilidad está en que, tratándose del primer caso, el trabajador sólo podrá ser despedido por causas subjetivas. En cambio, en el caso de la estabilidad el contrato de trabajo, éste puede terminar por causales objetivas o causas imputables al trabajador.

acumulados una vez terminada la relación laboral, sin atender a la causa de término de ésta, estableciéndose de este modo un sistema similar al existente hoy en día con las trabajadoras de casa particular. Este régimen fue derogado posteriormente por la Ley N° 10.475 de 1952.

La Ley 16.455 de 06 de abril de 1966, llamada de “inamovilidad”, estableció un sistema de despido justificado o con causa. Reguló e igualó las causales de terminación de contrato para los empleados particulares y los obreros e instauró la obligación de invocar una causal justificada para finalizar una relación laboral, señalando en su artículo primero: “El empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino en virtud de una causa justificada.” Sin embargo, se mantuvo un sistema de desahucio libre para los trabajadores de confianza y tratándose de los trabajadores con fuero se debía obtener una autorización previa del Tribunal para su despido. Las causales que justificaban el término de la relación laboral podían ser agrupadas en: aquellas que tenían su origen en la parte trabajadora, como por ejemplo, negociaciones propias del giro de la empresa y que estuvieran prohibidas expresamente, perjuicio material en los bienes de la empresa, entre otras; aquellas que podían tener origen en ambas partes dentro de las cuales tenemos la falta de probidad, vías de hecho, injuria o conducta inmoral grave, debidamente comprobada y otras; y aquellas que tenían un origen neutro que dicen relación con la caducidad del contrato de trabajo, como la conclusión del trabajo o servicio que dieron origen al contrato y el caso fortuito o fuerza mayor, entre otras.

Frente al despido, el trabajador común, tenía la opción de reclamar dentro de un plazo de 30 días hábiles y si éste era declarado injustificado, debía ser reincorporado a sus labores habituales⁵⁰⁸ y debía ser remunerado por el total del período de separación. Si el empleador se negaba a cumplir con la orden de reincorporación, debía cancelar una indemnización compensatoria al trabajador, la que se fijaba prudencialmente por el juez en proporción al tiempo de trabajo o años de servicio, y el monto de ella no podía ser inferior a un mes por año de servicios y fracción igual o superior a seis meses continuos o discontinuos prestados a la misma empresa.⁵⁰⁹ Además, el mismo inciso 2° del artículo 8° de dicha Ley establecía que “Esta indemnización es sin perjuicio de cualesquiera otros beneficios las leyes o contratos otorguen al trabajador.”

El Decreto Ley 2.200 de 1978, rompe con la política de la estabilidad relativa en el empleo, y reestableció un sistema de desahucio libre, con el aumento de las facultades del empleador en materia de terminación de contrato, instaurando el desahucio como causal general de término de contrato, aunque mitigó la dureza de este sistema con la obligación de pagar al trabajador una indemnización de un mes de remuneración por año de servicio.⁵¹⁰ El artículo 19 del D.L. 2.200 señalaba que “si el empleador invocare maliciosamente la causal establecida en el número 1 del artículo 156 (falta de probidad, vías de hecho, conducta inmoral grave), o alguna de las causales a que se refiere el artículo 157, deberá indemnizar los perjuicios que ello acarree al trabajador,” agregando que “el monto de esta indemnización será evaluado incidentalmente por el tribunal que conoce de la causa de terminación del contrato, y ella será compatible con las que establecen los artículos 155 letra f y 159.” De este modo, se terminó con la obligación de reincorporar al trabajador injustamente despedido y se reguló la posibilidad de demandar la indemnización

⁵⁰⁸ Artículo 8 inciso 1°, Ley 16.455.

⁵⁰⁹ Artículo 8 inciso 2° Ley 16.455.

⁵¹⁰ Para el cálculo de las indemnizaciones por años de servicio sólo se consideraban las labores realizadas en forma continua para el empleador.

de los perjuicios emanados del despido, acción que era compatible con las indemnizaciones que establecía el artículo 155 letra f), por desahucio, y 159, por años de servicio. Este artículo se aplicó en reiteradas ocasiones, encontrando como único problema el criterio restrictivo de interpretación hecha por los Tribunales de Justicia para hacer procedente la indemnización de perjuicios, pues a juicio de éstos se requería: “que se proceda con dolo a invocar una causal inexistente para despedir al trabajador.”⁵¹¹ Esto queda de manifiesto en una sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 29 de agosto de 1984 conociendo de un Recurso de Queja, resolución que revoca aquella dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que se había acogido la petición de indemnización de daños morales. Para tomar dicha decisión estima que no existe antecedentes suficientes que den por acreditada la imputación maliciosa de la causal de despido.^{512 513} Sin embargo, existe un fallo en que el tribunal de primera instancia y la Corte de Apelaciones de Santiago, accedieron a la indemnización de los daños morales provocados al trabajador por invocación maliciosa, aunque la Corte Suprema conociendo de un Recurso de Queja redujo el monto de la indemnización de \$150.000 a \$50.000. En ésta se señala que “atendida la naturaleza de los hechos que se le imputan al trabajador por la causal en punto a que lo dañan y mortifican moralmente y menoscaban gravemente su imagen de trabajador honesto con posibilidades de obtener un nuevo empleo, que el daño es de carácter moral, y como tal, su evaluación pecuniaria confiada a la prudencia y equidad del juez.”⁵¹⁴

Las Leyes N° 18.018 de 1981 y N° 18.372 de 1984 establecieron limitaciones a las indemnizaciones por años de servicio. La primera de ellas permitió que se pactara indemnizaciones inferiores al mínimo legal y la segunda limitó su pago a 150 días de remuneración.

El Código de 1987 (Ley 18.620 de 16 de julio de dicho año) refundió el D.L. 2.200 y las Leyes anteriormente mencionadas. En su artículo 155 estableció causales para poner término al contrato de trabajo que consistía básicamente en: Mutuo acuerdo de las partes, vencimiento del plazo convenido, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, muerte del trabajador, caso fortuito o fuerza mayor, desahucio escrito y causales de caducidad de los artículos 156 y 157 de este cuerpo legal. Este Código instituyó la obligación del empleador de dar aviso, con a lo menos 30 días de anticipación, del desahucio. Sin embargo, podía exonerarse de dicha obligación pagando en su lugar una indemnización correspondiente a la última remuneración devengada. Además, debía pagar una indemnización equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador, con un límite de 150 días de remuneración, salvo que hubiere acuerdo individual o colectivo.

El artículo 161 de dicho Código, establecía que “La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 159 será incompatible con toda otra indemnización que por concepto del término de 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...” A su

⁵¹¹ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago dictado el 25 de enero de 1984, citado por FARREN, R. 1988. Terminación del Contrato de Trabajo. Santiago. Ediar- Conosur. p.43.

⁵¹² Autos “Sociedad Pastelerías Portofino Ltda.”, REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 128] Sección 3°. p. 60

⁵¹³ Véase REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 312] Sección 3°. p. 129- 130.

⁵¹⁴ GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. (94) p. 87.

vez el inciso 6° del artículo 162 del mismo cuerpo legal señalaba: “Si el empleador invocare maliciosamente la causal establecida en el número 1 del artículo 156 [falta de probidad, vía de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada] o alguna de las causales a que se refiere el artículo 157, [comisión de actos ilícitos que impidan al trabajador concurrir a su trabajo o cumplir con sus obligaciones laborales; atentado contra los bienes situados en las empresas; comisión de actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o mercaderías, o disminuyan su valor o causen su deterioro; dirección o participación activa en la interrupción o paralización ilegales de actividades, totales o parciales, en las empresas o en los lugares de trabajo, o en la retención indebida de personas o bienes; incitación a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o la participación en hechos que las dañen, y comisión de un delito establecido en la ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, o en la ley N° 17.798, sobre Control de Armas] deberá indemnizar los perjuicios que ello irroque al trabajador. El monto de esta indemnización será evaluado incidentalmente por el tribunal que conoce de la causa de terminación del contrato, y ella será compatible con las que establecen los artículos 155, letra f (sustitutiva de aviso previo), y 159 (por años de servicio.)

Con posterioridad, la Ley 18.620 fue modificada por la Ley 19.010 de 1990 que reguló un sistema indemnizatorio que pasó al Código del Trabajo, este último publicado en el Diario Oficial el 24 de enero de 1994. Dicha ley introdujo los actuales incisos 1° y 3° del artículo 168 del Código del Trabajo, estableciendo que si el tribunal comprueba que la aplicación de la causal o las causales de despido invocadas es “injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha invocado ninguna causal legal”, debe ordenar el pago de indemnización por aviso previo y la indemnización por años de servicio aumentada, esta última, entre un 20% y un 50%.

Con fecha 5 de octubre de 2001, la Ley 19.759, modificó el artículo 160 del Código del Trabajo en su numeral 1° agregando como encabezado: “alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, separando en letras las causales que anteriormente se señalaban en dicho número, especificando, además, los sujetos activos y pasivos de dichas conductas y el elemento espacial donde deben ocurrir los hechos. También modificó el artículo 161 en lo que dice relación a la causal de necesidades de la empresa, excluyendo la posibilidad de poner término al contrato por falta de adecuación laboral y técnica del trabajador.

Es así como llegamos al actual Código del Trabajo, refundido, coordinado y sistematizado por el D.F.L. N° 1, de 16 de enero de 2003, que en sus artículos 159 y siguientes⁵¹⁵ contempla las causales para poner término a la relación laboral y las indemnizaciones que proceden ante la omisión de aviso previo y por años de servicio, en caso de despido de conformidad al artículo 161 de dicho cuerpo legal, esto es, por necesidades de la empresa. A su vez, el artículo 168 establece el aumento que puede sufrir la indemnización por años de servicio en caso de que la causal invocada sea declarada, por el tribunal competente, como improcedente, injustificada o indebida, no se hubiere invocado causal o fuere carente de motivo plausible.

⁵¹⁵ BRONSTEIN, A. en una versión revisada de una Conferencia pronunciada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile en agosto de 1989 titulada “La protección contra el despido arbitrario en el derecho comparado del trabajo” clasifica las causas que pudieren ser invocadas como motivo del término de la relación laboral en tres: Despidos disciplinarios que se generarían por la conducta del trabajador; Despidos por causas objetivas que provienen de la aptitud del trabajador para desempeñar su tarea; y Despidos económicos que se relaciona con las necesidades de la empresa. “Derecho del trabajo: normas y realidad”, Estudios en Homenaje al profesor Ramón Luco Larenas. 1993. Santiago. Taller de impresión Universidad Nacional Andrés Bello. p. 122.

En virtud de lo descrito anteriormente, surge la duda sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones reguladas en el artículo 162 y 163 del Código del Trabajo y la posibilidad de reclamar en sede laboral o civil la reparación de los perjuicios de carácter patrimonial y/o extrapatrimonial, que haya sufrido el trabajador producto de un despido injustificado, (comprendiendo dentro de esta denominación al improcedente e indebido) y de ser posible dicha reclamación, el estatuto jurídico a aplicar, además del tribunal competente para conocer de dichas acciones y pretensiones.

7.3 Procedencia de la indemnización en Sede Civil

Los autores ante la posibilidad de indemnización en sede civil de los daños no cubiertos por las indemnizaciones laborales, han adoptado básicamente dos posturas:

No es procedente el reclamo de daños en Sede Civil

Como fundamento de esta teoría los autores señalan que las indemnizaciones tarifadas o tasadas del Código del Trabajo compensarían todo el daño (patrimonial y extrapatrimonial) provocado, independientemente si el empleador invocó una causal legal para hacerlo o si lo hizo injustificadamente o abusando de la facultad que le otorga la ley. Esta es la tesis a la cual adhiere la Corte Suprema, en sentencia de reemplazo de 12 de julio del año 2001, considerando 11º, en que señala: “la indemnización por años de servicio resarce “la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aún cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador...”⁵¹⁶

Las razones invocadas dicen relación básicamente con el texto del Código del Trabajo, cuyo cuerpo no contempla ninguna mención a la posibilidad de reclamar indemnizaciones más allá de las establecidas por dicho conjunto de normas legales. Es más, el Código del Trabajo las excluiría en su artículo 176 al establecer “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 concorra 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.”

La Corte de Apelaciones de Rancagua, en fallo de 03 de noviembre de 2004, dictada en causa “Reyes Pozo con Empresa Agrícola Lo Beltrán Limitada”, Rol N° 21.792, expone latamente las consideraciones por las cuales la indemnización por daño moral proveniente del despido declara injustificado no debe prosperar, de la siguiente forma: “Tercero: Que sin perjuicio de lo anterior, la actora fundamenta su acción, en que el daño moral sufrido tuvo por causa o motivo el despido de su trabajo y las causales invocadas por su ex empleadora para ello, situaciones derivadas de la relación laboral que fueron definidas a su favor mediante sentencia ejecutoriada que declaró injustificadas las causales invocadas para su despido. Con lo anterior, la actora obtuvo las indemnizaciones que el Código del

⁵¹⁶ GAMONAL, S. El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo: Notas a una sentencia de la Excm. Corte Suprema. *Revista Laboral Chilena*: 74. 2001.

ramo establece, y, especialmente con el aumento establecido en el artículo 168 inciso 2° del mismo Código, por lo que, la responsabilidad de la demandada quedó definida y limitada al tenor de la normativa que la especial legislación laboral establece. Cuarto: Que, por lo demás, el propio artículo 176 del Código del Trabajo, impide y excluye expresamente todo tipo de indemnización, cualquiera sea su origen, que por concepto de término de contrato pudiese corresponder al trabajador, que sería incompatible con la ya obtenida por la actora según sentencia judicial de autos laborales tenidos a la vista, por lo que no podrá prosperar la petición de la petición de la demandante. Quinto: Que, a mayor abundamiento, en nuestra especial legislación laboral no existe norma expresa alguna que establezca indemnización por daño moral con motivo de un despido declarado injustificado, salvo la especial situación ya descrita del artículo 168 del Código del Trabajo, inspirada obviamente en un resarcimiento aumentado por una especie de daño moral que pudiera afectar al trabajador la invocación de una causal no acreditada ni justificada en juicio, como ocurrió en la ya dicha sentencia de juicio laboral. Por otra parte, la única excepción expresa en cuanto a la procedencia del daño moral está dada en el artículo 69 de la ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo, por lo que la regla general es, la improcedencia del daño moral, que, por lo demás, de interpretarse o aceptarse su aplicación se estaría no sólo frente a una doble indemnización o enriquecimiento injusto, sino ante un precedente inaceptable jurídicamente de entender que frente a cada sentencia laboral que declara injustificado un despido por no acreditarse la causal, puede conllevar una indemnización adicional por daño moral.”

Además, la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en su artículo 69 otorga expresamente el derecho al trabajador para reclamar otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

Ante la aplicación de las normas del Código Civil, y específicamente en lo que dice relación con la utilización supletoria de sus artículos, los autores que adhieren a esta teoría, niegan dicha posibilidad, pues, según éstos, el Código del Trabajo regula expresamente la materia de las indemnizaciones, de modo tal que no rige en materia laboral el principio civil de la reparación integral del daño.

Es procedente el reclamo de daños en Sede Civil

Los autores que han desarrollado esta tesis lo han hecho a propósito de la posibilidad de reclamar reparación del daño moral por despido injustificado, señalando que se debe indemnizar aquel daño de importancia y que tal reparación debe tener el carácter de excepcional. La intensidad de la lesión se relacionaría con las circunstancias que rodearon al despido como la causal invocada, la imputación de un delito o conducta reprobable socialmente, excesiva publicidad del despido por causa grave, constituir un acto de discriminación arbitraria, agresión física coetánea al despido, entre otras.⁵¹⁷ Es decir, se debe tratar de un despido con motivaciones antijurídicas, llevadas a cabo con la intención de dañar al trabajador o tratarse de conductas que vulneren los derechos protegidos por el derecho laboral.

Haciéndose cargo de los fundamentos esgrimidos por aquellos que consideran que la indemnización civil no es procedente en materia de despido injustificado, Eduardo Court Murasso señala que el texto del artículo 176 del Código del Trabajo se refiere a las indemnizaciones por años de servicio (ya que establece la incompatibilidad respecto de

⁵¹⁷ PALAVECINO, C. El Daño Moral por Despido. *Revista Laboral Chilena*: 69. Septiembre- octubre 2000.

las indemnizaciones establecidas en el artículo 163 solamente) y no dicen relación con las indemnizaciones por despido injustificado o abusivo ni con el despido indirecto.⁵¹⁸ Agrega dicho autor, citando a Ramón Domínguez Águila, que: “No se trata aquí de la reparación de un daño causado por el término del contrato, sino por el uso ilícito del despido causando daño”⁵¹⁹

En este escenario el mismo autor plantea algunas interrogantes en el sentido de que si el trabajador puede demandar en sede civil indemnización por el daño moral que le ha ocasionado el despido, cuando la causal invocada por el empleador y no acreditada en el juicio laboral haya sido susceptible de provocarlo y si la indemnización tarifada establecida en la ley, cubre todos los daños derivados del despido o sólo aquellos derivados directamente del mismo, quedando abierta la posibilidad de demandar, en sede civil, la indemnización de otros daños no cubiertos.

A estas interrogantes el profesor Ramón Domínguez Águila responde: “En caso de entenderse que la indemnización laboral tiene un límite prefijado, dado por aquellos topes que establece el Código del Trabajo, y que ella cubre evidentemente todo el daño que el despido cause a un trabajador, debería concluirse que al trabajador no le queda abierta ninguna otra vía. Pero si concluimos que esa “indemnización laboral” tiene un fundamento exclusivamente laboral, es decir, que le devuelve al trabajador una cierta fuerza laboral que perdió, pero que fuera de ese límite no tiene carácter reparador, entonces deberíamos concluir que al trabajador le queda abierta la acción para demandar la reparación por esos otros daños, y por lo mismo, a la indemnización laboral podría sumarse una indemnización que para estos propósitos vamos a denominar “de derecho común.”⁵²⁰

La postura que se adopte en este tema es relevante en el sentido que si se opta por aquella que deja abierta la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los perjuicios en sede civil, los empleadores serán más cuidadosos al momento de despedir al trabajador en lo que dice relación con el o los motivos que invocarán, pues si se funda en alguna de las causales de los artículos 161 y especialmente del artículo 160 N° 1, 5 y 6 del Código del Trabajo y posteriormente se declara, en sede laboral, que el despido fue indebido o improcedente, dejaría abierta la posibilidad que el trabajador exigiera, en sede civil, la reparación total del daño sufrido en virtud del despido, incluyendo el daño moral, además de las indemnizaciones establecidas en el Código del Trabajo.

En cambio, y tal como lo dice Domínguez Águila, si se adoptara la primera de las posturas habría que concluir que nuestro ordenamiento jurídico protege de mejor forma los contratos del Derecho común y de índole patrimonial, que aquellos contratos regidos por el Código del Trabajo, cuyo incumplimiento daría lugar sólo a aquellas indemnizaciones establecidas en dicho cuerpo legal, las que, según ya se señaló, tienen el carácter de tarifada legalmente o indemnización limitada.

El autor Hernán Corral Talciani, al referirse a las indemnizaciones reguladas por el Código del Trabajo, señala que: “estamos frente a un sistema de responsabilidad objetiva, (no hay que demostrar culpa o negligencia, sino únicamente que no se ha acreditado la

⁵¹⁸ COURT, E. 2002. Indemnización del Daño Moral por Despido Injustificado. En: LÓPEZ J., DE LA FUENTE F., ELORRIAGA F., MARTINEZ J., ROSSO, G. Derecho de Daños. Chile. Editorial Lexis Nexis. p.218.

⁵¹⁹ DOMÍNGUEZ, D. citado por COURT, E., Op. cit. p. 218.

⁵²⁰ DOMÍNGUEZ, R. 1996. Responsabilidad Civil del Empresario por el Daño Moral causado a sus Trabajadores. Santiago. Cuadernos de Extensión Facultad de Derecho Universidad de Los Andes. p.22.

causal) y con indemnización limitada o tarifada legalmente.^{521 522} Siguiendo con su análisis agrega que “no parece en cambio que la indemnización por años de servicio que se devenga cuando se pone término al contrato de trabajo por la causal de <<necesidades de la empresa>> sea un caso de propia responsabilidad civil, ya que la terminación por causa legal no es antijurídica y no puede dar lugar a reparación”.⁵²³

De todos modos, entre las causales que se establecen en el Código del Trabajo encontramos ciertas situaciones en las cuales se obliga al pago de ciertas sumas de dinero en virtud del mal uso que el empleador hizo de éstas. Los casos son:

Si el tribunal competente establece que la aplicación de la o las causales de despido invocadas es “injustificada, indebida, o que no se ha invocado causal legal”, debe ordenar al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración devengada; y a la indemnización por años de servicio convenida o, a falta de estipulación, una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con el límite máximo de trescientos treinta días de remuneración. En este caso la indemnización debe aumentarse en un treinta por ciento, si se hubiere dado término a la relación laboral por aplicación improcedente del artículo 161; en un cincuenta por ciento si se hubiere puesto término a la relación laboral por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado causal legal para dicho término; en un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

Si en el mismo caso, el empleador hubiese invocado las causales señaladas en el artículo 160 números 1, 5 y 6 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización por años de servicio puede ser aumentada en un cien por ciento.⁵²⁴

Si el empleador incurriere en alguna de las causales de caducidad de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160, el trabajador puede poner término al contrato de trabajo y accionar ante el tribunal correspondiente para el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, con un cincuenta por ciento en el caso de la causal número 7 y de hasta un ochenta por ciento en caso de las causales números 1 y 5.

Al respecto, el profesor Sergio Gamonal señala “es necesario precisar que ante despidos abusivos, especialmente injustificados y particularmente graves, la necesidad de indemnizar los daños no se limita a los de naturaleza moral, sino también a los daños patrimoniales efectivamente causados, sin perjuicio de las indemnizaciones tarifadas que procedan.”⁵²⁵

⁵²¹ CORRAL, H. Op. cit. p.254- 255.

⁵²² Se ha discutido, por la doctrina, la constitucionalidad e inconstitucionalidad de los sistemas de indemnización tarifada o tasada, señalándose, por los autores que lo rechazan, que sería inconstitucional y atentaría principalmente contra el principio de igualdad ante la ley y la reparación integral del daño. Los autores que defienden su constitucionalidad, argumentan que la ley puede establecer diferencias, siempre que no sean arbitrarias, circunstancia que no ocurriría en este caso, pues hay fuertes razones económicas para tasar la indemnización y, además, la ley puede establecer excepciones a la reparación integral del daño.

⁵²³ CORRAL, H. Op. cit. p.255.

⁵²⁴ El autor Sergio Gamonal Contreras califica a este tipo de despido como abusivo. Op. Cit p. 79.

⁵²⁵ GAMONAL, S. 2000. El Daño Moral por término del contrato de trabajo. Santiago, Editorial Editerm, p. 58

Si tuviéramos que hacer una clasificación de los despidos (y en este punto seguiremos muy de cerca el pensamiento del autor anteriormente citado), tendríamos que hacerlo de la siguiente forma:

Despido Justificado: en el caso en que la terminación de la relación laboral se produzca en virtud de las causales establecidas en el artículo 159, 161 del Código del Trabajo y por desahucio tratándose de los trabajadores señalados en el artículo 161 inciso 2°. Además, existe despido justificado en caso de caducidad del contrato por la concurrencia de las causales enumeradas en el artículo 160 del mismo Código. Es importante destacar que respecto de la terminación justificada de la relación laboral se aplica la nulidad del despido por no pago de las cotizaciones previsionales establecida en el artículo 162 inciso 5° que señala: “Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.”

Despido Injustificado: En este caso se presume que hubo un error de buena fe y si el despido es declarado injustificado, indebido o improcedente, el empleador deberá pagar indemnización por preaviso y por años de servicio, con los aumentos señalados en el artículo 168 del Código del Trabajo que van entre un 30%, 50% a un 80%, dependiendo si se invocó mal la causal del artículo 161, 159 o no se hubiere invocado causal o se aplicó indebidamente una hipótesis de las establecidas en el artículo 160, respectivamente.⁵²⁶ En este caso no se hace aplicable la nulidad del despido por falta de pago de cotizaciones previsionales devengadas. Asimismo, el despido aparentemente injustificado puede derivar en abusivo si, de mala fe, el empleador despide al trabajador por motivos antijurídicos.

Despido Abusivo o Arbitrario: Esta concepción se basa en la teoría del abuso del Derecho, que en este caso sería el uso impropio de la libertad de contratación, consagrado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República. Óscar Ermida define este tipo de despido, como: “aquel que se adopta sin causa justa o motivo justificante (o con motivo o causa desviado, disfuncional o antifuncional), o con mala fe o deslealtad.”⁵²⁷ Esta forma de poner término a la relación laboral configura un actuar de mala fe por parte del empleador, pues pone fin a ella, invocando una causal que no se ha configurado, oculta los verdaderos motivos del despido, no invoca causal alguna o disimula la verdadera causal con objeto de no pagar las indemnizaciones legales. Este autor señala que el despido arbitrario se configura en caso de que no se señale la causal y que en las otras tres hipótesis existe un despido abusivo.

Es así como el Código del Trabajo, en el artículo 168 inciso 2°, al establecer “Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento”, regularía expresamente la posibilidad que le asiste al juez de elevar de manera considerable la indemnización, ante un despido abusivo o arbitrario, aunque también se puede fundamentar, dicha decisión, en principios generales del derecho como lo es la buena fe objetiva, que se aprecia in abstracto,

⁵²⁶ El Código del Trabajo de 1994, en su artículo 168, establecía como único aumento el 20%, sin distinguir entre las causales invocadas.

⁵²⁷ ERMIDA, O. citado por GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p.34.

tomando como referente la conducta del hombre medio. Este tipo de buena fe cobra real importancia en los contratos de tracto sucesivo y, más aún, en los contratos *intuitu personae* como es el contrato de trabajo.

Despido Indirecto: Es aquel establecido en el artículo 171 del Código del Trabajo en los siguientes términos: “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.”

Naturaleza Jurídica de las indemnizaciones del Código del Trabajo

De acuerdo a las conocidas clasificaciones civiles de los contratos diremos que el contrato de trabajo tiene como características el ser consensual, bilateral, oneroso-conmutativo y de tracto sucesivo, característica, ésta última, que es de suma importancia en el Derecho Laboral, ya que da origen a principios como la continuidad y estabilidad en el empleo. Como ya lo observamos, en la historia legislativa del país existe una evolución con relación a la permanencia en el empleo que va de la libertad más absoluta para el despido hasta lo que los autores han llamado libre despido atenuado o de estabilidad impropia o estabilidad precaria o relativa. La Corte Suprema ha sostenido que “la legislación laboral protege y regula una estabilidad relativa en el empleo, contemplando causales específicas por las cuales el empleador o el trabajador pueden poner término a la relación laboral.”⁵²⁸

En virtud de los artículos 162 inciso 4º y 163 del Código del Trabajo, que establecen la obligación de pagar indemnización sustitutiva del aviso previo e indemnización por años de servicio, podría considerarse que existe una responsabilidad del empleador por despido injustificado, pues en estos dos artículos se regula la obligación del empleador de pagar indemnización por la omisión del pre-aviso y la indemnización por años de servicio, en caso de haber invocado como causal las necesidades de la empresa, establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo, o haber desahuciado el contrato de trabajo de los trabajadores señalados en el artículo 161 inciso 2º.

Pero en este punto surge la duda sobre la naturaleza jurídica de las llamadas “indemnizaciones” reguladas por el Código del Trabajo que nacen como consecuencia del término de la relación laboral del modo señalado en el párrafo anterior, acto que, a juicio de Adriana Palavecino y Gabriela Salgado, “pertenece a la categoría de los derechos potestativos y que puede responder a una justa causa o, ser resultante de la voluntad unilateral y arbitraria del empleador”.⁵²⁹

Para hacer un análisis acabado debemos hacer las siguientes distinciones respecto de las indemnizaciones que pueden originarse como consecuencia de un despido:

⁵²⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] Sección 3º p. 147.

⁵²⁹ PALAVECINO, A. y SALGADO, G. 1999. La Indemnización por daño Moral por Despido Injustificado. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 56.

Indemnización Sustitutiva del Aviso Previo

Según Bogliano el preaviso puede ser definido como: “el anuncio que, una de las dos partes en la relación laboral da a la otra, sobre su voluntad de poner finiquito al contrato; tendiendo a proteger: al empleado, en cuanto se le anuncia la inminencia de su cesantía y con ella la necesidad de una preocupación, por su incertidumbre futura y al patrono, a los fines que su empresa pueda suplir con reemplazante, la plaza que habría de quedar desierta”.⁵³⁰

Nuestro Código del Trabajo contempla dos hipótesis en que sería procedente este tipo de indemnización:

7.4.1.a Necesidades de la empresa

artículo 161 inciso 1° “ Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168” y 162 inciso 4°: “cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar precisamente el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.”

7.4.1.b Desahucio

Artículo 161 inciso 2° “En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.”

7.4.1.c Caso despido declarado injustificado, indebido o improcedente:

“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162...”

⁵³⁰ BOGLIANO, P. citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G. Op. cit. [nota 530] p.59.

El Código, en las normas transcritas anteriormente, establece la obligación de aviso previo del empleador, sin embargo, el artículo 159 N° 2 regula igual obligación para el trabajador en caso de renuncia, aunque no regula la responsabilidad del trabajador de pagar una indemnización en el evento de omisión de dicha comunicación. De todos modos, a nuestro juicio, y tal como lo señalan Adriana Palavecino y Gabriela Salgado, “puede el patrón impetrar por la vía civil la acción resarcitoria si la renuncia intempestiva le ocasionare algún perjuicio.”⁵³¹

La doctrina extranjera ha señalado que la naturaleza jurídica de esta indemnización sería un resarcimiento del “lucro cesante previsto y previsible en el momento de la rescisión del contrato de trabajo, por el período ulterior durante el cual el contrato hubiera seguido en vigor, de haber seguido el preaviso su curso regular.”⁵³² La Corte Suprema ha señalado que “tiene por objeto resarcir la pérdida abrupta de la fuente de trabajo y procurar que el trabajador disponga de un lapso prudencial para conseguir una nueva fuente de ingresos.”⁵³³

En nuestro sistema jurídico, el artículo 162 inciso 4° de Código del Trabajo, otorga una obligación alternativa al empleador, permitiendo, en caso de término unilateral de la relación laboral, cumplir con la normativa legal, a su elección, de la siguiente forma: dando aviso por escrito o pagando una suma de dinero que dicho artículo señala. De este modo, si el empleador opta por el pago de una indemnización equivalente a la última remuneración devengada se exonera de la obligación de dar aviso y no habrá ninguna obligación de hacer incumplida.

La opción comentada anteriormente, sin embargo no le asiste en el caso señalado en el artículo 168 del Código del Trabajo, porque ante la resolución del tribunal que declare que el despido fue injustificado (artículo 159) o indebido (artículo 160) la ley le ordena pagar la indemnización establecida en el artículo 162 inciso 4° y aquellas establecidas en el artículo 163. La obligación alternativa en este caso no existe por la imposibilidad de dar preaviso, quedando sólo la posibilidad del pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo.

A la luz del derecho positivo chileno, creemos que la posibilidad de reclamar indemnización sustitutiva del aviso previo, nace luego de que el empleador ha optado por una de las dos alternativas que le entrega el artículo 162° inciso 4° del Código del Trabajo, pues al no dar aviso, con a lo menos treinta días de anticipación, sólo le queda como opción el pago de una suma de dinero que indemnice al trabajador ante el término intempestivo de la relación laboral.

El carácter resarcitorio de esta prestación es discutible desde nuestra perspectiva, pues, en principio, sólo procede ante un despido en virtud de la causal necesidades de la empresa, aplicable a cualquier trabajador, y de desahucio, aplicable exclusivamente a los trabajadores señalados en el artículo 161 inciso 2°. En los demás casos debe existir una resolución del Tribunal que declare que el despido fue injustificado o improcedente. A ello hay que agregar que en su determinación no se considera elementos que sirvan para establecer el perjuicio efectivamente causado al trabajador, al señalar que la indemnización será equivalente al monto de la última remuneración percibida. Lo anterior se puede resumir

⁵³¹ PALAVECINO, A. y SALGADO, G. Op. cit. [nota 530] p. 60.

⁵³² RIVA, S., citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G. Op. cit. [nota 530] p.61.

⁵³³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] p.151.

en la siguiente idea “una obligación dineraria que se paga con abstracción de que exista o no, lesión de un bien jurídico no es, estrictamente hablando, una indemnización.”⁵³⁴

Indemnización por Años de Servicio

Ésta puede ser definida como: “aquella prestación pecuniaria, cuyo monto equivale a treinta días de remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses prestados continuamente a un mismo empleador, con un límite de trescientos treinta días, o la suma superior que hubieren pactado las partes, que obligatoriamente debe pagar el empleador al momento de poner término a la relación laboral...”⁵³⁵

La indemnización por años de servicio se encuentra establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo, a lo que hay que agregar los casos regulados por el artículo 168 del Código del Trabajo el que prescribe: “El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere...”

Además, cabe hacer mención al artículo 164 del Código del Trabajo que regula lo que en doctrina se ha llamado indemnización sustitutiva a todo evento al establecer que a contar del séptimo año de relación laboral las partes pueden sustituir la indemnización por años de servicio por una que será pagadera cualquiera sea la causal que se invoque para el término del contrato de trabajo, pero solamente por el período entre los años séptimo y decimoprimeros y sobre una base imponible máxima de 90 unidades de fomento.⁵³⁶ El Presidente de la República en el Proyecto de la Ley 19.010, cuerpo legal que estableció este derecho señaló: “Finalmente, en relación con las indemnizaciones vinculadas a la terminación del contrato de trabajo, el proyecto innova en una materia de la mayor significación y trascendencia para los trabajadores. Actualmente, la ley asocia el pago de indemnización por años de servicio sólo al evento del despido.

Dicha circunstancia, introduce un elemento de distorsión en las relaciones laborales y no refleja el mecanismo de cobertura más adecuado para otras formas en que puede terminar el contrato de trabajo. En efecto, considerándose que el riesgo de despido es mayor en los primeros años de la relación laboral, es probable que trabajadores con más antigüedad en la empresa, y por ende, con menor riesgo de despido, prefieran con los años una cobertura para otros eventos cada vez más pertinentes para ellos, como son eventualmente la renuncia, la jubilación o la muerte.”⁵³⁷

Las indemnizaciones por años de servicio pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

⁵³⁴ PALAVECINO, C. Op. cit. [nota 518] p.69.

⁵³⁵ PALAVECINO, A. Y SALGADO G. Op. cit. [nota 530] p. 67.

⁵³⁶ Al respecto cabe tener presente que el artículo 167 del Código del Trabajo permite pactos cuyo objeto sea la indemnización por años de servicio, siempre que no afecte aquella establecida por la ley. De este modo se puede celebrar un acuerdo incluso por las indemnizaciones de los seis primeros años, respetando los topes y condiciones legales.

⁵³⁷ CONGRESO NACIONAL. [en línea] < <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> > [consulta: 13 de enero de 2005.]

Según el monto: podemos distinguir entre: montos fijos y variables. La primera de ellas existe en aquellas legislaciones en que al término unilateral del contrato, la ley determina el monto de indemnización que el empleador deberá pagar al trabajador, pudiendo absolutamente fija o variar, por ejemplo, si se toma en cuenta elementos como la antigüedad. En cambio, en el caso de la indemnización de monto variable, existe la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios ante los tribunales de justicia.

El Código del Trabajo, en su artículo 163 inciso 2º establece una indemnización de monto fijo, pero en su cálculo se considera el parámetro de los años de servicio, con un tope de trescientos treinta días de remuneración.

Según su origen: puede ser legal o contractual, (contrato individual o colectivo); y tratándose de la contractual, puede ser sustitutiva de la legal⁵³⁸ o supletoria de aquella. Esta clasificación fluye del artículo 163 del Código del Trabajo que señala: “Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a...”

Los autores al estudiar la indemnización por años de servicio han elaborado una serie de doctrinas acerca de la naturaleza jurídica de esta prestación, las que expondremos, brevemente, a continuación:

7.4.2.1) Premio a la fidelidad

Concibe la indemnización como una retribución a los esfuerzos con que el trabajador ha desempeñado sus funciones durante algún tiempo. Esta postura es adoptada por la Corte Suprema al señalar que “la indemnización por años de servicio, como ya se ha dicho por este Tribunal, posee como elementos determinantes el tiempo y el monto de la última remuneración (...) y compensa el lapso durante el cual el dependiente ha invertido su fuerza de trabajo para con su empleador.”⁵³⁹

Este planteamiento teórico es criticado porque el premio a la fidelidad requiere que el contrato de trabajo haya estado vigente durante un tiempo importante, siendo insuficiente el plazo de un año que contempla la ley.

7.4.2.2) Salario diferido

Según esta tesis cada mes, y cada año, parte de la remuneración del trabajador no le sería entregada, acumulándose para ser pagada una vez finalizada la relación laboral.

Contra esta explicación Pozo señala “Si se tratare de un salario diferido que forma parte de la remuneración por haber sido descontado durante el curso de la relación de trabajo

⁵³⁸ La Ley 6.020 de 1937 reguló un sistema que se asimila con la indemnización sustitutiva, pues se reguló la obligación del empleador de cotizar, en la Caja de Previsión de Empleados Particulares, un porcentaje de 8,33% de las remuneraciones cuyo monto podía ser retirado al término de la relación laboral.

⁵³⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] p.151.

tendría derecho a su remuneración tanto el empleado despedido como el renunciante, para quien, dentro del ordenamiento jurídico, no existe tal facultad.”⁵⁴⁰

7.4.2.3) Mayor valor de la empresa o restitución de la riqueza aportada

Al trabajador se le debe una parte del incremento que experimenta cada año la empresa. “Esta teoría, que parece fundarse sobre el principio marxista del *plus* valor, ha encontrado amplia acogida en Brasil, bajo el nombre de teoría del crédito, especialmente por mérito del profesor Adamastor Lima, el empleado, colaborando en la industria y en el comercio, adquiere un derecho de crédito sobre el establecimiento que él ayuda a formar y a engrandecer. Este crédito está en proporción con el tiempo de servicio prestado. En el caso de despido injustificado, la indemnización representa el resarcimiento de la pérdida de un derecho adquirido.”⁵⁴¹

Este postulado teórico ha sido criticado porque existen situaciones en que la empresa pierde su valor, tiene pérdidas e incluso puede caer en quiebra y la indemnización es igualmente procedente.

7.4.2.4) Daño a la antigüedad:

Según el profesor Sergio Gamonal Contreras “al dejar el trabajador su empleo pierde todos los beneficios que los años de servicio le depararon, por lo cual debe ser compensado por ello.”

Esta teoría recibe como crítica que de ser correcta procedería su pago también en caso de renuncia del trabajador.

7.4.2.5) Resarcimiento del daño:

El fin que tendría la indemnización por años de servicio sería resarcir el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del despido. Esta teoría tiene como característica esencial la consideración del perjuicio sufrido por el trabajador para la determinación del monto de la indemnización, situación que no encuentra asidero en nuestro sistema jurídico laboral, pues existe una indemnización tarifada en donde los únicos elementos que se consideran son: la remuneración del trabajador y el tiempo servido. La consideración del perjuicio para los efectos de determinación del monto de la indemnización la haría improcedente en el caso de que el trabajador lograra un nuevo empleo con mejores condiciones en un corto tiempo.

7.4.2.6) Pena impuesta al empleador:

El término arbitrario del contrato de trabajo es un acto ilícito prohibido por la ley, generándose el deber del empleador de indemnizar el daño causado.

Esta tesis es criticada porque existen casos en que el despido es justificado y de igual forma procede la indemnización por años de servicio. “En efecto, el empleador puede poner término a la relación de trabajo, respecto de cierta clase de trabajadores, por simple “desahucio”; esta es una facultad que le otorga el artículo 161, y por consiguiente, al ejercerla, obra dentro del campo de lo lícito. Y sin embargo, debe igualmente pagar a estos trabajadores la indemnización por años de servicio, la cual queda, desde la perspectiva de

⁵⁴⁰ Citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p. 81.

⁵⁴¹ DEVEALI, M. citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G. Op. cit.[nota 530] p. 82.

la teoría en estudio, sin fundamento ni explicación.”⁵⁴² A esto hay que agregar que el artículo 168 señala que si se hubiere invocado alguna de las causales establecidas en los artículos 159 ó 160 y el empleador no hubiere logrado acreditarla en juicio se debe entender que terminó de conformidad al artículo 161 del Código del Trabajo (necesidades de la empresa o desahucio.)

7.4.2.7) Previsión y asistencia social:

Se ha dicho que la indemnización por años de servicio es una suerte de seguro contra la desocupación, ya que la obligación de pagar indemnización por años de servicio tendría un fin de freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal y, además, permite que el trabajador haga frente a las necesidades de la vida, por lo que tiene cierto parecido al seguro de desempleo. Ernesto Krotoschin opina que “la indemnización por antigüedad o despido, es una prestación asistencial destinada a compensar al trabajador por el desgaste sufrido en su trabajo, a través de los años, así como a procurarle un amparo inmediato por la pérdida de su fuente de laboral.”⁵⁴³

7.4.2.8) Integración o complemento del preaviso:

Parte de la premisa de que el término de la relación laboral es más perjudicial para el trabajador que para el patrono y por esta razón los períodos de preaviso fueron ampliados. Esta situación producía problemas en la empresa, por lo que se introdujo el reemplazo de parte del preaviso por una suma de dinero a título de indemnización.

El fundamento para criticar esta postura es que si bien la indemnización de preaviso y de años de servicio comparten la misma naturaleza, la diferencia radica en la diversa finalidad que persigue cada una de estas indemnizaciones, pues la primera de ellas busca que el trabajador logre una ocupación y la segunda tiene como fin cubrir otros perjuicios. Esto porque se determinó que la indemnización por preaviso no ponía fin a los casos de despido injusto, sino que a los casos de despido brusco, razón por la cual se creó la indemnización contra el acto injustificado del despido.

7.4.2.9) Responsabilidad Sin Culpa o del Riesgo Profesional:

Esta tesis señala que el riesgo de la cesantía produce responsabilidad sin culpa para el empleador. Se recoge la teoría del riesgo de empresa “al considerar a empleadores y trabajadores como miembros de una comunidad de intereses, en la cual cada uno obtiene ventajas y debe soportar riesgos.”⁵⁴⁴

Se critica esta doctrina señalando que, para que sea procedente la indemnización por años de servicio sería necesario, teóricamente un hecho imputable al empresario que consiste en romper injustificadamente una relación laboral, debiendo responder por los daños que el acto querido provoque y no existe en realidad la cobertura de un riesgo profesional. Esta objeción no puede ser extrapolada a nuestro ordenamiento jurídico, pues el pago está condicionado al despido injustificado, pero también a una causal justificada de terminación.

7.4.2.10) Teorías Eclécticas:

⁵⁴² PALAVECINO, A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p. 76.

⁵⁴³ Citado por GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p.44.

⁵⁴⁴ GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p. 44.

Entre estas teorías tenemos las siguientes:

Combinación entre previsión social y salario diferido.

Reparación de daños, previsión social y salario diferido.

Institución de naturaleza compleja, combinación de sanción al empresario y protección económica al trabajador⁵⁴⁵; indemnización por daños y perjuicios, riesgo de desocupación, salario diferido y antigüedad del trabajador en la prestación de servicios⁵⁴⁶; premio a la permanencia, indemnización por daños y perjuicios, previsión contra el desempleo.⁵⁴⁷

Institución de naturaleza mixta con un componente de premio a la antigüedad y forma de previsión.

Habiendo terminado con esta sucinta revisión a las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicio, debemos decir que en Chile la evolución legislativa reseñada al comienzo de este capítulo nos lleva a pensar que ha existido responsabilidad directa del empleador por el despido (Código de 1931); salario diferido (Ley N° 6.020 de 1937); resarcimiento del daño (Ley 16.455 de 1966); con finalidad retributiva y previsional (D.L. 2.200 de 1978), resarcimiento del daño (Código de 1987)⁵⁴⁸ y de naturaleza compleja compuesta de premio a la fidelidad, previsión y asistencia social y como fundamento de la estabilidad relativa impropia (Ley N° 19.010 de 1990 y Código de 1994.)⁵⁴⁹

Como lo señalamos al inicio de la revisión de la indemnización por años de servicio, puede ocurrir que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes hayan acordado una indemnización sustitutiva a todo evento, en cuyo caso estamos ante un salario diferido, pues existe una parte de la remuneración que no le es pagada cada mes al trabajador, sino que le será cancelada al finalizar la relación laboral, sin importar el motivo de ésta.

A juicio del profesor Sergio Gamonal “la existencia de esta indemnización por aplicación de las causales de necesidades de la empresa y de desahucio (de carácter excepcional para ciertos trabajadores), diferencia este sistema de término de contrato de un sistema de libre despido, configurando una estabilidad relativa impropia (que no es lo mismo que inamovilidad), ya que para el empleador despedir a un trabajador puede implicar un costo económico que, en algunos casos, no es menor. Desde esta perspectiva la indemnización obedecería a una finalidad de “promoción de la estabilidad en el empleo”, sin perjuicio de que la amplitud de la causal de necesidades de la empresa (de uso común en la práctica) permita bastante flexibilidad en materia de despido.”⁵⁵⁰

De este modo, y de acuerdo con las causales contempladas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, el despido puede ser “con o sin <<justa causa>>”, siendo distintas las situaciones que se presentan, con relación a la responsabilidad del

⁵⁴⁵ HERNAINZ, citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p. 83

⁵⁴⁶ CABANELLAS, G. citado por PALAVECINO, A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p. 83

⁵⁴⁷ CALDERA, R. 1960. Derecho del Trabajo. 2° Edición. Tomo 1. Buenos Aires. Librería El Ateneo Editorial, p. 397 y 398.

⁵⁴⁸ El Código de 1987, además, contemplaba la posibilidad de pago anticipado de la indemnización en cuyo caso estamos ante un caso de salario diferido.

⁵⁴⁹ El Mensaje del Proyecto de la Ley 19.010 de 1990, señala que la indemnización por años de servicio constituye la principal fuente de subsistencia económica durante el período de cesantía. Véase apartado Seguro de Cesantía.

⁵⁵⁰ GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p.49.

ejecutor del acto; en el primer supuesto- ejercicio lícito de un derecho al amparo de la ley como justa reacción ante una conducta del trabajador- no existe responsabilidad alguna; pero, cuando dicha voluntad es ejercida sin causa que lo justifique, el despido trae como consecuencia la responsabilidad de su ejecutor.”⁵⁵¹

A nuestro juicio, del análisis de las normas que actualmente regulan las prestaciones al término de la relación laboral, se puede concluir que la indemnización por años de servicio dista mucho de ser resarcitoria, pues no satisface el daño emergente, ni el lucro cesante, ni el daño moral derivado del despido. Además en la determinación de su quantum se toma en cuenta solamente la antigüedad en el trabajo y se prescinde de los elementos que hacen procedente la indemnización de perjuicios, y sobre todo del daño que es aquel componente que contemporáneamente ha cobrado más importancia.

Una postura totalmente contraria a la nuestra sostiene la Corte Suprema en sentencia de reemplazo de 12 de julio de 2001 al conocer de un reclamo de indemnización por daño moral provocado por despido, al resolver que “en materia laboral deriva la ley de la pérdida del puesto de trabajo por causa ilegal una reparación del daño, con carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo, con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que el mismo siempre se produce tanto en el campo laboral como afectivo inmaterial.” Prosigue dicho fallo: “En cuanto al importe de la indemnización, aunque 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, de manera que no se trata de cuantificar el quantum en el sentido de incluir el daño emergente (material y *pecunia doloris*) y el lucro cesante, sino dar por supuesto que el daño se ha producido y él mismo debe ser reparado, pero con un criterio de valoración *ex lege*.”⁵⁵²

Sin embargo, el Ministro señor Libedinsky agregó, sin disentir de la opinión mayoritaria: “que si bien las indemnizaciones derivadas de un despido injustificado por parte del empleador están, en principio, limitadas por las normas que el Código del Trabajo fija en su Título V del Libro I, ellas no excluyen que, en casos especialmente – si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido- pueda reconocerse en favor de este último una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral.”⁵⁵³

Los aumentos legales de la indemnización por Años de Servicio

Creímos aconsejable, para un tratamiento sistemático adecuado, mencionar en forma separada los aumentos que el artículo 168 ordena aplicar al juez en las diversas hipótesis de despidos injustificados, indebidos o improcedentes, abusivos y en caso de despido indirecto o autodespido.

Este aumento de las indemnizaciones legales, según el profesor Sergio Gamonal Contreras, en su obra “El daño moral por término de contrato de trabajo,”⁵⁵⁴ cumpliría, a igual que la indemnización por años de servicio, funciones de previsión y asistencia social, de premio a la fidelidad, pena o sanción al empleador irresponsable en caso de un despido injustificado, indebido o improcedente; de resarcimiento del daño en caso del

⁵⁵¹ BOGLIANO, P., citado por PALAVECINO A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p.56.

⁵⁵² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] p.151.

⁵⁵³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Op. cit. [nota 353] p.152.

⁵⁵⁴ GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p. 53.

despido indirecto. Pero, el artículo 168 no contempla la posibilidad, que otorgaba el Código de 1987, que el juez establezca y cuantifique incidentalmente el daño de origen patrimonial y extrapatrimonial efectivamente causado al trabajador.

En nuestra opinión, estos aumentos legales cumplen función de sanción, pues el Mensaje con que el Presidente de la República envió el proyecto de la Ley 19.010, publicada el 29 de noviembre de 1990, señala que “No obstante, si el trabajador considera que la aplicación de cualquiera de las causales de terminación establecidas en el proyecto de ley ha sido injustificada e indebida, -incluida la causal vinculada a las necesidades de funcionamiento de la empresa -, y el tribunal respectivo así lo declare, la indemnización que corresponde pagar al empleador será el equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada, aumentada en un 25%. Sin perjuicio de ello, como adecuada sanción y en prevención de la aplicación abusiva que el empleador hiciere en particular de las causales contenidas en los Nos. 1.- y 6.- del artículo 2º del proyecto, -esto es, falta de probidad y similares y perjuicio material a los bienes de la empresa-, la indemnización será fijada por el juez de la causa y su monto mínimo será el indicado precedentemente.”⁵⁵⁵

El hecho de que sea una sanción no excluye la posibilidad de que sea una indemnización por el daño causado, sin embargo creemos que dada la naturaleza accesoria de la indemnización por años de servicio, no tiene un fin resarcitorio ni menos compensatorio, pues los elementos considerados en su cálculo son extraños al perjuicio efectivamente causado por la invocación de causales tan graves, al tener como base la indemnización por años de servicio, prestación que ya fue analizada anteriormente.

A modo de resumen, podemos decir que la discusión se centra en dos posturas:

Aquellas que señalan que las indemnizaciones establecidas en el Código del Trabajo tienen la naturaleza jurídica señalada. Los que adhieren a esta postura señalan como fundamento primordial el texto de la Ley que le da esa denominación y la evolución legislativa en la materia, la que ya reseñamos en párrafos anteriores, en donde cobra principal trascendencia el artículo 168 inciso 3º del actual Código que vino a modificar el artículo 162 de la Ley 18.620 que establecía la posibilidad de indemnización de los perjuicios provocados por la invocación de una causal maliciosa, la que sería regulada incidentalmente por el juez, estableciendo, en subsidio, solamente la facultad de aumentar en un porcentaje que fluctúa entre el 50% y el 100% lo que resarciría todo el perjuicio provocado al trabajador con ocasión del despido. Como consecuencia de esta postura se deriva que el trabajador afectado por el despido no puede reclamar más indemnizaciones que las establecidas en el Código del Trabajo, rechazando de este modo el cúmulo de indemnizaciones, esto es, que la víctima reciba una doble compensación por el daño recibido.⁵⁵⁶

Por otro lado, y con una postura que compartimos, están aquellos que señalan que en este caso no existe cúmulo, pues las “indemnizaciones” establecidas en el Código del Trabajo, y que se originan a causa del despido, no tienen tal naturaleza, pues no atienden al perjuicio efectivamente causado al trabajador (el que incluso puede no existir), no se analiza la relación de causalidad que debe existir entre el acto del despido y el daño, no considera la culpa o dolo con que pudo haber actuado el empleador y atiende a parámetros

⁵⁵⁵ CONGRESO NACIONAL. [en línea] < http://sil.congreso.cl/pags/index_.html >[consulta: 13 de enero de 2005]

⁵⁵⁶ El cúmulo de responsabilidades tiene dos acepciones: la primera de ellas dice relación con la posibilidad de recibir una doble indemnización por el daño sufrido, y la otra que consiste en determinar si el daño o perjuicio derivado de la inejecución de una obligación contractual puede entrañar en las relaciones de los contratantes una responsabilidad delictual, o sea, si el contratante perjudicado puede optar entre la acción contractual o la extracontractual.

que a todas luces le quitan el carácter de indemnización al considerar solamente el tiempo de prestación de los servicios y la remuneración percibida por el trabajador, criterios que se corresponden, de mejor forma, con un premio a la fidelidad, previsión y asistencia social, como fundamento de la estabilidad relativa impropia y de sanción legal tratándose de los recargos que ordena la ley.

Seguro de Cesantía

El 14 de mayo de 2001 se publicó la Ley N° 19.728, que establece un Seguro de Desempleo. Dentro de las consideraciones del Mensaje que contenía el proyecto de dicha ley (Boletín 2.494-13) se señalaba que: “el sistema de protección chileno de la cesantía se establece mediante dos modalidades claramente definidas. Una de ellas es el establecimiento de un sistema de indemnización legal por años de servicio financiado directamente por el empleador, de conformidad con las normas del Código del Trabajo. La segunda modalidad se encuentra representada bajo el pago de una suma fija de dinero de cargo del Estado, destinada a paliar durante un tiempo determinado la situación del trabajador cesante.”

En este escenario la mencionada ley vino a establecer un sistema que favorece a los trabajadores regidos por el Código Laboral, que inicien o reinicien actividades con posterioridad al 1° de mayo de 2002, con exclusión de los trabajadores de casa particular, los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, los menores de 18 años y los pensionados.

En su artículo 4° este cuerpo legal señala que los derechos otorgados por ella son compatibles con aquellos establecidos por el Código del Trabajo para el caso de terminación del contrato de trabajo, sin perjuicio del derecho de imputación conferido en el artículo 13 de dicha ley en caso de término de la relación laboral en virtud de alguna de las causales establecidas en el artículo 161 del Código Laboral. La imputación a que se hace mención se traduce en la facultad que tiene el empleador de descontar del monto a pagar como indemnización por años de servicio, aquella suma que él haya hecho en la Cuenta Individual de Cesantía más su rentabilidad, descontados los costos de administración.

Del texto de la ley se colige que el seguro de desempleo vino a proteger a los trabajadores frente a la contingencia de la cesantía, especialmente a aquellos trabajadores que no tienen derecho a indemnización por años de servicio, como es el caso de término de contrato de trabajo por causales objetivas (cumplimiento del plazo o caso fortuito), renuncia, mutuo acuerdo o en caso de muerte del trabajador y en los casos señalados en el artículo 160 del Código del Trabajo.

De este modo, podemos decir que la naturaleza jurídica del seguro de desempleo dependerá de si el trabajador tiene o no derecho a la indemnización por años de servicio. En otras palabras el seguro de cesantía cumple un fin de “previsión y asistencia social” en aquellos casos en que no procede el pago de indemnización por años de servicio, pero tratándose aquellas situaciones en las cuales la ley autoriza la imputación de las cotizaciones hechas por el empleador, el seguro de desempleo tendrá la naturaleza jurídica que se le atribuye a las indemnizaciones por años de servicio.

Según datos entregados por la Administradora de Fondos de Cesantía, el número de afiliados al 03 de septiembre de 2004, es de 2.802.192 trabajadores, de este total sólo

73.646 se han afiliado voluntariamente, equivalente al 3%, y el restante 97%, esto es, 2.728.546 trabajadores se han visto en la obligación de afiliarse.

Del total de afiliados, el menor porcentaje se encuentra en las regiones XI y XII, con un 1% cada una, mientras que el mayor número de afiliados se encuentra en la Región Metropolitana con un 40%.

En relación a la distribución por rama productiva, la AFC ha entregado la siguiente información: Servicios estatales, sociales y personales e internacionales: 18%; agricultura, silvicultura y pesca: 18%; Comercio por mayor: 7%; comercio por menor: 9%; construcción: 18%; electricidad, gas y agua: 0%; finanzas y servicios técnicos y profesionales: 16%; industria y manufacturas: 9%; minas, petróleo y canteras: 1% y establecimientos que expenden comidas y bebidas: 4%.

En lo referido al pago del seguro de cesantía, tenemos que el número de solicitudes canceladas, a septiembre de 2004, fueron de 430.716, total que se desglosa en: 4.060 correspondientes a contratos indefinidos, fondo solidario; 22.847 que dicen relación con contratos indefinidos, cuenta individual, y 402.707 pertenecientes a contratos a plazo fijo o por obra. El saldo de 1.102 corresponde a fallecidos y pensionados.

De este modo, podemos concluir que el mayor número de solicitudes pagadas por las Administradoras de los Fondos de Cesantía corresponden a trabajadores que no tienen derecho a indemnización por años de servicio, de manera tal que ha actuado como un subsidio de asistencia social ante la contingencia de la cesantía. A esto debemos agregar que el número de voluntarios afiliados al sistema es bajo (sólo 3%), a nuestro juicio, por el desconocimiento de la forma en que opera el sistema. Llama la atención la baja afiliación del sector de electricidad, gas y agua, lo que nos lleva a pensar que los trabajadores de dicha rama productiva cuentan con contratos de trabajo 1° de mayo de 2002 o se relacionan informalmente, quedando al margen del sistema.

Fundamentos Doctrinarios y Jurídicos de la procedencia de la indemnización por Despido Injustificado

En el afán de encontrar fundamentos que harían procedente la indemnización por despido injustificado, encontramos algunas obras que han abordado el tema sólo respecto de la procedencia de la indemnización por daño moral causado al trabajador por el término de la relación laboral, sin embargo creemos que dichas normas sirven, además para fundamentar el resarcimiento de los daños patrimoniales, ya sea propiamente tales o aquellos que tienen su origen en perjuicios extrapatrimoniales, que este acto produzca.

Recogiendo la opinión de los autores, encontramos que para el profesor Sergio Gamonal Contreras, en su obra "El daño moral por término del contrato de trabajo", el fundamento es la necesidad de proteger la personalidad del trabajador. Para este autor la procedencia de la indemnización de los perjuicios (morales) se basaría en el "contenido ético jurídico del contrato de trabajo" compuesto por bienes de carácter extrapatrimonial o moral de este contrato, lo que trasunta al plano jurídico, todo ello como consecuencia de la

naturaleza *intuitio personae* de éste⁵⁵⁷ y que muy bien describe Alain Supiot al decir que es “una combinación de las nociones de cambio y de vínculo personal.”⁵⁵⁸ Para dilucidar este contenido debemos considerar que el Derecho del Trabajo fue producto de la confluencia de dos culturas: la romanista, que consideraba al contrato de trabajo como un intercambio entre personas iguales, dejando su regulación en manos del Derecho Civil; y por otro lado la cultura germánica que conoció el contrato de vasallaje a consecuencia del cual se producía una relación casi familiar con un fuerte componente de fidelidad, llegando, incluso, a crear una relación estatutaria. Es de esta última cultura desde donde procedería el contenido ético jurídico, el que estaría reconocido en normas del Código Civil y en normas del Código del Trabajo, especialmente en lo que dice relación con las causales que habilitan para poner término a la relación laboral y que están contenidas en el artículo 160 N° 1, 5 y 6.

Sostenemos, además, que las llamadas indemnizaciones laborales no tienen, en rigor, el carácter de tales. Por esto, entre otras razones, no son reguladas en el Código del Trabajo, por lo que debemos recurrir al Derecho Constitucional y a las normas del Código Civil, que configuran, como se dijo, el derecho común en materia de responsabilidad, para fundamentar las pretensiones indemnizatorias que haga valer el trabajador, solicitando reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento. Es así como en el plano netamente normativo, los preceptos de carácter constitucional que harían procedente la indemnización por despido injustificado, se encuentran contenidas básicamente en el artículo N° 7 letra i) al regular la posibilidad de reclamar indemnización por los daños patrimoniales y morales en caso de haberse dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en causa en que alguien hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria; el artículo 38 inciso 2° que establece la posibilidad de ser indemnizado por el Estado en los casos en que su administración, sus organismos o municipalidades hayan lesionado sus derechos; el artículo 19 N° 24 inciso tercero al señalar una excepción a la indemnización del daño moral en caso de expropiación, pues se señala que tiene derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado; y finalmente, los numerales 1° y 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental en cuyo texto se protege el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, y el respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y su familia.

Por su parte el profesor Ramón Domínguez Águila señala que: “En efecto, por nuestra parte entendemos que bajo la actual Constitución, la reparación del daño moral – al menos en alguna de sus manifestaciones- tiene su fundamento en las garantías del artículo 19, en particular, en la del número 1, que asegura, como primera de todas las garantías, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Es claro que el daño moral, en una de sus manifestaciones más clásicas, como *pretium dolore*, como las preocupaciones y desagradados que el hecho dañoso causa a la víctima, causa un claro atentado a la integridad psíquica de la persona. Por lo mismo, su reparación íntegra queda amparada por esta garantía.”⁵⁵⁹

Agrega, el mismo autor, que otras manifestaciones del daño extrapatrimonial pueden ser provocadas por conductas contrarias a la honra, la moral, o la dignidad del sujeto y que

⁵⁵⁷ Los deberes que componen el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, para el empleador, son: deber de respeto y dignidad del trabajador, deber de protección del dependiente, deber de higiene y seguridad, deber de ocupación adecuada, deber de capacitación y educación, deber de previsión, deber de fidelidad y lealtad recíproca.

⁵⁵⁸ SUPIOT, A. Citado por GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p. 19.

⁵⁵⁹ DOMINGUEZ, R. Op. cit. [nota 521] p.25

en tal caso el fundamento sería el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.⁵⁶⁰

Además, señala que si una norma legal impidiese la efectiva y total reparación del daño moral sería contraria a las garantías indicadas anteriormente y que quedaría anulado por lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental que impide que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten fuera de los casos autorizados en su cuerpo, puedan afectar los derechos en su esencia, imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.⁵⁶¹ De este modo, de acuerdo con los artículos 19° N° 1, 4 y 26; 5° inciso 2°⁵⁶²; 6° y 7° de la Constitución Política de la República debemos entender, según el mismo autor, que la indemnización tarifada establecida en el Código del Trabajo sería inconstitucional, debiendo ser desconocida por el juez, pues tiene la obligación de hacerlo en caso de que vulnere el Derecho.

Las abogadas Adriana Palavecino Cáceres y Gabriela Salgado Pérez, señalan como fundamentos para la procedencia de la indemnización por daño moral producto del despido, además del artículo 19 N° 1 y 4 de la Constitución Política de la República, los numerales 3° y 20° del mismo precepto agregando que: “todo daño patrimonial o extrapatrimonial que sufra el trabajador, no estando obligado a soportarlo, es antijurídico, y por lo tanto, resarcible, e implica una carga desigual que vulnera las garantías jurídicas de la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 3) e igual repartición ante las cargas públicas (artículo 19, N° 20) que la Carta Fundamental reconoce expresamente. El trabajador que experimenta un daño sin estar obligado a soportarlo se ve privado o menoscabado en lo suyo, en su ser o en su tener, en su persona o en su patrimonio, lo cual, a su turno, vulnera su derecho de propiedad, el cual debe ser limitado en los casos y formas que establezca la ley, según lo preceptuado en el artículo 19, N° 24 de la Constitución. Por consiguiente es un imperativo constitucional que sea reparado.”⁵⁶³

Además, debemos considerar aquellas normas contenidas en el Código Civil que dicen relación básicamente con el principio de buena fe, principio que es transversal en nuestro sistema jurídico. Es así como aparece el artículo 1.546 del Código Civil que señala: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.” El principio consagrado en este artículo reconocería el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, aunque hay autores como Thayer y Novoa que consideran que tal contenido no es un elemento de la naturaleza del contrato laboral, sino que es una cosa de la esencia de acuerdo al artículo 1.444 del Código Civil. A las disposiciones anteriormente señaladas hay que agregar el artículo 2.314 del Código Civil que establece: “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

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

⁵⁶¹ DOMINGUEZ, R. Op. cit. [nota 521] p.26.

⁵⁶² El Convenio N° 158 de la OIT, que no se encuentra ratificado por Chile, en su artículo 4° señala que no se pondrá término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El artículo 10, del mismo instrumento, establece la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en determinadas situaciones que el mismo artículo señala. Asimismo las Recomendaciones de la OIT N° 119, de 26 de junio de 1963, y N° 166 de 22 de junio de 1982, que reemplazó a la primera, establecen la posibilidad de indemnizar al trabajador despedido.

⁵⁶³ PALAVECINO, A. y SALGADO, G., Op. cit. [nota 530] p. 107.

le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” y el artículo 2.329 del mismo cuerpo legal que sanciona: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

7.7 Estatuto Jurídico aplicable a la Indemnización por Despido Injustificado

Existe, en doctrina, una corriente minoritaria que pretende unificar las responsabilidades contractual y extracontractual, esgrimiendo como una de las razones fundamentales para ello, la existencia de casos llamados “zonas fronterizas de responsabilidad” y la consideración del concepto central, que el “daño a indemnizar” es uno, cualquiera sea el hecho que lo origine. Sin embargo, debemos tener presente que más allá de desemejanzas establecidas por la ley, existen algunos importantes criterios diferenciadores entre ambos estatutos, elaborados por la jurisprudencia, que dicen relación, entre otras cosas, con los perjuicios que debe cubrir la indemnización, pues en materia de responsabilidad extracontractual se ha aceptado sin objeciones la posibilidad de reclamar reparación por el daño moral sufrido por la víctima del hecho doloso o culposo, postura que es resistida, en alguna medida, en el campo de la responsabilidad contractual. A este importante argumento debemos agregar aquel establecido en el artículo 2.330 del Código Civil que señala “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.” Creemos que la diferenciación entre ambos estatutos de la responsabilidad civil, en el estado actual de la dogmática, se justifica plenamente, puesto que además de los importantes argumentos aportados por la jurisprudencia y que se derivan de la ley, existe una fundamental diferencia que estriba en el hecho de que al responsabilidad contractual, existe un vínculo elaborado convencionalmente, que define el marco de las obligaciones recíprocas entre sus partes.

De este modo, y como lo sostiene la mayoría de la dogmática, existe una responsabilidad que se origina en el incumplimiento de las prestaciones que debieron realizar en virtud de lo acordado en un contrato, acuerdo de voluntades celebrada libremente. Por otro lado, la responsabilidad extracontractual es independiente de la existencia de una obligación preexistente, su origen está en el incumplimiento de un deber general de no dañar. Estas ideas se pueden resumir en la frase de Atilio Alterini “la culpa contractual es un efecto de la obligación, mientras que en cambio la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.”⁵⁶⁴

Dentro de las llamadas “zonas fronterizas de responsabilidad”, esto es casos difíciles de clasificar como de responsabilidad contractual o extracontractual, está aquella que se origina como consecuencia de un despido injustificado.

Tratando de establecer el estatuto jurídico por el cual se debe reclamar el resarcimiento de los perjuicios nos encontramos con autores que sostienen una y la otra postura.

7.7.1 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Contractual

Autores como Alessandri y Leslie Tomasello sostienen que en este caso se estaría incumpliendo una obligación contractual, pues se cumple con los requisitos que hacen

⁵⁶⁴ ALTERINI, A. 1979. Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, p.28.

procedente este estatuto jurídico como es la existencia de un contrato, una de las partes ha sufrido un perjuicio como consecuencia del acto de la otra parte y el daño proviene de la inejecución de ese contrato u obligación. Tomasello sostiene que ante un despido basado en falsas causales de terminación el trabajador tiene la posibilidad de reclamar la indemnización por el daño moral que se le ha causado, señalando “Tendríamos, por lo tanto, un caso de daño moral que debería ser objeto de la correspondiente indemnización y, en nuestro concepto, este daño moral es contractual y la indemnización debería regirse por las reglas de la responsabilidad contractual, pues no cabe ninguna duda que el daño moral ha sido ocasionado por una infracción a las reglas que rigen el contrato en lo que se refiere a su terminación”^{565 566}

El autor Sergio Gamonal Contreras señala que tratándose de despido aparentemente injustificado o abusivo o de las acciones que motivan el despido indirecto, se infringieron obligaciones contractuales que nacen del contenido ético jurídico del contrato de trabajo.⁵⁶⁷

De la Fuente señala que “el daño moral se regirá por las normas de la responsabilidad contractual, ya que el incumplimiento del empleador constituye una infracción al contrato de trabajo, sin perjuicio de que se pueda incurrir en responsabilidad extracontractual si el daño moral es ocasionado por un acto extraño al contrato, o luego de su extinción”⁵⁶⁸

Por su parte, Cristina Mangarelli y Alejandro Castello postulan que la responsabilidad por daño moral es contractual, tanto en el caso de actos ilícitos del empleador íntimamente relacionados con el contrato de trabajo, aunque ocurran con posterioridad a su término, pues suponen que se infringió la obligación de actuar de buena fe ante el ex- contratante, como en el incumplimiento de una obligación jurídica preexistente, tratándose del despido indirecto.⁵⁶⁹

De esta postura se deriva que el tribunal competente para conocer de la acción y pretensión de la indemnización de los perjuicios será el juzgado de letras del trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante, pues el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo pone bajo la esfera de su competencia “las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral.”

7.7.2 Estatuto aplicable es el de la Responsabilidad Extracontractual

Para otro sector de la doctrina el estatuto jurídico a aplicar en la reparación del daño por despido injustificado es el de la responsabilidad extracontractual, argumentando que la indemnización tiene como origen un hecho ilícito, doloso o culpable que consiste en la imputación de hechos o causales especialmente graves y que afectan derechos

⁵⁶⁵ TOMASELLO, L. Op. cit. p. 291.

⁵⁶⁶ Es necesario hacer presente que las dos posturas señaladas fueron dadas durante la vigencia de la Ley 16.455, en cuyo texto se dejaba abierta la posibilidad de reclamar otros beneficios o indemnizaciones, además de aquellas que los contratos o las leyes otorgaran al trabajador, aunque creemos que en nada afectaría la teoría, pues la basan en el incumplimiento de las obligaciones y no en el texto de dicha ley.

⁵⁶⁷ GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p.58.

⁵⁶⁸ DE LA FUENTE, citado por GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p. 59

⁵⁶⁹ MANGARELLI y CASTELLO, citados por GAMONAL, S. Op. cit. [nota 526] p.260.

del trabajador como la integridad psíquica, el honor e intimidad, hechos que escapan al contenido del contrato. Sobre el particular, “ciertamente que el vínculo obligatorio contractual (...) puede extenderse más allá de cuanto han previsto las partes en el contrato, pero no puede llegar a comprender lo que es totalmente extraño a la índole de la prestación convenida.”⁵⁷⁰

Para conocer de la demanda de indemnización de los daños y perjuicios, en este caso, será competente el juez de letras en lo civil del domicilio del demandado, conforme lo establece el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales al señalar: “En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales.”

Nosotros creemos que la postura correcta es esta, pues el hecho generador del daño es la acción del empleador de invocar una causal de término de contrato que en realidad no se ha configurado o que no logra probar en juicio. Esta acción es particularmente dañosa tratándose imputaciones como la falta de probidad, vía de hecho, injurias, conducta inmoral del trabajador, entre otras, pues indudablemente afectarán el porvenir laboral del trabajador. Para adherir a esta postura atendemos al elemento temporal, ubicando el acto o hecho generador como coetáneo al término de la relación laboral, pero cuyos perjuicios, elemento esencial para hacer procedente la indemnización, se originan con posterioridad al acaecimiento del despido. La postura anteriormente expuesta se ve refrendada por el artículo 168 inciso 2º del Código del Trabajo el cual señala: “Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores.” La interpretación de este artículo nos permite asegurar que el término de la relación laboral se produce irremediamente en el preciso momento de invocar la causal, provocando que todo lo que se produce con posterioridad a este hecho será de naturaleza post-contractual y, como consecuencia de ello, debe ser tramitado conforme a las normas de responsabilidad civil extracontractual.

Reconocemos, sin embargo, que la aplicación del estatuto extracontractual para el reclamo de la indemnización tiene como problemas el *onus probandi* en la configuración de los elementos que hacen procedente, el que recaerá sobre el trabajador. Esto queda de manifiesto en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 12 de julio de 2001, resolución que posteriormente fue confirmada por la Corte Suprema, con fecha 8 de octubre de 2001, y que en el número 6 señala: “Que el asunto que debe decidir esta Corte fue situado por las partes en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, según las reglas establecidas en los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil.

Para la procedencia de esta clase de responsabilidad, deben reunirse, además del hecho ilícito, cuatro condiciones: a) el daño; b) culpa o dolo; c) una relación de causalidad entre dolo o culpa y el daño; y d) capacidad delictual...” Sigue la sentencia en el numeral 4º “la conducta ilícita no es lo mismo que actuar con dolo o culpa (...) y ya se trate de conducta

⁵⁷⁰ DE CUPIS, A. citado por SALGADO, G. 2003. Separata La Indemnización del Daño Moral por Despido Injustificado. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. p.9

ilícita o hecho ilícito, como quiera llamarse, es necesario que se pruebe, además, dolo o culpa del agente.”⁵⁷¹

Además, creemos que la reticencia de los tribunales de justicia para acceder a la indemnización por daños morales tratándose del incumplimiento contractual, permite concluir que el estatuto extracontractual resulta más protector del trabajador.

Resulta imprescindible dejar en claro, que la postura anteriormente expuesta la hemos adoptado a la luz de la legislación vigente, aunque creemos que los juzgados de letras del trabajo serían los órganos idóneos para conocer de tales reclamaciones, en el entendido que conocen mejor de los problemas existentes en el mundo laboral y que tienen como función esencial dirimir las contiendas entre trabajadores y empleadores, velando por el respeto de los derechos de cada una de las partes del contrato de trabajo.

7.8 Conclusiones al Capítulo Séptimo

Si bien las normas que regulan el despido obedecen a razones de política económica imperantes, pensamos que ello no debe redundar en la irresponsabilidad del empleador al momento de poner fin al contrato de trabajo. La mayoría de los despidos produce perjuicios a los trabajadores, quienes ven mermados sus ingresos de un momento a otro, sin embargo, nosotros no propiciamos la idea de que todos estos perjuicios deben ser reparados, sino que sólo aquellos que pueden ser atribuidos a una conducta culposa o dolosa del empleador que daña un bien jurídico no patrimonial como la honra o la integridad psíquica del trabajador.

En el desarrollo del presente capítulo intentamos entregar al lector los elementos necesarios de análisis acerca de la naturaleza de las prestaciones a que da lugar el término del contrato de trabajo y de la posibilidad de demandar la reparación de los perjuicios que tal acto provoca.

Creemos que es necesario legislar a fin de establecer de manera indubitada la procedencia o no de acciones para reclamar el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales por despidos carentes de justificación, arbitrarios o abusivos.

Postulamos, en este sentido, la incorporación de un régimen de presunción de culpa para los casos de invocación de causales especialmente graves, particularmente las establecidas en el artículo 160 N° 1, 5 y 6 del Código del Trabajo, y que el empleador no logre acreditar en juicio.

⁵⁷¹ Caso “Watt Cruces con Sociedad Ewos Chile S.A.”, GACETA JURÍDICA. Agosto 2001. Santiago, Chile. (256). p. 233.

CONCLUSIONES

Dada la relación de especialidad existente entre el Derecho Civil y Laboral, no resulta extraño que gran parte de las instituciones y principios dogmáticos de la responsabilidad civil, puedan ser aplicados *mutatis mutandis* al ámbito laboral. Categorías conceptuales tales como el perjuicio patrimonial o moral, daño emergente, lucro cesante y relación de causalidad, entre otros, pueden ser extrapolados sin mayores problemas técnicos al ámbito del Derecho del Trabajo. Con todo, la responsabilidad laboral se distancia de su homóloga civil en lo que respecta, por ejemplo, con el estándar de cuidado exigible respecto de las obligaciones de naturaleza moral existentes en la relación laboral.

Considerando la progresiva valoración que el Derecho del Trabajo, tanto nacional como internacional, otorga a la persona del dependiente, unido al hecho de que entre trabajador y empleador existe un vínculo jurídico que regula prestaciones que no sólo tienen un carácter pecuniario, sino que involucran lazos de naturaleza personal, resulta obvio que en sus relaciones recíprocas ambos sujetos de la relación jurídica, deban extremar las medidas de diligencia recíprocas y su buena fe objetiva.

Durante el desarrollo de esta Memoria tuvimos la oportunidad de examinar hipótesis de daños indemnizables que generaban responsabilidad del empleador por actos de sus dependientes y que afectaban a terceros (responsabilidad por el hecho ajeno) y otras, en que el patrono o empresario debía compensar daños a sus trabajadores como consecuencia de perjuicios experimentados, por estos últimos, y que tenían su fuente directa o indirecta en un contrato de trabajo. Asimismo, analizamos casos en que se generaba un deber reparatorio pese a no existir un negocio jurídico contractual, ya sea porque el mismo no se había perfeccionado (responsabilidad precontractual) o porque éste ya había fenecido jurídicamente (responsabilidad postcontractual.)

Respecto de la responsabilidad por el hecho ajeno consideramos laudable el esfuerzo realizado por la jurisprudencia nacional, de ir adaptando las normas de los artículos 2.320 y 2.322 a las exigencias económicas actuales. Sin embargo, y a modo de crítica, pensamos que el trabajo jurisprudencial ha generado un grado importante de incertidumbre jurídica debido al hecho de que nuestros órganos jurisdiccionales difieren en mayor o menor medida respecto de los criterios a ser adoptados para dar lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno del empresario. Pensamos que resulta imperioso adaptar estas normas civiles a ciertas figuras atípicas como el trabajo a domicilio y el teletrabajo, que generan dificultades técnicas para atribuir responsabilidad civil al empleador y que no pueden ser zanjadas con lo prescrito por ellas. Las reformas por las que abogamos se vinculan con el establecimiento, en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría la responsabilidad Vicaria, Substituta o Refleja o la teoría del Riesgo, enmiendas que otorgarían mayor certeza legal a los actores económicos, en especial, a los empresarios, quienes podrían, con claridad, saber los daños extracontractuales por los que deberán responder y por cuales no. Creemos, además, que las teorías aludidas satisfacen cabalmente las demandas indemnizatorias de las víctimas afectadas por ilícitos extracontractuales.

Respecto de la responsabilidad pre y postcontractual –tema poco abordado por la doctrina nacional- estimamos que la misma debe ser declarada por nuestros órganos jurisdiccionales, cuando la lesión a los bienes patrimoniales y morales sean de una entidad

suficiente que justifique su evaluación por los tribunales de justicia, a través de un proceso contencioso. En relación con estas hipótesis de responsabilidad creemos que las normas y principios extracontractuales, pueden ser invocados para resolver conflictos en esta área del Derecho, adecuándose a los bienes jurídicos laborales envueltos.

En lo referente al daño moral, sustentamos la tesis de su plena compensación en el terreno laboral. Sabemos que para la OIT el trabajo humano no es una mercancía, y que la especial naturaleza de los servicios prestados en esta área y el carácter *intuitio personae* del contrato laboral hace no sólo conveniente, sino obligatorio su procedencia.

Refiriéndonos al estudio de las hipótesis específicas que pueden dar origen a la obligación del empleador de reparar el daño producido a sus trabajadores, debemos concluir que aún falta mucho por avanzar en aspectos doctrinarios y legislativos.

Para comenzar diremos que la responsabilidad del dueño de la empresa, obra o faena ha sido objeto de modificaciones recientes que han buscado mejorar las condiciones para que el trabajador pueda perseguir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor, otorgando, además, facultades al dueño de la obra, empresa o faena para requerir información acerca del cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas contratistas. Al respecto tuvimos oportunidad de revisar la interpretación amplia que los tribunales de justicia han dado respecto de lo que debe entenderse por obligaciones de carácter laboral y previsional, incorporando dentro del primero de estos conceptos, incluso, las indemnizaciones por despido injustificado, indebido o improcedente. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que tales interpretaciones resultan insuficientes por lo que instamos por el establecimiento de un sistema legal de responsabilidad solidaria en estas materias, lo que permitiría, a nuestro juicio, una eficiente protección de los derechos que la legislación laboral otorga a los trabajadores, todo ello acompañado de una activa fiscalización por parte de los órganos del Estado, a las empresas que desarrollan labores como subcontratistas, permitiendo que los empresarios que requieran servicios de esta naturaleza, tengan la posibilidad cierta de verificar la información acerca del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de éstas.

En este punto queremos recordar al lector que el sistema jurídico chileno distingue claramente los conceptos de empresa contratista de las que desarrollan actividades de trabajos transitorios y de colocaciones. Es precisamente a propósito de las dos últimas donde han surgido los mayores problemas en lo referente a la protección de los derechos de los trabajadores, pues, como tuvimos oportunidad de ver, son empresas que carecen de un marco regulatorio, y que se encuentran a la espera de la aprobación de la ley que les reconozca como una función lícita.

Reconocemos la necesidad de un cambio en la estructura de las relaciones laborales bilaterales para dar paso a los vínculos triangulares de trabajo, todo ello por la necesidad de desempeño eficiente en un mercado más competitivo y complejo que requiere de normas laborales más flexibles. Sin embargo, estimamos que estas modificaciones deben ir acompañadas de enmiendas legales que permitan la protección de la parte que aún sigue siendo la más débil de esta relación jurídica.

En cuanto a la responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, estimamos que el sistema adoptado ha sido el adecuado, poniendo de cargo del empleador la ocurrencia de tales hechos, pero estableciendo la obligación de pagar un seguro obligatorio, permitiendo la administración de tales fondos por órganos independientes, tales como mutuales de empleadores, entidades con

administración delegada o entregando tal función al Estado, quien desempeña esta tarea por medio del Fondo Nacional de Salud, actuando como órgano recaudador de los fondos del Instituto de Normalización Previsional. Según nuestro parecer el establecimiento de un sistema de seguro obligatorio en esta materia que otorga, además, la posibilidad de reclamar la indemnización de los perjuicios de acuerdo al derecho común, haciendo compatibles ambas acciones, importa un gran avance, más aún si consideramos que se zanja legalmente la discusión sobre la procedencia del daño moral, permitiendo su indemnización sin distinguir si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual. Sin embargo, creemos que resultaría importante un cambio en el ámbito procesal, dictando normas que indiquen con claridad el tribunal que deberá conocer de las acciones encaminadas a lograr la reparación del daño. De este modo se pondría fin a las discusiones doctrinarias y judiciales que se han suscitado al respecto, sin tener que entrar a determinar el titular de la acción y su calidad, para establecer el tribunal competente o bien, lisa y llanamente, entregar legislativamente el conocimiento de todos los asuntos relacionados con accidentes del trabajo a los Juzgados Laborales.

Sin duda que uno de los temas más áridos y menos tratados por la doctrina laboralista, salvo algunos trabajos realizados en los últimos años, es el referido a las indemnizaciones derivadas del despido injustificado, indebido o improcedente. Es sabido que la falta de trabajo acarrea una serie de contingencias para el empleado y su familia, situación a la cual se ha tratado de hacer frente por medio de subsidios y, desde el año 2001, a través del seguro de desempleo. Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro Capítulo final quisimos adentrarnos en una materia bastante discutida como es la posibilidad de solicitar la reparación de los daños producidos por los despidos que van acompañados de circunstancias especiales que menoscaban la dignidad y honor de los trabajadores. Luego de un examen de las principales teorías acerca de la naturaleza jurídica de las indemnizaciones tratadas por el Código del Trabajo y las normas de Derecho Común que se refieren a esta materia, arribamos a la conclusión de que tales prestaciones están lejos de constituir indemnizaciones, pues no cumplen con los elementos esenciales que la doctrina y jurisprudencia consideran propias de éstas.

Bien sabemos que la doctrina civil ha ido evolucionando en lo referente a al concepto y requisitos exigidos para hacer procedente una indemnización de perjuicios, otorgando gran importancia al elemento del daño, presupuesto cuyo análisis es preterido en la determinación de los perjuicios tratándose de despidos injustificados, indebidos o improcedentes, pues el legislador optó por el establecimiento de una indemnización tasada, que aunque en algunos casos puede verse aumentada hasta en un cien por ciento, no permite concluir que repara la totalidad del menoscabo inferido, puesto que en ningún momento se probarán y valuarán tales perjuicios, sino que solamente se verificará la invocación de una causal de las señaladas en la ley y la falta de prueba de ésta por parte del empleador.

Creemos que las conductas lesivas al honor y la dignidad de cualquier persona deben generar la obligación de reparar los daños causados, más aún tratándose de una relación jurídica en donde el eje fundamental es el trabajo humano.

La interpretación judicial y doctrinaria de las normas laborales que regulan esta materia debe ir acompañada de un análisis más profundo que permita desentrañar la naturaleza jurídica de las llamadas “indemnizaciones” laborales, para luego hacer procedente este tipo de prestaciones de acuerdo a las normas generales, tanto constitucionales como legales, materia que además, debe ser conocida, en todos los casos, por los jueces del trabajo. Reconocemos que la discusión sobre la procedencia o no de indemnizaciones por despidos

“dañosos” debe quedar, sin embargo, reservada para casos de perjuicios de importancia, que coarten las posibilidades de desempeño laboral futuro del trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, quedará pendiente armonizar los preceptos constitucionales que establecen una valoración integral del ser humano con una regulación positiva, que zanje definitivamente la discusión suscitada y reseñada anteriormente, y que otorgue claridad en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

I.- Libros:

ABELIUK, RENÉ. 1993. Las Obligaciones. Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

ABELIUK, RENÉ. 2001. Las Obligaciones, Tomo I. 4° Ed. Bogotá, Colombia. Editorial Nomos S.A.

AHUMADA, HERMES. Manual de Seguridad Social. (s.a.) Santiago, Chile. Editorial Andrés Bello.

ALESSANDRI, ARTURO. 1943. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Imprenta Universitaria.

ALESSANDRI, ARTURO. 1988. Teoría de las Obligaciones. Santiago, Chile. Editorial Ediar-Conosur Ltda.

ALTERINI, ATILIO. 1979. Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot.

BARROS, ENRIQUE. 2001. Curso de Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Extracontractual. Santiago.

BRONSTEIN, ARTURO. “Derecho del Trabajo: Normas y Realidad”, Estudios en Homenaje al profesor Ramón Luco Larenas. 1993. Santiago. Taller de impresión Universidad Nacional Andrés Bello.

BUSTAMANTE, JORGE. 1993. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8° Edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

BUSTAMANTE, JORGE. 1995. Responsabilidad Civil y Otros Estudios. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

CABANELLAS, GUILLERMO. 1949. Tratado de Derecho Laboral, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones El Gráfico Impresores.

CALDERA, RAFAEL. 1960. Derecho del Trabajo. 2° Edición. Tomo 1. Buenos Aires. Librería El Ateneo Editorial.

CLARO, LUIS. 1925. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago. Imprenta Cervantes. Volumen XI.

CORRAL, HERNÁN. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

COURT, ENRIQUE. 2002. Indemnización del Daño Moral por Despido Injustificado. En: LÓPEZ J., DE LA FUENTE F., ELORRIAGA F., MARTINEZ J., ROSSO, G. Derecho de Daños. Chile. Editorial Lexis Nexis.

DE GASPERI, LUIS. 1964. Tratado de Derecho Civil: Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos. Tomo 1. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 2001. Vigésima Edición. Madrid. Editorial Espasa Calpe.

- DOMÍNGUEZ, CARMEN. 2000. El Daño Moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI, CARLOS. Responsabilidad Civil (Extracontractual.) Santiago, Editorial El Imparcial.
- ESCRICHE, JOAQUIN. 1784-1847. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta.
- ESPIN, DIEGO. Manual de Derecho Civil Español. 1975. Volumen III, 5° edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.
- ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho Penal. Parte General. Tomo 2. 3° edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- FARREN, RAÚL. 1988. Terminación del Contrato de Trabajo. Santiago. Ediar- Conosur.
- FUEYO, FERNANDO. Instituciones de Derecho Civil Moderno. 1990. Editorial Jurídica. Santiago.
- FUEYO, FERNANDO. 1991. Cumplimiento e Incumplimiento de Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- GAMONAL, SERGIO. 2000. El Daño Moral por término del contrato de trabajo. Santiago, Editorial Editerm.
- HERNAIZ, MANUEL. 1946. Tratado Elemental de Derecho del Trabajo. Madrid, España. 2ª Edición. Instituto de Estudios Públicos.
- HUMERES, HÉCTOR. y HUMERES, HÉCTOR. 1997. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decimoquinta edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES, HÉCTOR. 2004. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 17° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- JOSSERAND, LOUIS. 1950. Derecho Civil. Buenos Aires, Bosch.
- KROTOSCHIN, ERNESTO. 1967. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. 2° edición. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- LARROUMET, CHRISTIAN. 1998. Responsabilidad Civil Contractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LOPEZ, JORGE. 1998. Los Contratos, Parte General. Tomo primero. 2° Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MARTINEZ, ANGEL. 1992. La Evolución del Derecho de Daños. Barcelona, Bosch.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LEÓN. y MAZEAUD, JEAN. 1960. Lecciones de Derecho Civil. BUENOS AIRES, Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Segunda. Volumen 2.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LEÓN y TUNC, ANDRÉ. 1963. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Traducción de la 5° Edición. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MERA, RAMÓN. 1957. "Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales". Madrid, Imprenta Hijos de Vicente Mas- Alberto Aguilera.
- MEZA, RAMÓN. 1997. De las Obligaciones. Novena Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- NOVOA, PATRICIO. 1977. De la Seguridad Social. 1° Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

PARLAMENTARIO. 2001. Historia de la Ley N° 19.759. Volumen III. Biblioteca del Congreso Nacional.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES. Traité Pratique de Droit Civil Francais. Tome VI. Obligations (Première partie)

RAMOS, RENÉ. 1999. De las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. 2002. Tomo 1. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

RIPERT, GEORGES. Y BOULANGER, JEAN. 1963. Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires, Editorial La Ley.

RODRÍGUEZ, PABLO. 1999. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

RODRÍGUEZ, PABLO. 2003. Responsabilidad Contractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

THAYER, WILLIAMS y NOVOA, PATRICIO. 1987. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

TOMASELLO, LESLIE. 1969. El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

VAZQUEZ, ANTONIO. 1988. La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO Y NOGUEIRA, HUMBERTO. 2002. Derecho Constitucional. Tomo 1°. Reimpresión 2° Edición. Santiago, Editorial Jurídica.

VIAL, VÍCTOR. 2000. Teoría General del Acto Jurídico. 4° edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

ZANNONI, EDUARDO. 1993. El Daño en la Responsabilidad Civil. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

ZELAYA, PEDRO. 1995. La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente. Naturaleza y Requisitos. Pamplona, Editorial Aranzandi.

ZELAYA, PEDRO. 1993. La Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho de su Dependiente.

II.- Revistas:

CAAMAÑO, EDUARDO. Las contrataciones atípicas y el contrato de trabajo a tiempo parcial. Rev. Derecho [Valdivia] dic. 1999, Vol. 10.

ECHEVERRIA, MAGDALENA. Septiembre 1997. Subcontratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo. Temas Laborales (7)

FALLOS DEL MES

GACETA DE LOS TRIBUNALES

GAMONAL, SERGIO. 2001. El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo: Notas a una sentencia de la Excma. Corte Suprema. Revista Laboral Chilena.

GUMUCIO, JUAN SEBASTIÁN. Agosto 1999. Responsabilidad Subsidiaria, notas sobre el artículo 64 del Código del Trabajo. Revista Laboral Chilena.

- GUMUCIO, JUAN SEBASTIÁN. y CORVERA, DIEGO. 1996. Responsabilidad Civil del Empleador por Accidentes del Trabajo en Chile. Revista Laboral Chilena.
- LA SEMANA JURÍDICA. 14 al 20 de junio 2004. Santiago, Chile. Año 4. (188)
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. 2002. Trabajo a Domicilio: Nuevas Condiciones, Mejores Oportunidades. El Observatorio Laboral. (8)
- OIT. LA RELACIÓN DE TRABAJO: Informe V (1) 95ª Reunión. 2006. Ginebra, Suiza. Conferencia Internacional del Trabajo.
- PALAVECINO, CLAUDIO. Septiembre - octubre 2000. El Daño Moral por Despido. Revista Laboral Chilena.
- POBLETE, CARLOS. Febrero-marzo 1996. La Simulación en el Ámbito Laboral. Revista Laboral Chilena.
- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES.
REVISTA LABORAL CHILENA.
- DOMÍNGUEZ, RAMÓN. 1990. Consideraciones en Torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una Visión Comparatista. Revista de Derecho Universidad de Concepción (188.)
- DOMÍNGUEZ, RAMÓN. 1996. Responsabilidad Civil del Empresario por el Daño Moral causado a sus Trabajadores. Santiago. Cuadernos de Extensión Facultad de Derecho Universidad de Los Andes.
- TEMAS LABORALES. Septiembre 1997. Santiago, Chile. (7).
- TORRES, ROBERTO. julio 2001. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorias. Temas Laborales (98)
- UGARTE, JOSÉ LUIS. Junio 2003. La Simulación Laboral del Artículo 478: un caso de fraude a la ley. Publicación Oficial Dirección del Trabajo. (173)
- VERDUGO, LUCÍA. 1992. Accidente del Trabajo ocurrido en la localidad "El Alfalfa". Revista Laboral Chilena. (7).
- VERDUGO, LUCÍA. Enero 1997. Responsabilidad del Empleador en los Accidentes del trabajo o Enfermedades profesionales. Revista Laboral Chilena.
- WALKER, FRANCISCO. Diciembre 1992. El Vínculo Laboral entre la Empresa Contratista y sus Trabajadores y la Responsabilidad Subsidiaria de la Empresa Principal. Revista Laboral Chilena.
- WALKER, FRANCISCO. Julio 1998. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional. Revista Laboral Chilena.
- III.- Sitios www (world wide web)
- AGEST. 2005. "EMPLEO TEMPORAL. Comienza a consolidarse: La otra opción." [en línea] < <http://www.agem.cl> > [consulta: 01 de septiembre de 2005.]
- CONGRESO NACIONAL. [en línea] < http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2943-13 > [consulta: el 27 de enero de 2005.]
- DIARIO LA NACIÓN. [en línea] < <http://www.lanacion.cl/> > [consulta: 19 de agosto de 2005.]

GAJARDO, MARÍA CRISTINA. 2005. El Teletrabajo: ¿Una Solución para nuestros tiempos? [en línea] <http://www.colegioabogados.cl/revista/21/articulo5.htm>. [consulta: 10 de septiembre 2005]

LOPEZ, EDGARDO. Introducción a la Responsabilidad Civil. [en línea] < <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> .> [Consulta: 11 de noviembre de 2004.]

OIT. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pr/97-19.htm> ,> [consulta 27 de enero de 2005.]

PEÑA, CARLOS [en línea] < <http://www.derecho.udp.cl/site/apuntes/simulacion.PDF> > [consulta: 18 de abril de 2005.]

PIZARRO, CARLOS

< <http://www.derecho.udp.cl/site/apuntes/buena%20fe.PDF> .> [consulta: 25 de mayo de 2005.]

IV. Tesis:

PALAVECINO, ADRIANA y SALGADO, GABRIELA. La Indemnización por daño Moral por Despido Injustificado. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999.

V. Documento presentado en Congreso, Conferencia o Reunión:

BRONSTEIN, ARTURO. Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo. En: Ponencia Del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, Venezuela. (6-8 de mayo de 2002. Caracas. Venezuela.)

JURI, RICARDO. Flexibilidad Laboral a través del Teletrabajo. Santiago, Chile. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (s.a.) 19 páginas.

VI. Otros:

HALPERN, CECILY y PALAVECINO, CLAUDIO. Mayo 1999. Separata Las Relaciones de Trabajo Atípicas y la Flexibilidad. Departamento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago.

HALPERN, CECILY. 2003. Apuntes de clase correspondiente a la Cátedra de Derecho Laboral I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.