Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 13 N˚ 20 · Santiago de Chile · Mayo 2011

Revista Chilena de Derecho de Seguros

COMITÉ EDITORIAL

Profesor Dr. Hernán Corral

Profesor Dr. Hugo Botto

Profesor Dr. Emilio Sahurie

Profesor Dr. Marcelo Nasser

Profesor Dr. Pedro Zelaya

Profesor Dr. Cristián Banfi

Profesor Dr. Osvaldo Lagos

Profesor Dr. Carlos Ruiz-Tagle

Profesor Andrés Amunátegui

DIRECTOR

Osvaldo Contreras

Profesor Universidad Diego Portales

EDITOR

Roberto Ríos Ossa

Profesor Pontificia Universidad Católica de Chile

rrioso@uc.cl

La Revista Chilena de Derecho de Seguros es el órgano oficial de expresión de la Sección Chilena de AIDA, Association Internationale de Droit des Assurances.

En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por especialistas que selecciona el Comité Editorial, además de noticias de actualidad en relación con el Derecho de Seguros y la actividad aseguradora y reaseguradora en que aquel se inserta.

Domicilio: Ahumada 341, Piso 2. Teléfonos 639 6175 - 633 6720. Fax 639 5072, Sede del Colegio de Abogados (Atención, Sra. Ana María Carbone)

ÍNDICE

Editorial 5

El Seguro de responsabilidad civil y el riesgo de accidentes del trabajo en la empresa. Aspectos problemáticos de su cobertura.
Osvaldo Lagos Villarreal 7

Sentencia que acoge el criterio de la no solidaridad del dueño de la obra, empresa o faena.
Carolina Schiele M. 37

La previsibilidad del daño: límites y contornos.
Catalina Novoa Muñoz 59

La acción directa. Fundamentos, estado actual y conveniencia de su incorporación a la legislación chilena.
Carolina A. Barriga Chávez 81

El seguro del lucro cesante en Chile.
Gianina Andrea Pennacchiotti Vidal 101

El Directorio de AIDA sección chilena, me ha honrado con la labor de Editor de la *Revista Chilena* de Derecho de Seguros, encargo al que me he abocado por aproximadamente un año.

El camino recorrido ha sido laborioso, no sólo por la dificultad de atraer trabajos para su publicación, sino también, por la necesidad de que ellos sean de buena calidad científica. Es necesario en nuestro medio mejorar cualitativa y cuantitativamente las publicaciones sobre temas de seguros. Ello permitirá crear y asentar una doctrina en su verdadero sentido jurídico, esto es, la opinión de especialistas sobre esta rama de derecho específica. Así las posturas o formulaciones jurídicas de los distintos autores, podrán ser un aporte a nuestras universidades, a la judicatura y para todos quienes ejercen la profesión de abogado en temas sobre contrato de seguro.

Siguiendo estos planteamientos, hemos estructurado una revista presidida por un Comité Editorial integrado por destacados juristas, una Dirección y un Editor. Ello, creemos, nos permitirá vestir adecuadamente este medio de difusión doctrinaria. Esta es la razón por la que los artículos seleccionados corresponden a trabajos de investigación, planteados sobre una estructura adecuada, con propuestas que se enmarcan dentro de actividades propiamente académicas y responden a ciertos parámetros exigidos en cuanto a referencia bibliográfica y otras de similar naturaleza, propias de toda publicación seria.

En nuestra opinión, esta necesidad –de doctrina en asuntos sobre derecho de seguros–, se acrecienta por estos días con la tramitación en nuestro Congreso Nacional del Proyecto de Ley tendiente a modificar por completo el Título VIII del Libro II de nuestro Código de Comercio, que contiene la regulación sobre contrato de seguro.

Sin desconocer el mérito del proyecto y la necesidad de introducir modificaciones a la actual legislación, nos preocupan algunos aspectos que aprovechamos de enunciar en este foro. El primero de ellos, es el requerimiento de una mejor sistematización de su articulado, evitando por ejemplo el exceso de definiciones y la repetición de reglas en artículos distintos. El segundo, aparece como interrogante la siguiente: ¿Cuáles son las fuentes normativas que fueron consideradas para la elaboración de este Proyecto de Ley? Difícil se hace la respuesta, ya que el texto del proyecto nada indica de manera clara. Se hace también necesario determinar las legislaciones extranjeras y las corrientes científicas dogmática-jurídicas que sustentan las modificaciones propuestas.

El análisis de los puntos anteriores permitirá determinar de mejor manera, el origen de la nueva estructura planteada por el legislador y el contenido de sus disposiciones, fundamental para la posterior labor interpretativa.

No olvidemos que el redactor de nuestro Código de Comercio, don José Gabriel Ocampo, tuvo a la vista importantes fuentes doctrinarias de la época. Así lo fueron las de González Huebra, Bacardí, D'Emigron, Pothier, por nombrar algunas. Además, se inspiró en los Proyectos de Codificación Comercial de dicho período como el Holandés, el de Württenberg. Fueron también fuentes de esta normativa los Código de Comercio Francés del año 1807, el Portugués del año 1838, las Ordenanzas de Bilbao, el Código de Comercio Español de 1829, entre otras.

Con todo, no pretendemos dejar estáticas la normas que nos rigen actualmente, pero en palabras del jurista José Luis de los Mozos creemos que *"un Código es algo más que un reglamento o una ordenanza, el creer lo contrario supone una visión de un positivismo tan degradado que ni siquiera es imaginable pueda ser concebido por un jurista. Efectivamente, un Código está pensado, diríamos, para hacer frente a las necesidades coyunturales que suscitan las leyes especiales, o a las reformas que introducen las novelas, lo mismo que lo está para ser interpretado, en uno u otro sentido, por la doctrina y por la jurisprudencia, de manera que, al cabo de los años, una misma norma puede dar lugar a aplicaciones distintas"*.[1]

Esperamos que esta instancia sirva para reflexionar sobre las normas que regulan el contrato de seguros, en sus distintos ámbitos, y que nuestros centros de investigación sean atraídos al estudio de este negocio jurídico, vital en el desarrollo de la economía mundial.

Finalmente, no podemos dejar pasar el necesario agradecimiento a quienes nos han precedido en esta labor, especialmente a don (Prof. D.) Osvaldo Contreras Strauch, quien durante años ha dedicado su valioso tiempo a mantener viva esta Revista. Vayan para él nuestro respeto.

Roberto Ríos Ossa

Editor

[1] De Los Mozos, José Luis (1987) El Negocio Jurídico (Bosch) p. 43. A propósito de la crítica de la doctrina italiana al *Codice Civile*, y la teoría de constitucionalización del derecho.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL RIESGO DE ACCIDENTES DEL TRABAJO EN LA EMPRESA. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE SU COBERTURA.

Osvaldo Lagos Villarreal
Profesor Facultad de Derecho
Universidad Adolfo Ibáñez

I. ¿Qué es la responsabilidad civil de la empresa y cómo puede cubrirse? II. Riesgo asegurable 1. Riesgo transferible. El siniestro de responsabilidad civil 2. Inasegurabilidad del dolo 3. Asegurabilidad de la culpa grave 4. Dolo o culpa grave de dependientes 5. Inasegurabilidad de las multas y sanciones administrativas III. Responsabilidad civil asegurada. ¿Cómo determinarla? 1. Estructura de una póliza de responsabilidad civil (de la empresa) 2. Relaciones entre condiciones generales, cláusulas adicionales y condiciones particulares IV. Contenido característico de una póliza de responsabilidad civil en su cobertura de responsabilidad civil patronal 1. Riesgo específico de responsabilidad civil por accidentes del trabajo cubiertos por el adicional 2. Delimitación temporal de la cobertura 3. Delimitación espacial de la cobertura 4. Suma asegurada 5. Materia asegurada y exclusiones a) ¿Qué se entiende por "trabajador" y las demandas de quiénes están cubiertas? b) ¿Qué debe entenderse por estar "trabajando directamente en la labor asegurada"? c) ¿Qué implica la restricción de responsabilidad contractual? 6. Pago al asegurado y concurrencia de otros seguros 7. La cobertura de defensa jurídica a) Cómo determinar cuál es el contenido de la cobertura b) Oposición a la cobertura luego de iniciada la defensa 8. Interpretación de la póliza.

Introducción

El seguro de responsabilidad civil es una de las diversas posibilidades que un empresario tiene para administrar su riesgo de incurrir en responsabilidad civil por accidentes del trabajo. Como toda opción para administrar riesgos, tiene ventajas y desventajas derivadas de su configuración técnica. El seguro es un contrato por el cual el asegurador transfiere, contra el pago de una contraprestación llamada prima, las consecuencias económicas desfavorables de la materialización de un riesgo determinado, pero dentro de los márgenes que se señalan en el propio contrato. En consecuencia, para conocer cuánto riesgo se transfiere, deben analizarse cuáles son las características técnicas del mecanismo a través del cual el riesgo es transferido. La intención de este trabajo es resaltar algunos aspectos del seguro de responsabilidad civil, especialmente en lo relativo a la responsabilidad civil patronal, que determinan cuál es precisamente el riesgo que el asegurado traspasa al asegurador. En consideración a que el seguro es un contrato con características inusuales respecto de otras convenciones, y a que el seguro de responsabilidad civil es un sistema especial respecto al sistema del contrato de seguro

de daños, este trabajo pretende hacer hincapié en aquellas cuestiones que pueden resultar sorpresivas para aquellos operadores no habituados con la práctica asegurativa. La tesis que este texto pretende demostrar, es que la construcción de la cobertura del riesgo de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, como un adicional de una póliza general de responsabilidad civil, hace difícil comprender la extensión precisa del riesgo transferido, y genera inconsistencias entre el riesgo que se ofrece cubrir con el riesgo efectivamente cubierto. Esta falta de certeza puede producir litigiosidad, presión inadecuada hacia las compañías, frustración de expectativas de los asegurados y, en general, desconfianza hacia el seguro como mecanismo de administración de riesgos. Por lo tanto, se aprecia la necesidad de que el mercado asegurador, auxiliado por la jurisprudencia y la doctrina realicen un esfuerzo por aclarar el sentido de las coberturas de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, dada la fundamental relevancia social que ha ido adquiriendo este tipo de riesgo.

I. ¿Qué es la responsabilidad civil de la empresa y cómo puede cubrirse?

Podría considerarse entonces, en atención a lo señalado hasta acá, que existe una cierta tensión entre la responsabilidad civil que la empresa quiere asegurar, con la responsabilidad civil que el asegurador desea y puede asegurar. Así, puede entenderse que la responsabilidad civil de la empresa está determinada por todos su ámbitos de acción, a propósito de los cuales la esta entidad, usualmente organizada como persona jurídica, pueda ocasionar daños por lo cuáles deba responder civilmente por medio del pago de una indemnización[1]. Lo anterior incluye, desde luego, los casos en que esta responsabilidad tiene lugar a propósito de un vínculo contractual preexistente, o sin respecto a una relación contractual, es decir, hace referencia tanto la a responsabilidad contractual como a la extracontractual.

Pero una cosa distinta es la responsabilidad civil asegurable, expresión que hace referencia a aquellos riesgos que el derecho admite que sean transferidos mediante un contrato de seguro, y la responsabilidad civil finalmente asegurada, que es la que está determinada por las condiciones generales y particulares de la póliza. En consecuencia, para determinar cuál es la parte del riesgo de responsabilidad civil por accidentes del trabajo que un empresario transfiere, debe verificarse cuál es el riesgo de responsabilidad civil transferible. Luego, deben analizarse las cláusulas contractuales usuales por las que, dentro del límite de la responsabilidad civil transferible, se cubre el riesgo de responsabilidad civil patronal.

---

[1] La empresa también puede ser unipersonal, o puede que no esté revestida de personalidad jurídica, en cuyo caso usualmente quien resulte responsable por los daños provocados por la actividad empresarial será la persona natural que tenga a su cargo la organización y dirección de los factores de producción y que, asimismo, asuma el riesgo de pérdida o se beneficie primordialmente con las eventuales utilidades. Esta persona podrá ser designada como asegurado en un seguro de responsabilidad civil de empresa. Ahora bien, en nuestro país no se ofrece específicamente esta cobertura, sino un seguro de responsabilidad civil general, al cual se puede adherir la cobertura adicional de responsabilidad patronal mediante la respectiva cláusula adicional. En consecuencia, cualquier persona capaz (pues todos tenemos la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil si tenemos capacidad legal para ello) puede ser titular de un seguro de responsabilidad civil y, en la eventualidad de ser empleador o de estar a cargo de una faena, cualquier persona capaz puede incurrir en responsabilidad civil por accidente del trabajo y, por lo tanto, es titular de este riesgo.

II. Riesgo asegurable

1. Riesgo transferible. El siniestro de responsabilidad civil

La pregunta sobre el riesgo transferible está ligada a lo que entendemos por siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En su origen, el seguro de responsabilidad civil fue un seguro de daños en sentido estricto, que se configuró según las reglas propias de estos tipos de seguro. Por lo tanto, para que se provocara la cobertura asegurativa, era necesario que tuviera lugar un evento previsto en el contrato, que generara una pérdida patrimonial efectiva para el asegurador[2]. Independiente de la discusión acerca de cuál es el momento en que se genera la deuda de responsabilidad civil, es evidente que el crédito se hace exigible sólo una vez que se ha determinado que existe responsabilidad civil, por medio de la dictación de una sentencia[3]. Por lo tanto, adaptar el seguro de responsabilidad civil a la categoría de los seguros de daños, implica restringir su utilidad económica como mecanismo de administración de riesgos. En efecto, la indemnización sólo podría pagarse una vez dictada la sentencia, tal como ocurría con este seguro en sus orígenes. Pero la conveniencia práctica de contar con fondos y asesoría desde el momento en que existe un reclamo de responsabilidad civil, además de la necesidad del asegurador de controlar la provocación o extensión del riesgo, transformaron a este seguro en un instrumento no sólo resarcitorio, sino también preventivo. Por consiguiente, la cobertura asegurativa no se inicia con la dictación de la sentencia, sino que antes, desde que existe un hecho que puede generar responsabilidad civil, o un reclamo de responsabilidad civil. Además, esta cobertura no se limita al monto de lo condenado a la demanda, sino que considera los gastos de defensa destinados a evitar que surja la deuda de responsabilidad civil[4].

En consecuencia, el riesgo asegurable por medio de este instrumento, no es sólo el interés por mantener la integridad del patrimonio, ante la pérdida provocada por la deuda de responsabilidad civil. Con mayor precisión, puede señalarse que lo asegurable es el interés por mantener la integridad del patrimonio, ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil derivada de una reclamación fundada o infundada, y los gastos que esta posibilidad acarrea. Entendido el seguro de esta forma, es más fácil comprender lo que el seguro puede y no puede ofrecer, como técnica para administrar el riesgo de incurrir de responsabilidad civil.

---

[2] Para una explicación de la evolución del seguro de responsabilidad civil véase Tapia Rodríguez, Mauricio, "El contrato de seguros y el exceso de responsabilidad civil", en Gaceta Jurídica, Nº 311 (2006), pp. 7-36.

[3] Lagos Villarreal, Osvaldo, *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Mapfre, Madrid, 2006, p. 354.

[4] Una descripción de los caracteres esenciales del seguro de responsabilidad civil contemporáneo en Calzada Conde, Mª Ángeles, *El seguro de responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 17-18, 25-26.

A continuación, se analiza la asegurabilidad de ciertos riesgos por medio del seguro de responsabilidad civil. Por cierto que, a propósito del riesgo de responsabilidad civil de la empresa, la asegurabilidad del dolo no es una cuestión en sí misma relevante en la práctica, pues las demandas usualmente imputan culpa a la empresa o al dependiente por el cual la empresa es responsable. Sin embargo, es menester aclarar cuál es el fundamento de la inasegurabilidad del dolo, pues éstos permiten analizar con precisión cuestiones que sí tienen gran relevancia práctica, como la asegurabilidad de la culpa grave, del dolo de los dependientes y de las multas u otras sanciones administrativas.

2. Inasegurabilidad del dolo

Tradicionalmente se ha sostenido que el dolo no es asegurable por falta de incertidumbre y, por lo tanto, ausencia de riesgo. En efecto, para que pueda hablarse de riesgo, es esencial que exista incertidumbre respecto de si este tendrá lugar o no. Es por esta razón que serían inasegurables los riesgos que ya se han materializado en siniestros, los deterioros a las cosas por el uso y el paso del tiempo, y los daños provocados intencionalmente[5]. Asimismo, es en razón de esta exigencia, que no sería asegurable la responsabilidad civil en que se incurre mediando dolo[6] . De este modo, la conducta involuntariamente culpable puede asegurarse en cuanto ella es, esencialmente, accidental. Por lo tanto, siempre tiene un cariz de incertidumbre y, en consecuencia, riesgo. En cambio, la provocación dolosa del siniestro, aún aquella no prevista por el asegurado al momento de celebrar el contrato, se encuentra necesariamente fuera de los riesgos asegurables, pues carece del rasgo de aleatoriedad esencial en la noción de riesgo.

Nuestro Código de Comercio no comprende una regla que establezca la inasegurabilidad del dolo o de los siniestros provocados intencionalmente, pero una interpretación sistemática de las normas del título VIII del libro II, sobre el seguro en general, deja de manifiesto que los conceptos de riesgo e interés hacen imposible el aseguramiento de la producción voluntaria del siniestro.

Así, el art. 513 del Código de Comercio define riesgo como la eventualidad de todo caso fortuito que puede causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados. Sin detenerse a analizar la evidente imperfección técnica del uso de la expresión caso

---

[5] Por todos, Baeza Pinto, Sergio, *El seguro*, Editorial Jurídica de Chile, 4º edic., 2001, pp. 70-71.

[6] Roncero Sánchez, Antonio, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 232, nota 49, ha señalado que "la causación intencionada (dolosa) del siniestro no excluye necesariamente la incertidumbre en el momento de conclusión del contrato de seguro pues, del hecho de que el asegurado cause intencionalmente el siniestro, no puede deducirse que en el momento de celebración del contrato ya pudiese considerarse que el siniestro se iba a producir". Por consiguiente, la ausencia de riesgo no sería una razón para excluir la asegurabilidad de las conductas dolosas. En mi opinión, si bien es cierto que el dolo al momento de provocar el siniestro no implica que éste haya existido al momento de la celebración del contrato de seguro, no puede concluirse a partir de esto que el dolo sea técnicamente posible de asegurar. El problema es que, para que un siniestro doloso sea cubierto, la posibilidad de que esto ocurra ha de contemplarse previamente en el contrato, lo que es contrario a la esencia del contrato de seguro, como se verá a continuación.

fortuito y de la restricción del evento asegurado al daño de objetos, al tratarse de una definición general de riesgo, queda de manifiesto que la sola noción de riesgo excluye la posibilidad de cubrir un siniestro provocado por el asegurado. No es conciliable con la noción de riesgo y, por lo tanto, no es contrato de seguro, aquel que contemplase la posibilidad de que la cobertura asegurativa se provocase a voluntad del asegurado. La expresión "caso fortuito" hace referencia, precisamente, a un hecho externo a la voluntad del asegurado.

Del mismo modo, el artículo 518 del Código de Comercio, al exigir interés del asegurado, lo define como "interés real en evitar los riesgos". Este interés debe existir "al momento del contrato", lo que debe entenderse como durante toda la vigencia del contrato, y no sólo al momento de su conclusión[7]. En consecuencia, no es concebible un contrato de seguro que admita la cobertura de siniestros intencionales, pues no tiene sentido que se exija interés en evitar los riesgos como elemento esencial del contrato, si luego es admisible asegurar la provocación dolosa del siniestro de parte del asegurado.

En síntesis, existe una clara objeción técnica a la asegurabilidad de conductas intencionales de parte del asegurado, que tengan como resultado la provocación de un siniestro.

Existe, además, un segundo fundamento de la inasegurabilidad del dolo. Este radica en razones de orden público: no es admisible que el seguro sea utilizado para morigerar las consecuencias económicas de una conducta realizada de mala fe[8]. En el derecho comparado, existen ordenamientos que, en la regulación sobre contratos de seguro, excluyen la provocación voluntaria del siniestro[9]. En nuestro sistema, no existe una norma análoga en la regulación del contrato de seguro. No obstante, un seguro de conductas dolosas es ilícito por falta de objeto moralmente posible, pues es contrario al orden público admitir la asegurabilidad de una conducta que tenga por finalidad la provocación de un daño. En consecuencia, el fundamento legal de la ilicitud de la asegurabilidad del dolo se encuentra en el art. 1461 Código Civil. En este caso, debe

---

[7] Baeza Pinto, S., ob. cit., p. 94, considera que la pérdida del interés durante la vigencia del contrato es asimilable a la cesaión de los riesgos, y sin riesgo no hay seguro.

[8] Por todos, Sánchez Calero, Fernando, *Ley de contrato de seguro*, F. Sánchez Calero (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 352, quien sostiene que "la mayoría de la doctrina entiende que el fundamento de esta exclusión del riesgo se encuentra en el principio del respeto a la moral y al orden de público que preside la validez de los contratos, pues repugna a ese principio que una persona pueda asegurarse de las consecuencias de un evento provocado por ella de forma dolosa".

[9] Art. L 113-1 *Code des Assurances* (Francia); Art. 19 Ley 50/1980 de Contrato de Seguros (España). En cambio, el art. 70 de la 17.418 de 1967, Ley de Seguros (Argentina) libera al asegurador si el asegurado provoca el siniestro con dolo o culpa grave. No obstante, la doctrina prefiere circunscribir el ámbito de la culpa grave en el seguro a casos de dolo eventual, sugiriendo la restricción de la interpretación jurisprudencial cuando se trate de casos de grave imprudencia (en este sentido, Barbato, Nicolás H., *Culpa grave y dolo* en el derecho de seguros, Hammurabi, Buenos Aires, 1988, pp. 218-221 y Stiglitz, Rubén S., *Derecho de seguros*, La Ley, 4ª edic., Buenos Aires, 2004, v. 1, p. 288).

considerarse que el objeto inmoral es la asegurabilidad de una conducta intencionalmente dañina. Del mismo modo, puede estimarse que también falla la causa lícita como requisito de validez de los actos jurídicos (art. 1467 Código Civil).

3. Asegurabilidad de la culpa grave

Como se ha señalado, nuestro Código de Comercio no contempla una regla que expresamente declare que el dolo es inasegurable, por lo que nuestra doctrina, aparte de la referencia a la falta ausencia de riesgo, recurre al sistema del Código Civil para fundar su inasegurabilidad[10]. Por esto, el problema de la asegurabilidad de la culpa grave se vuelve complejo y confuso, si se asume que la asimilación de la culpa grave al dolo, que tiene lugar en el sistema del derecho común (art. 44 Código Civil), debe aplicarse al sistema de obligaciones del derecho de seguros. Cabe en este caso preguntarse si esa asimilación del derecho común, implica que la culpa grave es inasegurable, pues tendría el mismo reproche moral que el dolo[11]. En mi opinión, el problema de la asegurabilidad de la culpa grave debe analizarse a partir de los fundamentos de la inasegurabilidad del dolo, para luego concluir si tiene sentido la asimilación de la culpa grave al dolo en el seguro, y no de manera inversa, es decir, desde el punto de partida que considera que dolo y culpa grave son lo mismo, y que luego concluye que la culpa grave es inasegurable.

Como se ha explicado, el fundamento de la inasegurabilidad del dolo radica en la imposibilidad técnica de asegurar conductas voluntarias. En el sistema de obligaciones del seguro es la voluntariedad de la conducta lo que torna inasegurable al dolo; en cambio, el reproche moral que una conducta dolosa implica, sólo la vuelve inasegurable si ésto se establece en una regla expresa o recurriendo al sistema general de derecho privado. Esto significa que una conducta que tenga un cierto grado de incertidumbre, y en la que pueda considerarse que cabe la posibilidad de que haya sido desarrollada de buena fe, es una conducta cuya asegurabilidad es técnicamente posible.

En lo que respecta a la asegurabilidad de la culpa grave, en tanto ésta es indicio de dolo y mala fe, pero no necesariamente lo es, se trata de una conducta asegurable. Una cosa es que razonablemente pueda deducirse mala fe toda actuación desarro-

[10] En nuestra doctrina, Baeza Pinto, S., ob. cit., p. 75, considera que el dolo y la culpa grave son casos de ausencia de riesgo y, por lo tanto, la falta de este elemento esencial del seguro tiene como consecuencia que el contrato sea inexistente.

[11] Tradicionalmente se ha considerado que dolo y culpa grave son externamente indistinguibles y que, a pesar de no ser conceptualmente lo mismo, ambas conductas son opuestas a la buena fe. Para una revisión de los fundamentos de la equiparación de la culpa grave al dolo véase Banfi del Río, Cristián, "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N°2 (2000), pp. 302-313.

llada con culpa grave, que incide causalmente en la provocación del daño, y otra cosa es que la provocación del daño sea realmente intencional. La desidia extrema es un fuerte indicio de mala fe, y es razonable que se equipare al dolo. Sin embargo, no son exactamente lo mismo. De otro modo, la distinción no sería posible. Y la diferencia es que la culpa grave es un criterio absolutamente objetivo, es decir, que se manifiesta a partir de conductas externas, que son un poderoso indicio de mala fe, pero que no necesariamente lo son. En cambio, para saber si se ha actuado con dolo, es necesario no solamente demostrar que la conducta no está a la altura de un cierto estándar, por mínimo que este sea (culpa grave), sino que, además, a partir de las conductas que demuestran el incumplimiento de los deberes impuestos por el estándar mínimo de cuidado, se requiere acreditar un elemento interno, cual es la mala fe[12]. Es una sutil diferencia, que radica en la convicción del juzgador de que la conducta no sólo demuestra una grave desidia que puede ser indicio de mala fe, sino que efectivamente esa desidia es suficiente como para acreditar que ha existido intencionalidad en la conducta, usualmente en la conducta que omite el mínimo cuidado. Por lo tanto, si bien puede presumirse mala fe cuando se ha transgredido el estándar mínimo de la culpa grave (cuestión objetiva), para el derecho de seguros esto no es impedimento de asegurabilidad, pues es perfectamente posible que la transgresión al estándar se haya hecho de buena fe (cuestión subjetiva).

Es aquí donde el derecho del contrato de seguros reclama su autonomía del sistema del derecho común. En este sentido, Mayeux ha sostenido que lo que caracteriza al acto provocador del siniestro que se considera inasegurable, es el conocimiento y la conciencia del carácter ilícito del acto. Por lo tanto, "contrariamente al derecho civil, la culpa grave no es equivalente al dolo… queda solamente, en la esfera de la inasegurabilidad, la culpa intencional y el dolo"[13].

En síntesis, no se vislumbra problema alguno de validez en una cláusula de contrato de seguro que admita la cobertura de la culpa grave. Además, en un seguro de responsabilidad civil, los daños cometidos con culpa grave deben entenderse cubiertos,

---

[12] Cfr. Barros Bourie, E., ob. cit., p. 161, quien considera que dolo y culpa grave no se diferencian en cuanto a sus efectos (la culpa grave extiende los límites del dolo), sino que respecto de su prueba. Con relación a esta diferencia, el autor sostiene que "mientras la culpa grave es esencialmente objetiva, pues resulta de la comparación de la conducta real con el estándar de una persona negligente, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del autor".

[13] Mayeux, Luc, "Le risque assurable", en *Traité de droit des assurances*, J. Bigot (dir.), L. G. D. J., Paris, 2002, v. 3, p. 819. En el mismo sentido, Calzada Conde, M., ob. cit., p. 41, al señalar que no cabe a este respecto aplicar el aforismo *culpa lata dolo equiparatur,* pues para efectos del seguro el dolo no constituye riesgo, en cambio sí lo es la culpa, sea leve o grave. Debe entenderse por culpa intencional "la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuricidad de la acción", noción que no sólo incorpora el dolo directo (intención positiva de causar daño o injuria a otro) sino, además, el dolo eventual (véase Barros Bourie, E., ob. cit., pp. 158-159).

salvo que se excluyan expresamente en la póliza. Para que la exclusión opere, deberá estar indicada en términos claros y precisos, y la culpa grave deberá ser declarada en juicio[14].

4. Dolo o culpa grave de dependientes

Los siniestros causados por las personas por las que el asegurado es civilmente responsable, son asegurables aún si son cometidos con culpa o dolo. No es discutible la asegurabilidad de la culpa, y respecto de la culpa grave ya han sido dados argumentos que fundan su asegurabilidad. En cuanto al dolo, las razones dadas para fundamentar su inasegurabilidad, no son aplicables si el dolo corresponde exclusivamente a un tercero y no al propio asegurado, aunque sea dependiente[15].

Además, existen normas legales, a propósito del seguro de incendio (art. 582 n.º 1 del Código de Comercio) y a propósito del seguro marítimo (art. 1181 del Código de Comercio), que expresamente consideran asegurados el hecho ajeno del cuál el asegurado sea civilmente responsable (seguro de incendio) y los daños producidos por culpa o dolo de la tripulación.

No obstante, al no existir una norma expresa que indique que los actos de los dependientes se encuentran considerados en la cobertura del seguro de responsabilidad civil, debe estarse a lo pactado en las pólizas, es decir, para que este riesgo sea cubierto, debe expresarse en el contrato de seguro. Sin embargo, este criterio debe interpretarse según la intención de las partes al momento de celebrar el contrato, pues en muchos

---

[14] En el sentido de admitir la asegurabilidad de la culpa grave, Barros Bourie, E., ob. cit., pp. 1085-1086, argumentando que el seguro no altera la posición de la víctima, sino que sólo persigue garantizar patrimonialmente la obligación indemnizatoria, por lo que, en ese sentido, la favorece; poniendo relieve en lo inconveniente para la función asegurativa de la presumiblemente larga y compleja discusión sobre la calificación de la culpa en cada caso y, finalmente; reconociendo que la culpa grave sería un riesgo asumido por el asegurador contra el pago de una prima, y no una cláusula de irresponsabilidad frente a la víctima. En mi opinión, se trata de buenas razones, pero no concluyentes, pues puede señalarse que la posición de la víctima no mejora necesariamente, si queda expuesta a la desidia del potencial agente de daño asegurado, quien confía en su seguro para no invertir lo suficiente en el debido cuidado. Esto es importante en seguros por accidentes del trabajo. Además, el hecho de que se trate de un contrato contra el pago de una prestación no permite afirmar la licitud de su objeto, que es precisamente lo que se discute respecto de la asegurabilidad de la culpa grave. En este sentido, y a pesar de que el asegurador no podría alegar su propia torpeza (o inmoralidad en este caso) para dejar de cumplir el contrato, un contrato con objeto ilícito no admite ejecución forzada, por lo que el asegurado quedaría de todas formas desprotegido por estar impedido de cobrar la indemnización. Por su parte, Contreras Strauch, Osvaldo, *El contrato de seguro*, Editorial Jurídica la Ley, Santiago, 2002, pp. 61-62, quien luego de coincidir con Baeza en la ilicitud del aseguramiento del dolo y la culpa grave, y en la ausencia de eventualidad del riesgo, que implicaría que éste no fuera tal, sostiene que, a pesar de esto, es costumbre cubrir algunos casos de culpa grave, "con lo que se sigue que hoy en día los únicos eventos excluidos absolutamente de la cobertura del seguro son los causados intencionalmente por el propio asegurado"

[15] En el mismo sentido, Sánchez Calero, F., ob. cit., p. 364.

casos es manifiesto que el seguro de responsabilidad civil es contratado precisamente con la finalidad de asegurarse por hechos de dependientes de los que el asegurado es civilmente responsable. Piénsese en el caso de una persona jurídica, que si contrata un seguro con esta restricción, sólo podría estimarse que se encuentra cubierta por los daños provocados directamente por su órgano de administración, circunstancia más bien inusual a propósito de la responsabilidad civil extracontractual. Claramente, una exclusión de cobertura de responsabilidad civil del asegurado por el hecho de sus dependientes no debe ser admitida, salvo que quede de manifiesto que tal fue la intención de las partes. De todos modos, lo anterior no debe confundirse con la posibilidad de designar a los dependientes como asegurados adicionales por su responsabilidad personal, pues la admisibilidad de la aseguración de la responsabilidad del principal por los hechos del dependiente, no implica que el seguro de responsabilidad civil cubra la responsabilidad personal de tales dependientes, a menos que se les designe expresamente como asegurados adicionales o se les incluya en las coberturas.

5. Inasegurabilidad de las multas y sanciones administrativas

En general, la doctrina comparada está conteste en que las multas de carácter penal son inasegurables, pues esto sería contrario al principio de personalidad de la pena. En efecto, se estima que el seguro que cubre tales penas es contrario al orden público, pues obsta al fin represivo que persiguen[16]. En el mismo sentido, se sostiene que las sanciones administrativas de carácter pecuniario son inasegurables, pues en ellas "prevalece el carácter sancionador, represor de conductas contrarias al orden público, por sobre aspectos resarcitorios de los eventuales daños causados" por la infracción[17]. En todo caso, al ser el riesgo asegurado la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil, las sanciones administrativas que puedan imponerse a un empleador por infracciones a la normativa laboral, estarían fuera de la materia asegurada y, por lo tanto, no serían parte del interés asegurado por el seguro de responsabilidad civil[18].

---

[16] Así, Landini, Sara, *Assicurazione e responsabilità*, Giuffre, Milán, 2004, p. 344 y Groutel, Hubert, et al., *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Lexis Nexis Litec, Paris, 2008, p. 256. Desde luego, esto no es aplicable a las cláusulas penales (un acepción de la expresión "multa" o "multa civil"). Las cláusulas penales sí son asegurables. Sin embargo, son ajenas al ámbito del seguro de responsabilidad civil, pues éste ha sido ideado para la cobertura de la responsabilidad civil extracontractual, y la contractual que pueda ser al mismo tiempo aquiliana, no para el incumplimiento estrictamente contractual. Para esos casos, puede contratarse un seguro de caución, en los que puede cubrirse la responsabilidad civil por incumplimiento, e incluso las cláusulas penales de las que el beneficiario sea acreedor por el incumplimiento el asegurado caucionado. No obstante, si bien esa cobertura es posible y se ofrece a cambio de una sobreprima, usualmente se encuentra excluida.

[17] Gutiérrez Gilsanz, Javier, *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, La Ley, Madrid, 2007, p. 67.

[18] Esto significa que, para que pudiera entenderse que las multas se encuentran cubiertas (en el entendido de que fuera admisible su cobertura), habría que señalarlo expresamente dentro de los riesgos cubiertos.

No obstante, se ha señalado que las sanciones administrativas distintas de las multas, que no tengan carácter estrictamente punitivo, sino más bien un carácter reparatorio o compensatorio, pueden ser aseguradas en la medida que se trate de un evento cuya probabilidad pueda estimarse. En cambio, las sanciones administrativas en sentido estricto, deben ser reconducidas a la categoría general de la pena, a la que son aplicables las reglas y principios propios del sistema sancionatorio o punitivo[19].

Por otro lado, cierta doctrina admite que existen algunos casos en que podría permitirse que las multas fueran cubiertas por un seguro. Esto podría ocurrir siempre que la conducta por la cual se infringe la norma que impone la multa, cumpla con dos requisitos. En primer lugar, que no pueda calificarse como una conducta intencional o dolosa (pues su asegurabilidad siempre es excluida). En segundo lugar, que los intereses que pretenden protegerse mediante la imposición de la sanción administrativa, no sean intereses generales protegidos por el ordenamiento jurídico, sino que intereses privados, correspondientes a un determinado ordenamiento sectorial, en el que sus participantes delegan o transfieren a la administración pública la facultad de disciplinar un orden privado específico[20]. Este segundo argumento es bastante discutible, pues es difícil pensar en que exista una delegación o transferencia de poder represivo para un sector determinado de la economía, desde los particulares hacia el Estado. Más bien, da la impresión de que, en cierto momento, el Estado se hace cargo de la ordenación de un determinado sector social, para lo cuál dicta norma y atribuye a un órgano la facultad de imponer sanciones dentro del ámbito de las competencias necesarias para el buen funcionamiento de ese sector. Desde que el Estado asume el orden y control de esa actividad, existe un evidente interés público en su buen funcionamiento, por lo tanto, es difícil considerar que esas sanciones sólo protejan los intereses de los privados que participan en el respectivo sector regulado.

Por su parte, no deben confundirse eventuales medidas resarcitorias que puedan imponerse mediante una normativa especial de carácter administrativo, con medidas represivas propiamente tales, que efectivamente pueden ser consideradas como multas excluidas del ámbito del seguro de responsabilidad civil. Lo anterior, a pesar de que la administración pueda otorgarle a las sanciones administrativas cierto contenido

---

[19] Landini, S., ob. cit., pp. 346-356.

[20] Esta es la posición de Font Ribas, Antoni, "La asegurabilidad de los riesgos derivados de la actividad sancionadora de la administración en el sector del crédito" *en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, A. Polo (coord.), Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 836-837, para quien "la intervención de la administración [en el sector del crédito] no es originaria. No es una potestad de ordenación general, como ocurre en otros sectores, como puede ser el comercio o la industria, sino delegada o transferida por los particulares, en su propio interés, ante la imposibilidad o incapacidad de los mismos para cubrir directamente esas exigencias. Por ello, la potestad disciplinaria específica se traduce en unas exigencias también específicas, que requieren soluciones cualitativamente diferentes al tratar de las sanciones impuestas en el ejercicio de esa facultad".

indemnizatorio con respecto al quantum, probablemente como una forma de aplicar erróneamente el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas[21].

Por último, existen ciertos casos dudosos en que es difícil encontrar un criterio que permita dar una respuesta inequívoca a la licitud o ilicitud a la cobertura de responsabilidad civil[22].

III. Responsabilidad civil asegurada. ¿Cómo determinarla?

Una vez analizado en qué consiste el riesgo de responsabilidad civil y verificado qué tipo de riesgos son asegurables através del seguro de responsabilidad civil, es necesario, con miras a la determinación del contenido de la cobertura del seguro de responsabilidad civil patronal, revisar la forma en que estas coberturas son estructuradas y, además, la forma en que la cobertura de responsabilidad civil patronal es usualmente ofrecida.

1. Estructura de una póliza de responsabilidad civil (de la empresa)

En nuestro país, la regla general es que las pólizas de seguro se construyan a partir de las condiciones generales depositadas en la Superintedencia de Valores y Seguros (artículo 3 letra e DFL 251 de 1931), condiciones generales que son denominadas POL por la norma que las regula (Norma de Carácter General nº 124 de 22 de noviembre de 2001, en adelante NCG nº 124). Las condiciones generales contienen una descripción de la materia asegurada en abstracto, es decir, determinan el riesgo transferible al asegurador, sin referencias concretas de persona, tiempo o lugar específicos, propias de las condiciones particulares. Las condiciones generales de seguros de responsabilidad civil, utilizadas para cubrir la responsabilidad civil de las empresas, usualmente contemplan una exclusión de la responsabilidad que pueda surgir para el asegurado por accidentes del trabajo que puedan sufrir sus dependientes. Esta es la tendencia no sólo en Chile, sino también en el derecho comparado. Por lo tanto, para cubrir este riesgo, es necesario ampliar esta cobertura mediante el uso de cláusulas adicionales (CAD). En consecuencia, para saber cuál es la cobertura disponible para el riesgo de responsabilidad patronal, usualmente deberá verificarse el contenido de las cláusulas adicionales de responsabilidad patronal disponibles en el mercado. En síntesis, no existe un modelo general de seguro de responsabilidad civil de la empresa, sino que a partir de las condiciones generales y particulares de responsabilidad civil, más los respectivos

[21] A este respecto consúltese Suay Rincón, José, *Sanciones administrativas*, Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 70-72.
[22] Por ejemplo, el caso de un seguro de defensa jurídica que contemple el pago de una fianza penal, o bien, la cobertura que admita el pago de una indemnización para choferes por sus pérdidas durante el período de suspensión de su licencia por haber infringido normas del tránsito (Groutel, H., ob. cit. p. 256).

acuerdos específicos sobre partes aseguradas, suma asegurada, etc., recogidos en las condiciones particulares, se arma o estructura una póliza de responsabilidad civil de empresa, la que incluye cobertura de responsabilidad civil por accidentes del trabajo.

Por consiguiente, las cláusulas adicionales, no pueden analizarse aisladamente, pues se redactan para ser complementarias de unas condiciones generales determinadas. La excepción a esta regla está dada por la contratación de "grandes riesgos", que permite el otorgamiento de seguros sin necesidad de referirse a condiciones generales depositadas, cuando el monto de lo que se deba para por primas sea igual o más de 200 U.F., netas de I.V.A. (artículo 3 letra e DFL 251 de 1931). No obstante, en la práctica las pólizas de grandes riesgos de todas formas se construyen de la manera descrita en el párrafo anterior.

2. Relaciones entre condiciones generales, cláusulas adicionales y condiciones particulares

Las relaciones entre condiciones generales, cláusulas adicionales y condiciones particulares, se desprenden de los establecido en la NCG nº 124, que establece normas relativas al depósito de pólizas y disposiciones mínimas de contratos de seguro. A partir de lo prescrito en esta norma administrativa, pueden obtenerse las siguientes reglas:

i) Las cláusulas adicionales son estipulaciones que siempre suman o adicionan una cobertura excluida de unas determinadas condiciones generales y que son redactadas como accesorias a tales condiciones generales. En consecuencia, la respectiva cláusula adicional queda sujeta a todas las restricciones contenidas en las condiciones generales a las que adhiere. Ahora bien, como el sentido de la condición adicional es agregar una cobertura expresamente excluida, no le son aplicables las restricciones y exclusiones de las condiciones generales, que restrinjan o excluyan la misma materia que la cláusula adicional incorpora a la póliza. Por el contrario, las restricciones generales de la póliza, sí les son aplicables. Por ejemplo, puede observarse el caso de una póliza construida a partir de unas determinadas condiciones generales de responsabilidad civil general, y una cláusula adicional de accidentes del trabajo. Si las condiciones generales excluyen los daños provocados por derrames de hidrocarburos, y la cláusula adicional de responsabilidad patronal nada dice sobre ese riesgo, deben entenderse también excluidos de la cobertura, los daños que hayan sufrido los trabajadores por el derrame de hidrocarburos.

ii) Las exclusiones contenidas en otras cláusulas adicionales, no son aplicables a una respectiva cláusula adicional. Sólo le son aplicables las exclusiones contenidas en la misma cláusula adicional, en las condiciones generales según lo recién señalado, y en las condiciones particualres, según se verá a continuación.

iii) Las condiciones particulares no pueden restringir las coberturas expresadas en las condiciones generales y en las cláusulas adicionales, a menos que la restricción especial no modifique sustancialmente el riesgo, y haya sido expresamente aceptada por el asegurado, mediante declaración especial firmada que debe ser parte de la póliza (número 1.2. letra C, NCG Nº 124).

iv) Es recomendable que el tenor de una exclusión contenida en las condiciones generales de la póliza y, por lo tanto, de aplicación general, sea interpretada de conformidad al sentido y función de la cláusula adicional en la cuál quiera aplicarse. Por ejemplo, una cláusula que excluya los daños causados de manera negligente por el asegurado en un seguro de daños, debe ser interpretada de manera restringida a propósito de un adicional de responsabilidad civil[23].

IV. Contenido característico de una póliza de responsabilidad civil en su cobertura de responsabilidad civil patronal

1. Riesgo específico de responsabilidad civil por accidentes del trabajo cubiertos por el adicional

Las cláusulas adicionales de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, llamadas de responsabilidad civil "patronal", cubren las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil a las que se condene al asegurado por estos hechos, además de la defensa de reclamos motivadas por los mismos hechos que puedan dar lugar a una indemnización, sean estas reclamaciones fundadas o infundadas.

Estas cláusulas adicionales de responsabilidad civil establecen, además, ciertos requisitos para que surja el derecho del asegurado a ser indemnizado, entre ellas, que el accidente haya tenido lugar mientras el trabajador se encuentre desarrollando su trabajo y que el accidente haya sido cubierto al mismo tiempo por un seguro de accidentes del trabajo[24].

Por último, el riesgo transferido se excluye por medio de exclusiones, entre las que cabe destacar la que niega cobertura a los reclamos derivados de enfermedades profesionales y los originados por lesiones o muerte de trabajadores sin contrato de trabajo[25].

---

[23] En este sentido, Clarke, Malcolm, *The law of insurance contracts*, LLP, 4º edic., Londres, 2002, p. 424.

[24] Nasser Olea, Marcelo, "El seguro de responsabilidad civil del empresario por los daños ocurridos a sus trabajadores a causa de un accidente del trabajo: la cláusula de responsabilidad civil patronal" en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes), nº 20 (2011), p. 186, sugiere que la expresión "cubierto", no implica una exigencia de que el seguro haya sido pagado, sino que basta que se declare el accidente como accidente del trabajo por el respectivo órgano calificador.

[25] V. Gr. CAD 1 93 051 letra C. g) y k).

2. Delimitación temporal de la cobertura

En nuestro ordenamiento, la cobertura temporal de las pólizas de seguro está determinada por el denominado criterio de "ocurrencia", vale decir, existe cobertura para los siniestros acontecidos durante la vigencia del seguro (art. 551 del Código de Comercio). En terminología propia del seguro de responsabilidad civil, para hechos que puedan dar lugar a reclamos de responsabilidad civil cubierta por la póliza, ocurridos durante la vigencia.

No obstante, respecto del seguro de responsabilidad civil, la cobertura temporal de las pólizas se ha limitado de manera diversa, considerando cubiertos los siniestros reclamados durante la vigencia de éstas *(claims made)* o combinando los criterios en base a la ocurrencia y a reclamos *(per occurrence y claims made)*, restringiendo, de este modo, aún más la cobertura temporal de estos seguros[26].

En consecuencia, para conocer cuál es la vigencia temporal de la cobertura de responsabilidad civil, debe verificarse cuál es el período de vigencia establecido en las condiciones particulares (generalmente se establece un año, indicando días fijos y determinados para el inicio y término de cobertura), y luego revisar las condiciones generales (POL), para revisar cuál es la forma de determinación de la cobertura temporal. Si no se establece ninguna regla expresa, debe entenderse que se trata de cobertura por ocurrencia[27]. En cambio, si se predispone en las condiciones generales alguna otra forma de delimitación del riesgo, como las cláusulas claims made, deberá estarse a esa limitación, sin perjuicio de las posibles extensiones de cobertura a hechos ocurridos antes de la vigencia pero denunciados dentro de ella, o bien, a hechos ocurridos durante la vigencia pero reclamados fuera de ella[28].

---

[26] Para una apretada síntesis del origen y sentido de las cláusulas *claims made* y el debate sobre su validez, véase Lagos Villarreal, O., ob. cit., pp. 306-308. Una descripción de su operatoria en Peralta Valenzuela, Ricardo, "Cláusulas *'claims made'* y *'per occurrence'*", en Revista Chilena de Derecho de Seguros, n.º 9 (2002), disponible en http://www.aida-chile.cl/irevist.html (revisado el 04.01.2011). Análisis más detallados sobre el efecto de la contratación de seguros de responsabilidad civil utilizando cláusulas *claims made* en la delimitación temporal de la cobertura, en el ámbito del derecho español, pueden encontrarse en Sánchez Calero, Fernando, "La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil, tras la modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de Seguro" y en Calzada Conde, Mª Ángeles, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de seguro", ambos en Revista Española de Seguros, n.º 89 (1997), pp. 7-68.

[27] Así, por ejemplo, las POL de responsabilidad civil 1 91 086 y 1 97 008.

[28] Así, por ejemplo, la POL de responsabilidad civil 1 02 030, artículos 1 A, 15 y 16. En mi opinión, el debate sobre la validez de las cláusulas *claims made* no ha sido relevante en Chile, pues el origen de su creación se encuentra en los riesgos *long tail*, esto es, riesgos que se manifiestan luego de un largo tiempo de contratado el seguro. Dado que el cómputo de la prescripción extintiva en nuestro Derecho se inicia una vez que el daño se produce, el riesgo de responsabilidad civil asegurado no puede producirse más allá de cuatro años desde la "perpetración del acto" (art. 2332 del Código Civil). No obstante, en consonancia con la tendencia a favor de las víctimas en el derecho de daños y una mayor razonabilidad en el cómputo de los plazos de prescripción, no debe descartarse cambios de interpretación doctrinales y jurisprudenciales que tiendan a leer "perpetración" como "manifestación del daño" (véase en este sentido Zimmermann, Reinhard, *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectivas*, Oxford, 2005, pp. 128-129 y Elorriaga de Bonis, Fabián, "El día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina", en *Estudios de Derecho Civil III,* A. Guzmán (edit.), Legal Publishing, Santiago, 2007, pp. 771-789.

3. Delimitación espacial de la cobertura

El lugar designado en las condiciones particulares, determina la zona geográfica de producción del siniestro cubierto. Usualmente, se señala en las condiciones particulares un territorio geográfico, que puede ser un determinado país o una localidad. Para el caso del riesgo de responsabilidad civil patronal, es importante tener presente la restricción para casos vinculados a la construcción, que limita la cobertura al lugar geográfico donde tengan lugar las obras y a las oficinas de la empresa cuyo riesgo se cubre. Esto se debe a que, en la práctica, pueden producirse diferencias entre esta cobertura, y la extensión de la responsabilidad civil por accidentes del trabajo, la que incluye el traslado de los trabajadores desde su morada o domicilio hasta el lugar de trabajo. Como consecuencia de la delimitación territorial, esta responsabilidad civil se encuentra excluida, si queda fuera de la demarcación contenida en las condiciones particulares.

4. Suma asegurada

A diferencia de lo que ocurre en los seguros de daños propiamente tales, el seguro de responsabilidad presenta menos dificultades con relación a la determinación del monto de la suma asegurada y el monto de la indemnización. En efecto, para respetar el principio indemnizatorio (art. 517 Código de Comercio), tanto la ley (arts. 532 a 535 Código de Comercio) como los condicionados generales, contemplan reglas para determinar el monto de la indemnización una vez ocurrido el siniestro, adecuando el valor del objeto asegurado al valor declarado, todo esto con el límite máximo de la suma asegurada. Sin embargo, lo anterior no es necesario a propósito del seguro de responsabilidad civil, pues el objeto asegurado es la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil, y tal interés no tiene un valor de antemano, sino que sólo está determinado por la deuda de responsabilidad civil. En consecuencia, no hay objeto asegurado para valorar, y no hay una pérdida para el asegurado de algo que antes gozaba íntegramente, sino que simplemente el surgimiento de una deuda que antes no existía. Por lo tanto, no hay riesgo de enriquecimiento de parte del asegurado, de tal manera que el principio indemnizatorio, en su rol de disminuir el problema del riesgo moral, pierde sentido en este caso.

La dificultad radica en la determinación de la suma asegurada a partir de un límite general y sublímites de indemnización. Las pólizas suelen contener, en las condiciones particulares, la designación de una suma asegurada. Esta puede designarse con diversas expresiones como límite único y/o combinado, límite único y/o agregado anual, y/o límite máximo por año de seguro. Todas estas expresiones, utilizadas en conjunto, quieren decir que la suma expresada constituye el límite máximo de lo que se pagará, tanto en indemnizaciones cómo en gastos de defensa, durante el año de duración de la cobertura. Pero debe tenerse presente que es usual que otras coberturas, especialmente aquellas que han sido incorporadas por medio de cláusulas adicionales, contengan

otros límites: un primer límite está dado por la persona accidentada (un cierto monto "por trabajador", o "por pasajero"); un segundo límite puede estar dado por "evento"[29]; y un tercer límite está dado por el agregado anual. Todos estos límites se contienen entre sí de manera sucesiva, desde el límite personal, luego el límite por evento y luego el límite anual de cada cobertura cuya suma queda afecta a sublímites, hasta la suma asegurada (límite asegurado), del mismo modo que *matriochkas*[30].

5. Materia asegurada y exclusiones

El riesgo transferido se determina principalmente partir de la definición de la materia asegurada, y restando a ésta las exclusiones contenidas en la póliza. Al ser la responsabilidad civil patronal una cobertura generalmente incluida en una cláusula adicional, para determinar las coberturas debe estarse a lo establecido en ella, pero siempre en el contexto de las condiciones generales a las cuales la cláusula adicional accede y teniendo presentes las restricciones expresamente aceptadas mediante firma por el asegurado, en las condiciones particulares.

En el caso concreto de la responsabilidad por accidentes del trabajo, la materia asegurada es el pago de indemnizaciones por la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, derivada de este tipo de accidentes, como los gastos de defensa por las acciones judiciales motivadas por estos hechos, aun cuando estas sean infundadas[31].

Con respecto a la materia asegurada, es conveniente revisar algunas restricciones y exclusiones comunes en las cláusulas adicionales de responsabilidad patronal, para determinar su alcance. Es necesario tener presente que la cobertura y sus restricciones, en esta etapa del análisis, son estrictamente una cuestión de interpretación contractual. En consecuencia, las ideas que se expresan quedan sujetas a lo que se desprenda de la respectiva póliza. No obstante, existen ciertos elementos comunes que pueden ser objeto de análisis, y lo que se pretende a continuación es destacar ciertos aspectos que los intérpretes de las pólizas deben tener presentes al determinar la cobertura.

---

[29] Según Derrington y Ashton, ob. cit., p. 429, para el derecho de seguros, la expresión "evento" es sinónima de "ocurrencia". Estas expresiones muchas veces son definidas en las pólizas para precisar su extensión, pero la definición no debe alejarse del significado ordinario, cual es "el percance o acontecimiento que provoca daño por el cual el asegurado incurre en responsabilidad", a menos que se pretenda extender este significado a un evento que provoca un daño tardío. En síntesis, las expresiones ocurrencia o evento deben interpretarse como la causa próxima del daño, que precipita la responsabilidad del asegurado que activa la cobertura.
[30] Por ejemplo, una póliza puede contener sublímites de 10 por trabajador, 20 por evento, 30 en el agregado anual y un límite máximo de 40. Si tres trabajadores se accidentan como consecuencia de un mismo hecho (por ejemplo, la caída de un andamio), y se generan reclamos por 20 de parte de cada uno, el seguro sólo cubre hasta 30, y agota su cobertura anual en el sublímite respectivo. Sólo quedarán 10 de cobertura en esa póliza, pero disponibles para otros ítemes de la póliza de responsabilidad civil, y ya no para accidentes del trabajo.
[31] Cláusula A CAD 1 93 051, cláusula 1 CAD 1 02 032, cláusula 1 CAD 1 10 133.

a) ¿Qué se entiende por "trabajador" y las demandas de quiénes están cubiertas?

El seguro usualmente sólo cubre responsabilidad ante demandas planteadas por los trabajadores de la empresa asegurada y sus "sucesores o beneficiarios". Para verificar si hay cobertura, debe analizarse qué se entiende por trabajador, sucesor y beneficiario.

Trabajador es, según nuestro derecho, toda persona que presta servicios por medio de un vínculo de subordinación y dependencia con su respectivo empleador (artículos 3 b, 7 y 8 Código del Trabajo). Este es un vínculo sustancial, no formal, lo que significa que no es necesario haber firmado un documento escrito para que exista contrato de trabajo. Basta que, en los hechos, haya existido una relación de subordinación y dependencia. En este sentido, que es el "adecuado y usual", debe entenderse la expresión trabajador en las respectivas cláusulas adicionales (Parte VI, NCG nº 124). Esto debe aplicarse tanto a las cláusulas que indican la materia asegurada, como a aquellas que excluyen la cobertura en caso de demandas planteadas por quienes no tengan contrato de trabajo[32].

Por su parte, las expresiones "sucesores" o "beneficiarios" son expresiones bastante amplias y ambiguas. Por sucesores, debe entenderse incluido a cualquier causahabiente del trabajador, es decir, un heredero, un legatario, o incluso un cesionario entre vivos (en el eventual caso de una cesión de derechos litigiosos). Beneficiario es una expresión propia del derecho de seguros, que generalmente implica que existe un seguro contratado a favor de un tercero, como el seguro de vida. Pero no tiene sentido restringir el término a la circunstancia de que el trabajador accidentado sea titular de un seguro de vida, y se pueda verificar quiénes son sus beneficiarios. La expresión beneficiario debe entenderse restringida a todos aquellos que puedan ser legitimados de una acción de responsabilidad civil por daño por repercusión o rebote. Esta cláusula debe interpretarse en concordancia con otra cláusula característica de estas cláusulas adicionales (art. 1564 Código Civil), que señalan que la cobertura se extiende a demandas de responsabilidad civil, "aún cuando ellas sean infundadas"[33].

No obstante, están excluidas las demandas planteadas a partir de accidentes sufridos por los propios asegurados (extraño si en la mayoría de los casos son personas jurídicas), sus representantes, apoderados, directores, contralores y sus familiares[34]. Lo an-

[32] Por ejemplo, cláusula 4.5. CAD 1 02 032.
[33] Por todas, cláusula 1.2. CAD 1 02 032.
[34] Por ejemplo, cláusula 4.3. CAD 1 02 032.

terior se explicaría por el riesgo de connivencia entre ellos y la defensa del asegurado[35]. Sin embargo, en mi opinión esta exclusión es innecesaria teniendo presente las cargas de dirección jurídica, de no transar y de colaboración en la defensa, que afectan al asegurado. Sería recomendable que las pólizas incluyeran la protección a favor de los administradores, capataces y sus familiares[36].

b) ¿Qué debe entenderse por estar "trabajando directamente en la labor asegurada"?

Como ya hemos apuntado, la responsabilidad civil cubierta está determinada por la responsabilidad civil que se transfiere, tanto a partir de las posibilidades técnicas de asegurabilidad, como desde lo expresado en las cláusulas cuyo fin es determinar la cobertura. En este sentido, la cobertura adicional de responsabilidad patronal no es equivalente a la responsabilidad patronal. Quizás la diferencia más relevante esta determinada por la limitación en comento, pues la responsabilidad por accidentes del trabajo se extiende más allá de los accidentes provocados directamente en la labor asegurada[37].

Desde luego, la jurisprudencia sobre responsabilidad civil no se hace cargo del significado de esta expresión, pues su ámbito es más amplio. No conociendo jurisprudencia de seguros sobre este punto, habrá de interpretarse según mejor cuadre con el contrato (artículo 1563 Codigo Civil) para lo cual puede recurrirse al sentido de la cláusula adicional. Para esto, puede recurrirse a la doctrina y jurisprudencia comparada que se pronuncien sobre cláusulas y contratos análogos. DERRINGTON y ASHTON analizan la expresión "empleado que sufre una lesión que surge a partir de o en el curso del trabajo", e inducen que debe interpretarse según el contexto en que aparece; no es tan

---

[35] Es éste el fin de la cláusula, y para el cumplimiento de ese fin, aunque sea un objetivo criticable, debe interpretarse la aplicación de la cláusula. En consecuencia, coincido con la crítica de Elguero Merino, José María, "Sección 8ª. Seguro de Responsabilidad Civil", en *Ley de Contrato de Seguro*, F. Reglero (coord.), Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1060-1061, al primer fundamento del fallo STS (Civil) de 9 de marzo 2000 (RJ 2000, 1517), que no aplica una exclusión de una póliza de responsabilidad civil, que niega cobertura a quienes no tengan la condición de tercero, negándosela a los socios de una cooperativa. En la especie, la víctima es, precisamente, socio de una cooperativa, pero el tribunal no aplica la exclusión, por no haber sufrido el accidente en su rol de trabajador de la misma y, por lo tanto, de socio cooperativo, sino en su rol de cliente. No obstante, el Tribunal Supremo español evade la aplicación de la exclusión no sólo por la razón señalada, sino también en razón de un segundo fundamento. En virtud de éste, el tribunal considera que un socio de una cooperativa que no tiene intervención en los negocios sociales, no puede incrementar el riesgo en perjuicio de la compañía. Esto es, una interpretación funcionalista de la exclusión que, en mi opinión, es adecuada.

[36] Este es un caso de posibilidad de competir a través de la calidad de las cláusulas o del "producto", más allá de la diferencia de precios, calidad de administración del siniestro y prestigio de las compañías. Estas diferencias son más visibles cuando la calidad de los servicios de intermediación de seguros y administración de riesgos es alta.

[37] Como es el caso de los accidentes de trayecto. No obstante, el concepto de accidente del trabajo es utilizada para restringir la aplicación de la cobertura adicional. En efecto, se excluyen de ella los casos que no puedan entenderse comprendidos dentro de la cobertura del seguro social de accidentes del trabajo, regulado en la ley de accidentes del trabajo. Como puede apreciarse, la noción de accidente del trabajo utilizada para restringir la cobertura adicional, no es la propia del sistema de responsabilidad civil, sino la del sistema de seguridad social.

amplia como "en razón de su empleo"; no es la expresión "en el curso de" equivalente a "durante"; es una cuestión de hecho determinar si el trabajador relevante estaba involucrado en las labores de trabajo al tiempo del accidente, y el hecho de encontrarse en el lugar de trabajo, no significa necesariamente que el trabajador se haya encontrado desarrollando actividades vinculadas con su trabajo[38]. En síntesis, es una cuestión de hecho determinar si el trabajador se encontraba prestando servicios directamente en la labor asegurada al momento del accidente. Pero da la impresión que la expresión pretende excluir aquellas circunstancias del trabajo que no implican su estricta ejecución, como la permanencia o alojamiento en el lugar de trabajo, o los traslados. Ahora bien, esto es lo que se desprende de la sola lectura de la cláusula adicional. Sin embargo, el contrato de seguro de responsabilidad civil, es la póliza completa. De este modo, si puede interpretarse que la intención de la póliza es cubrir la total y completa responsabilidad civil del asegurado por accidentes de sus trabajadores, y esto no se logra en razón de un defecto en la construcción de la misma atribuible al asegurador-redactor, se abre la puerta para la existencia de cobertura. Esto último, especialmente si la cláusula adicional escogida para complementar la carencia de cobertura donde es requerido, no sirve para los efectos acordados.

Como veremos, esta cuestión se vincula a otro problema, cual es la posibilidad de interpretar la póliza a partir de elementos externos a ella. Pero es conveniente, en estos casos en que el seguro de responsabilidad civil manifiesta sus limitaciones como técnica de administración de riesgos, tener presente la complementariedad de la cobertura de responsabilidad civil con la de accidentes personales. Esto se debe a que, si falla la cobertura de responsabilidad civil, la de accidentes personales seguramente contemplará cobertura. No obstante, no es claro que la indemnización pagada a partir de una póliza de accidentes personales, pueda imputarse a la eventual deuda de responsabilidad civil[39]. Quizás la opción adecuada es designar como asegurado de accidentes personales al trabajador, pero como beneficiario, al empleador. Lo anterior, en la medida de que exista claridad de que no existirán problemas de falta de interés asegurable[40]. Esta forma imprecisa de construir la cobertura necesaria, hace patente la necesidad de contar con un seguro de responsabilidad civil patronal que coincida completamente con el riesgo de responsabilidad civil por accidentes del trabajo.

c) ¿Qué implica la restricción de responsabilidad contractual?

Las cláusulas adicionales de responsabilidad civil patronal suelen contemplar que la materia asegurada se restringe a las indemnizaciones que deban pagarse en

---

[38] "Liability to an employee who suffers an injury arising out of or in the course of employment" (*The law of liability insurance*, Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2005, p. 1033).
[39] Véase Elorriaga de Bonis, Fabián, *"Compensatio lucri cum damno: las eventuales imputaciones a las indemnizaciones de perjuicios"* (en prensa).
[40] Referencia artículo Contreras en RCh Der Priv.

razón de la responsabilidad contractual[41]. ¿Quiere decir esto que si la condena de responsabilidad civil por accidente del trabajo contra el asegurado, declara que se condena en razón de haberse incurrido en responsabilidad contractual, no habrá cobertura?

Una interpretación literal del texto conduce a esa conclusión. Sin embargo, esta forma de entender la redacción de la cláusula adicional, implicaría que en muchos casos su contratación resultaría inútil. Como es sabido, la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo, puede ser tanto contractual como extracontractual y, por consiguiente, depende de la opción realizada por el legitimado activo al demandar, la calificación que finalmente realizará el juez. En consecuencia, una interpretación literal haría que la póliza, entendida como "producto", fuera de escasa utilidad e interés para los asegurables. Por lo tanto, esta restricción de la materia asegurada, debe entenderse en el sentido de que la cláusula adicional no cubre aquellas indemnizaciones debidas a los trabajadores, por responsabilidad civil, cuando éstas provengan de relaciones estrictamente contractuales, es decir, si la indemnización se debe a partir de un hecho que no es al mismo tiempo calificable como un ilícito civil que podría generar responsabilidad extracontractual[42].

6. Partes aseguradas y responsabilidad civil cruzada

a) Partes aseguradas

Las partes aseguradas están señaladas en las condiciones particulares de la póliza. En ellas, se indica quien es el asegurado y, además, usualmente se agregan asegurados adicionales, que usualmente son contratistas o subcontratistas que trabajan en conjunto con el asegurado principal en el lugar donde la empresa realiza sus funciones.

b) Responsabilidad civil cruzada

Las cláusulas de responsabilidad civil cruzada tienen su origen en los seguros sobre todo riesgo construcción[43]. En este tipo de riesgo es compartido por diversas empresas que trabajan en conjunto (el dueño de la obra, contratistas y subcontratistas),

---

[41] Cláusulas 1.1. CAD 1 02 032; A 1. CAD 1 93 051; 1.1. CAD 1 10 133.

[42] En este sentido, la redacción de la exclusión contenida en la cláusula 4.1. CAD 1 10 133 es adecuada, al predisponer que "esta cláusula adicional no cubre la responsabilidad civil, ni los gastos de defensa provenientes de: incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales de seguro de accidentes del trabajo o de pago de remuneraciones y, en general, demandas judiciales fundadas en cualquier relación laboral". No obstante, y seguramente como una manera de obtener mayor seguridad, pero oscureciendo el sentido de la CAD, contempla la restricción a responsabilidad extracontractual. Por su parte, Nasser Olea, M., ob. cit., pp. 189-190, reconoce la práctica de liquidadores de recomendar pagar y de aseguradores de pagar, aún cuando se condene por responsabilidad extracontractual, a pesar de la exclusión de responsabilidad contractual. No obstante, considera que es necesario eliminar esta exclusión.

[43] Cañizares Rubini, Francisco y Pavelek Zamora, Eduardo, "La responsabilidad civil patronal y su aseguramiento", en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, F. Sánchez Calero (dir.), Musini, Madrid, 1994, p. 313.

que por necesidades comerciales es conveniente que sean tenidas por una sola, para efectos del seguro[44]. En consecuencia, suele pactarse que los demás partícipes de la obra serán asegurados adicionales, pero que para efecto de las reclamaciones que puedan realizarse entre ellos, se les considerará como si cada uno hubiese contratado una póliza distinta. De este modo, las reclamaciones entre los coasegurados son admitidas, y pueden ser cubiertas por la misma póliza[45].

Esta misma idea fue trasladada a los seguros de responsabilidad civil. Una típica cláusula de responsabilidad civil cruzada, se establece como reza a continuación: "para efectos de esta póliza, cada una de las partes comprendidas como asegurado deberán ser consideradas como una entidad legal separada y la palabra 'asegurado' será aplicada a cada parte como si una póliza separada hubiese sido emitida a cada una de las partes mencionadas pero nada de lo indicado deberá operar para aumentar los límites de responsabilidad del asegurador señalados en las condiciones particulares"[46]. Como puede apreciarse, el sentido de la expresión responsabilidad civil *cruzada*, es precisamente la admisibilidad de reclamos cruzados, es decir, donde un sujeto que tiene la calidad de asegurado en una póliza, pueda operar como demandante contra un coasegurado de esa misma póliza. Esto es lo esencial en la responsabilidad civil cruzada, lo que se logra a través de la ficción "de suponer que cada uno de ellos hubiera

---

[44] Esto se debe a que es inconveniente que, en caso de que durante la construcción de una obra de gran envergadura, se produzca un siniestro, las diversas empresas involucradas inicien litigios entre sí. Esto podría ocurrir, típicamente, si un incendio que involucra a toda la faena, es iniciado por la negligencia de un subcontratista. Para evitar litigios entre ellos (o, más bien, una serie de litigios entre los diversos aseguradores de cada uno de ellos) posibles insolvencias y problemas en la continuación de los trabajos, se considera que todos son asegurados bajo la misma póliza, y se limitan los derechos de subrogación de la compañía contra quien produce el daño. Además, esta técnica tiene como objetivo evitar que la misma obra sea asegurada varias veces por cada uno de los involucrados, lo que aumenta exponencialmente los costos de la construcción. Este es el fundamento por el cual el *Common Law* limitó los derechos de subrogación en estos casos (véase los efectos en el *Common Law de Petrofina (UK) Ltd v Magnaload Ltd [1983] Lloyd's Rep 91*, según Birds,John y Hird, Norma Jean, *Birds' Modern Insurance Law*, Thomson Sweet and Maxwell, 5ª edic., Londres, 2001, pp. 307-309 y Lowry, John y Rawlings, Philip, *Insurance law. Doctrines and principles*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 296-298.

[45] En Chile, un ejemplo es la cláusula opcional (COP) de responsabilidad civil cruzada 1 95 005, opcional a seguros todo riesgo construcción y montaje. Sus principales condiciones son:
Artículo 1. Cobertura: Queda entendido y convenido que, sujeto a los términos, exclusiones, cláusulas y condiciones contenidos en la póliza y sujeto al pago de la extraprima acordada, la Sección Segunda, Responsabilidad Civil de esta póliza se aplicará a cada una de las partes mencionadas como aseguradas, en la misma forma como si a cada una de ellas se hubiera extendido una póliza por separado.
Artículo 2. Condiciones:
2.1 La compañía renuncia a cualquier acción que la misma tuviese en contra de cualquier asegurado bajo la presente en los términos definidos en el artículo 1º cobertura de esta cláusula opcional.
2.2 Sin embargo, la responsabilidad total de la compañía con respecto a las partes aseguradas no excederá, en total, para un accidente o una serie de accidentes provenientes de un sólo y mismo evento, del límite de indemnización señalado para la Sección Segunda en las Condiciones Particulares de la póliza.

[46] Derrington y Ashton, ob. cit., p. 687.

suscrito una póliza independiente en la que todos asimismo adquieran la consideración de terceros"[47].

No obstante, la única cláusula adicional de responsabilidad civil cruzada para seguros de responsabilidad civil incorporada al depósito de pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros, tiene una extraña configuración, contraria al sentido evidente de una cláusula de responsabilidad civil cruzada, e incluso contraria al sentido de una cláusula adicional[48].

Es contraria al sentido evidente de la responsabilidad civil cruzada, pues el efecto de esta cláusula no es admitir los reclamos entre coasegurados, sino que excluirlos. En efecto, no se considera terceros, esto es, sujetos cuyas reclamaciones o demandas contra los asegurados se encuentran cubiertas por el seguro de responsabilidad civil, "ninguno de los asegurados ni sus empleados…". Por lo tanto, si un coasegurado demanda a otro coasegurado, la interpretación literal de esta cláusula adicional excluye la cobertura. Por otra parte, esta cláusula adicional es contraria a la definición misma de cláusula adicional. Una cláusula adicional siempre incorpora coberturas, y no puede uti-

---

[47] Cañizares y Pavelek, ob. cit., p. 313.

[48] CAD 1 93 052, adicional a POL 1 91 086: "El presente adicional es una extensión de la cobertura de Responsabilidad Civil Extracontractual indicada en la póliza.
No obstante cualquier condición o exclusión en contrario indicada en las Condiciones Generales de esta póliza, la cobertura contratada se extiende a cubrir en virtud de este adicional, la responsabilidad civil extracontractual de los asegurados adicionales indicados en las Condiciones Particulares, por las pérdidas o daños que causen a terceros.
Para los efectos de este adicional se considerarán como asegurados adicionales a las personas o entidades que sean señalados como tales en las Condiciones Particulares del seguro.
Para los efectos de este adicional se consideran terceros todas las personas o entidades distintas de los asegurados, por lo que no se considerarán como terceros a ninguno de los asegurados ni sus empleados, socios, representantes o apoderados, de tal manera que los reclamos que presenten uno o más de los asegurados, sus socios, empleados, representantes o apoderados, contra cualquier otro u otros asegurados, sus empleados, socios, representantes o apoderados, no se encuentran cubiertos por esta póliza.
Tampoco serán considerados terceros para todos los efectos, los familiares de los asegurados, entendiéndose por tales al cónyuge, descendientes o ascendientes consanguíneos, hermanos, hijos adoptivos o hijastros que con ellos convivan.
Sólo existirá responsabilidad de la compañía si:
1. La pérdida o daño son causados directamente por la actividad del asegurado señalada en las Condiciones Particulares del seguro y ocurren durante la vigencia del seguro.
2. Las Condiciones Particulares determinan una suma específica asegurada para esta cláusula adicional, suma que corresponderá a un sublímite total de indemnización para este adicional por evento y para toda la vigencia del seguro, cualquiera sea el número, cuantía o naturaleza de los eventos que ocurran durante toda la vigencia del seguro.
Esta cláusula adicional se encontrará vigente durante el mismo período de cobertura del riesgo asegurado de la póliza principal.
En lo no modificado expresamente por este adicional quedan plenamente vigentes las demás condiciones, términos y exclusiones del seguro al que accede".

lizarse para realizar exclusiones[49]. En cambio, la CAD 1 93 052 no adiciona una nueva cobertura. En efecto, la cláusula adicional establece que "no obstante cualquier condición o exclusión en contrario indicada en las Condiciones Generales de esta póliza, la cobertura contratada se extiende a cubrir en virtud de este adicional, la responsabilidad civil extracontractual de los asegurados adicionales indicados en las Condiciones Particulares, por las pérdidas o daños que causen a terceros". Sin embargo, esta extensión de la cobertura se logra mediante la incorporación explícita de asegurados adicionales en las condiciones particulares de la póliza. Por lo tanto, la declaración contenida en su encabezado es superflua, pues no puede convertir en asegurados adicionales a quienes ya lo eran. Por el contrario, la cláusula adicional pretende excluir las reclamaciones entre los asegurados adicionales, al considerarlos terceros entre sí. En consecuencia, la verdadera finalidad de esta cláusula adicional de responsabilidad civil cruzada es dejar claramente de manifiesto la exclusión de los reclamos que se realicen los coasegurados entre sí[50].

En síntesis, la cláusula adicional de responsabilidad civil cruzada disponible en el mercado chileno tiene, al menos, dos defectos: no ser una verdadera cláusula de responsabilidad civil cruzada y, además, ser una cláusula adicional cuyo único efecto es excluir cobertura. En consecuencia, al ofrecerse por el asegurador una cláusula de responsabilidad civil cruzada mediante la incorporación de una cláusula adicional, no puede menos que entenderse que la intención de las partes es admitir las demandas cruzadas. Por lo tanto, construida de esta forma la póliza, debe admitirse la cobertura de tales reclamaciones y demandas.

7. Pago al asegurado y concurrencia de otros seguros

El seguro de responsabilidad civil en Chile, se encuentra a medio camino entre un seguro de daños y un seguro preventivo de responsabilidad civil propiamente tal. Esto se debe a que, por un lado, no es necesario que haya una efectiva disminución patrimonial del asegurado para que surja la obligación del asegurador de indemnizar, pues basta que empiecen a devengarse los gastos de defensa para que se haga efectiva la obligación indemnizatoria del asegurador, y basta con la dictación de una sentencia condenatoria

[49] Según la NCG 124, cláusulas adicionales "son aquellas estipulaciones accesorias a uno o más textos de pólizas determinados, que permiten extender o ampliar las coberturas comprendidas en las condiciones generales de un texto depositado, incluyendo riesgos no contemplados o expresamente excluidos. Por consiguiente, no podrán ser objeto de cláusulas adicionales la inclusión de limitaciones a las coberturas o de restricciones a los derechos de los asegurados".

[50] La POL 1 91 086 excluye del ámbito del seguro las reclamaciones realizadas por socios, familiares o dependientes del asegurado, por lo que los reclamos entre coasegurados no estarían expresamente excluidos, a no ser por el efecto de la CAD 1 93 052.

para que la compañía se encuentre obligada al pago de la indemnización[51]. Pero, por otro lado, al no existir acción directa contra la compañía, ésta nada debe a la víctima, y sólo contrae una deuda contra el asegurado[52]. Por todo esto, el seguro de responsabilidad civil en nuestro país, debe pagarse al asegurado, a medida que se devenguen los gastos de defensa (según se pacte en la póliza), una vez que se celebre transacción con el acuerdo de la compañía o se dicte sentencia (pero sólo hasta el monto asegurado y restando del pago los gastos de defensa solventados por la compañía, salvo acuerdo en contrario).

A pesar de lo anterior, puede ocurrir que la empresa demandada por su responsabilidad civil ante un accidente del trabajo, haya además contratado un seguro colectivo de accidentes personales o de vida a favor de su trabajador. Debe destacarse que, en la medida de que el trabajador o sus causahabientes sean designados como beneficiarios, la suma pagada en virtud de este seguro no es compensable contra la cobertura de responsabilidad civil, pues ambas son de diversa naturaleza y tienen distinta causa. No obstante, este resultado puede obtenerse de todas formas si se inserta una cláusula en el seguro de responsabilidad civil por la cual se descuente a la cobertura de responsabilidad civil todo lo que haya sido pagado al trabajador o sus causahabientes por el mismo asegurador, en razón de una póliza de accidentes personales o de vida[53]. En mi opinión, esta cláusula es inadmisible, pues lo pagado por un seguro de vida no puede compensarse a la suma de la indemnización establecida en el juicio de responsabilidad civil[54]. En el caso de seguros de accidentes personales, si bien estos sí son compensables con la indemnización, no parece razonable que se rebaje el pago indemnizatorio de parte del seguro, pues éste se rebaja del monto asegurado del seguro de responsabilidad civil, no de lo que efectivamente vaya a recibir el trabajador accidentado o sus causahabientes[55]. Esto significa que la compensación realizada por la cláusula del contrato

---

[51] Como la obligación indemnizatoria de este seguro puede hacerse exigible en un momento muy anterior a la dictación de la sentencia, en virtud de la cobertura de defensa jurídica, es razonable que se realice una liquidación luego de producido un accidente que pueda dar lugar a una reclamación de responsabilidad civil cubierta por la póliza. Este es un preinforme de liquidación que posteriormente será corroborado una vez que exista condena o transacción. De este modo, si bien podría ocurrir que existiese una divergencia entre las acciones ejercitables por las víctimas, según pueda preverse luego de producido el siniestro, en comparación con el contenido efectivo de la condena, es poco probable que eso ocurra y, por consiguiente, el pronunciamiento preliminar del liquidador del seguro de responsabilidad civil se vuelve definitivo. Por último, debe entenderse que el informe de liquidación final no debe convertirse en una instancia para contradecir las conclusiones del informe preliminar, a menos que dicha contradicción se funde en nuevos hechos desconocidos para el liquidador al momento de dictar su preinforme. Cfr. la descripción del proceso de liquidación en Paredes Ortiz, Jorge, "La cobertura del seguro de responsabilidad civil patronal: aspectos prácticos relevantes", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Universidad de los Andes), nº 10 (2005), pp. 252-253.

[52] No obstante, en Chile ocurre en ocasiones que las compañías de todos modos paguen directamente a las víctimas.

[53] Esta cláusula suele insertarse en las condiciones particulares de una póliza de responsabilidad civil de empresa que comprenda diversos tipos de cobertura de responsabilidad civil.

[54] A favor de la compatibilidad de los seguros de capitalización con las indemnizaciones de responsabilidad civil Barros Bourie, E., ob. cit., p. 907 y Elorriaga de Bonis, Fabián, "*Compensatio lucri cum damno*: las eventuales imputaciones a las indemnizaciones de perjuicios", (en prensa).

[55] Barros Bourie, E., ob. cit., p. 909.

de seguro va en perjuicio del asegurado, y no de quien obtendría el enriquecimiento injusto, esto es, el trabajador accidentado o sus causahabientes. En consecuencia, salvo que haya una justificación suficiente en cuanto a una disminución del pago de la prima del seguro de responsabilidad civil, por el hecho de la contratación de un seguro de accidentes personales a favor de los trabajadores del asegurado, la cláusula que establece la compensación de lo pagado por un seguro de accidentes personales al trabajador de lo que corresponda pagar por el adicional de responsabilidad patronal, es una cláusula sin causa y, por lo tanto, ilícita[56].

8. La cobertura de defensa jurídica

a) Cómo determinar cuál es el contenido de la cobertura

En cuanto el seguro de responsabilidad civil no está regulado en nuestra legislación, su contenido dependerá de lo acordado por las partes. De esta forma, la extensión del seguro de defensa jurídica está determinada, en primer lugar, por lo estipulado y el sentido del contrato. Pero si no existe una delimitación especial, clara y precisa, ¿cómo se determina la extensión de esta cobertura?

La defensa del asegurado de responsabilidad civil es una parte de las obligaciones contraídas por el asegurador en el seguro de responsabilidad civil, si entendemos que en este tipo de seguro lo asegurable es el interés por mantener la integridad del patrimonio, ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil, y los gastos que esta posibilidad acarrea[57]. La cobertura de defensa jurídica es accesoria a la de responsabilidad civil, y eso es precisamente lo que permite distinguir un seguro de defensa jurídica propiamente tal, contratado aparte de un seguro de responsabilidad civil, de la cobertura de defensa contenida en el seguro de responsabilidad civil[58].

Por consiguiente, la determinación de en qué casos corresponde que el asegurador asuma la defensa del asegurado, está dada por los pactos contenidos en la póliza. De no expresarse una delimitación especial, como ocurre generalmente, el asegurador deberá asumir la defensa de todas aquellas reclamaciones que puedan generar responsabilidad civil derivada de la póliza. Lo anterior no quiere decir que el asegurador no pueda, con acuerdo del asegurado, renunciar a su deber de defender pactado de esta forma en la póliza, sino que de todas formas puede hacerlo, pero asumiendo los costos de la defensa hasta el monto de la suma asegurada[59].

---

[56] En todo caso, debe tenerse presente que usualmente las enfermedades profesionales se encuentran excluidas en los adicionales de responsabilidad civil patronal.
[57] Así, Calzada Conde, M., ob. cit., p. 92, ha expresado: "que el asegurador esté obligado a gestionar la defensa frente a la reclamación del tercero no es una especie de garantía o cobertura adicional a la cobertura relativa a la deuda de responsabilidad civil, sino una forma de ejecución de la obligación genérica del asegurador de liberar al asegurado de las consecuencias económicas ligadas a su eventual responsabilidad civil, exigida, como ya se señaló, por el interés general del seguro".
[58] Roncero, A., ob. cit., p. 80. En este caso, las coberturas no son alternativas sino complementarias (Idem, p. 316).
[59] Lagos Villarreal, O., ob. cit., pp. 465-467.

En cuanto a los tipos de reclamos cubierto, la doctrina comparada considera que la póliza cubre todos aquellos reclamos que puedan dar lugar a responsabilidad civil cubierta por la póliza, sean fundados o infundados, y los costos de negociación de reclamos extrajudiciales. En mi opinión, debe además entenderse que la defensa del asegurado ante entidades administrativas o la defensa de carácter penal, también se encuentran cubiertas[60]. Esto se debe a que en ambos tipos de procesos, si bien su resultado no se manifiesta necesariamente en una condena indemnizatoria, se discuten y hasta pueden fijarse los hechos que darán lugar a la correspondiente demanda de responsabilidad civil. Por lo tanto, puede interpretarse que es un reclamo cubierto, pues puede dar lugar a responsabilidad civil, aunque de manera indirecta. Esta interpretación favorece no sólo al asegurado, sino también al asegurador, quien tiene siempre tendrá interés en controlar o al menos supervigilar la defensa de reclamos o procesos que pueden dar lugar a un pago a en cumplimiento de la póliza de responsabilidad civil[61].

b) Oposición a la cobertura luego de iniciada la defensa

¿Qué ocurre si el asegurador estima que no hay cobertura, o que no es claro que exista cobertura a partir de la póliza, o bien, que hay otras circunstancias que lo habilitan para negar cobertura? ¿El asegurador está obligado a dar inicio a la defensa, o puede negarse a defender ante una demanda que considera no cubierta? ¿Puede iniciarse la defensa y luego desecharse por falta de cobertura?

Las preguntas indicadas pueden resolverse a partir de la determinación de dos aspectos. En primer lugar, si el asegurador tiene el deber de defender, o sólo la facultad de defender. Esto está determinado por el tenor de lo pactado, pues puede ocurrir que el asegurador tenga la facultad de ceder la dirección de la defensa al asegurado, lo que es inusual. Al ser parte de la contraprestación que el asegurador debe al asegurado, usualmente habrá de entenderse que el asegurador contrae el deber de solventar los gastos de defensa del asegurado ante un hecho que puede dar lugar a un reclamo cubierto. Para determinar si se está o no ante un reclamo cubierto, debe atenderse a los hechos tal y como han sido reclamados por la supuesta víctima[62]. En todo caso, esta es una obligación que cede en interés tanto del asegurado como del asegurador, por lo que es razonable esperar que el asegurador se haga cargo de esta defensa.

---

[60] La doctrina comparada está de acuerdo en que la defensa penal no puede quedar sujeta a la dirección del asegurador, salvo que lo autorice el asegurado, conservando de todos modos la última palabra con respecto a la estrategia de la defensa. Con respecto a si los gastos de este tipo de defensa debe asumirlos el propio asegurado o el asegurador, Calzada Conde, M., ob cit., p. 96, señala, citando a la jurisprudencia española, que "si el asegurado gestiona su propia defensa el asegurador estará obligado a asumir los gastos correspondientes".
[61] En contra, Paredes Ortiz, J., ob. cit., p. 247, quien considera que el seguro sólo cubre la defensa de las reclamaciones en sede civil.
[62] *Ibidem*, p. 467.

En segundo lugar, si el asegurado puede oponer como defensa al asegurador, la renuncia de su derecho de oponerse a la cobertura por haber asumido la defensa, o la imposibilidad de oponerse a sus propios actos, por el hecho de contradecir la cobertura que él mismo representó que existía por el hecho de asumir la defensa[63]. Puede señalarse que existen dos posiciones extremas respecto a este punto. Por un lado, algunos consideran que, en principio, la asunción de la defensa debe entenderse como afirmación de cobertura y, por lo tanto, el asegurador que lo hace no puede, posteriormente, negar el eventual pago de la indemnización. Sólo podrá hacerlo si, previamente, renuncia a la defensa del asegurado, alegando la existencia de una causa específica que le permite oponerse al pago[64]. Por otro lado, la doctrina del *Common Law*, siguiendo lo resuelto por la jurisprudencia, sostienen que la asunción de la defensa por parte del asegurador, es un mero indicio de que el reclamo o demanda puede dar lugar a responsabilidad civil cubierta[65]. En nuestro país, el asegurador sólo asumirá la defensa en la medida que exista un preinforme de liquidación favorable a considerar que el accidente puede generar un reclamo de responsabilidad civil cubierto por la póliza. Si el asegurador, a partir de este preinforme favorable, asume la defensa del asegurado, no puede contradecir sus propios actos posteriormente, negando cobertura, salvo que hayan surgido nuevas circunstancias desconocidas al momento del preinforme, que ni el asegurador ni el liquidador conocieron o no hayan debido conocer, que justifiquen un cambio de opinión.

9. Interpretación de la póliza

Nuestro ordenamiento sólo contempla una regla de interpretación de los contratos de seguros, y es la contenida en el artículo 3 letra e inciso tercero del DFL 251 de 1931 (conocido como Ley de Seguros), que señala: "será responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten, estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario, según sea el caso". Como puede apreciarse, la interpretación contra el redactor se reconoce como la principal regla hermenéutica.

Pero esta no es la única regla interpretativa, pues debe entenderse que, a falta de otras reglas especiales de interpretación, se aplican las normas generales de inter-

---

[63] Una descripción completa del estado de la cuestión relativa a *waiver* y *estoppel* en el derecho del seguro de responsabilidad civil en el *Common Law*, en Derrington y Ashton, ob. cit., pp. 1140-1208.

[64] Esta es la posición dominante en el derecho argentino (por todos, Halperín, Isaac, Seguros, Depalma, 3ª edic., Buenos Aires, 2001, p. 525).

[65] No obstante, si la causa para negar el pago de la indemnización no es la falta de cobertura, sino que el incumplimiento de una carga, la doctrina anglosajona estima que el asegurador, apenas conoce que el asegurado la ha inejecutado, debe oponer la inejecución para evitar el pago de la indemnización. Si continúa la defensa del proceso, se entiende que ha renunciado a su derecho de negar el pago de la indemnización a partir de una carga incumplida (Birds, J., y Hird, N. J., *Birds' modern insurace law*, Thomson Sweet and Maxwell, Londres, 2001, p. 352.

pretación de contratos del derecho privado, contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil.

Estas aclaraciones previas son relevantes, pues suele apreciarse en la práctica de los seguros y en la liquidación de siniestros, un nivel de análisis en el que la existencia o inexistencia de cobertura se obtiene a partir de la revisión descontextualizada de cláusulas del contrato, como si tal fuese el sistema de interpretación propio del contrato de seguro[66]. Además, esto es especialmente relevante respecto del seguro de responsabilidad civil de empresa, pues, como se ha dicho, éste se construye a partir de diversos condicionados generales, cláusulas adicionales y condiciones particulares, integrados en un solo documento, denominado póliza, la que constituye la expresión escrita del contrato.

En este sentido, es relevante para el seguro de responsabilidad civil de empresa, en el que se inserta la responsabilidad civil patronal, la regla del art. 1564 del Código Civil, que establece que "las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". Pero no sólo el texto del contrato es relevante, pues el acuerdo de las partes no es sólo lo que se encuentra por escrito, sino lo que ellas efectivamente acordaron al momento de contratar, como culminación de un proceso previo de negociaciones y tratativas, las que en el caso del seguro puede incluso incluir la participación de auxiliares del comercio de seguros, como corredores y agentes.

Cabe entonces preguntarse: ¿Puede una póliza interpretarse a partir de elementos externos de su texto, como la evidencia de lo discutido y acordado por las partes en la etapa de negociación? Esta es una cuestión ardua, que excede con mucho las posibilidades de este trabajo, y que ha sido discutida con profundidad en Inglaterra, ordenamiento en el que rige la *parol evidence rule*, que impide, en principio, que se contradiga lo expresado por escrito en el contrato[67]. Como una forma de romper los límites de esta regla, la jurisprudencia inglesa ha debatido sobre la conveniencia de admitir, en algunos casos, el recurso a elementos externos al contrato escrito. Lo anterior, no sólo para clarificar el significado de palabras ambiguas o patentemente absurdas, sino que para proveer una perspectiva desde donde reescribirlas, si la evidencia extrínseca convence al juez de que las partes han utilizado mal las palabras, es decir, no han dicho lo que realmente querían decir[68]. En nuestro sistema, la doctrina más autorizada sobre interpretación de contratos indica expresamente que parte de los criterios de interpretación contractual hacen referencia, precisamente, a elementos extrínsecos. Más aún, se declara que el sistema subjetivo de interpretación al que adhiere nuestro derecho

---

[66] Criterio contrario al que manifiestan autoridades sobre derecho de seguros, quienes dejan de manifiesto que las palabras del contrato de seguro se interpretan "con menos atención meticulosa a las palabras efectivamente usadas" (Clarke, M. ob. cit., p. 411) y requiriendo a los jueces "combinar los diversos documentos contractuales con el fin de extraer el sentido general de la póliza" (Bigot, Jean, "Les documentes contractuels", en *Traité de droit des assurances*, J. Bigot (dir.), L. G. D. J., Paris, 2002, v. 3, p. 405

[67] Véase Treitel, Guenter, *The law of contract*, Thomson Sweet & Maxwell, 11ª edic., Londres, 2003, pp. 192-201.

[68] Clarke, M., ob. cit., p. 425.

privado, "es inconcebible sin la exigencia de apreciar los elementos extrínsecos a la declaración"[69]. En consecuencia, nuestro sistema admite la apreciación de elementos externos al contrato escrito, y es recomendable, cuando el documento se aleje de lo que efectivamente se había acordado, recurrir a elementos como: contratos anteriores entre las mismas partes; un contexto más amplio, referido a la forma en que un determinado tipo de convención se conduce o aplica en la práctica de los negocios; a la finalidad u objetivos que el contrato pretendía conseguir, manifestados en circunstancias o instrumentos externos al texto del contrato[70].

Finalmente, debe además tenerse presente el problema de la responsabilidad civil profesional de los intermediarios de seguros, agentes y corredores. En efecto, una declaración errada de existencia de cobertura en una determinada póliza a contratar, o bien, un consejo negligente sobre los condicionados a escoger, pueden dar lugar a que se incurra en este tipo de responsabilidad civil. Para responder por los posibles daños, se contempla la obligatoriedad de contraer garantías para ejercer la actividad de agente o corredor de seguros: una boleta bancaria o, irónicamente para este caso, un seguro de responsabilidad civil (art. 62 letra b DFL 251 de 1931).

Conclusiones

Las cuestiones analizadas sobre el riesgo de las empresas de incurrir en responsabilidad civil y las posibilidades de administrar este riesgo a través del seguro de responsabilidad civil, sugieren las siguientes conclusiones:

1. Las conductas técnicamente inasegurables se restringen a aquellas que constituyen una manifestación de intencionalidad propia del asegurado o son manifiestamente contrarias al orden público.

2. El análisis de las coberturas de las pólizas de responsabilidad civil de empresa, respecto a la responsabilidad civil por accidentes del trabajo, debe hacerse no sólo a partir de la revisión de lo expresado en la respectiva cláusula adicional, sino que en el contexto de la totalidad de la póliza y de las circunstancias de la contratación del seguro.

3. Se observa cierta opacidad respecto de los criterios de interpretación de las cláusulas adicionales sobre accidentes del trabajo, derivada en gran medida de la falta de publicidad que aqueja a la jurisprudencia sobre seguros y en la falta de fundamentación racional y discusión doctrinal sobre los contenidos esperables y reales de las

---

[69] López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 394.
[70] En un sentido análogo, Clarke, M., ob. cit., p. 429-430.

coberturas, descansado usualmente en cómo se entienden las pólizas "en la práctica". Mayor claridad y profundidad de la fundamentación con respecto a los juicios relativos a las coberturas, que eviten incerteza respecto del alcance de los seguros contratados y una posterior sensación de desprotección o arbitrariedad, es esencial para el desarrollo del mercado asegurador. Después de todo, esto último depende de integrar más actores al conocimiento de esta área fundamental de la economía y el derecho privado.

SENTENCIA QUE ACOGE EL CRITERIO DE LA NO SOLIDARIDAD DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA*.

DECISION THAT HOSTS THE CRITERIA OF THE SOLIDARITY OF THE OWNER OF THE FACILITIES

CAROLINA SCHIELE M**.

RESUMEN: Frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo, la línea seguida por los Tribunales Superiores sostiene, que la responsabilidad de la empresa principal es solidaria respecto de las indemnizaciones que pueden nacer a favor de los trabajadores de los contratistas o subcontratistas. Sin limitarse sólo a las obligaciones de dar, de expresa consagración legal. Sin embargo, ni el Código del Trabajo ni en la Ley 16.744 de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales consagran amplia y genéricamente tal solidaridad. En este contexto, cabe destacar la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena que consagra expresamente la no solidaridad de la empresa principal en esta clase de responsabilidad civil.

Palabras clave: accidentes del trabajo, responsabilidad civil.

ABSTRACT: Againts the event of a Work Accident, the Supreme Courts maintains that the liability of the owner of the facilities, is solidarity on the compensation that may arise for employees of contractors or subcontractors. Not limited only to the obligations of give, as the legal text express. Neither the Labour Code and the Law of Labor Accidents and Diseases consecrates such solidarity. In this context, we must emphasize the decision of the Labour Court of La Serena which enshrines the not solidarity of the owner of the facilities in this kind of civil liability.

Key words: labor accidents, damages.

---

* Comentario de Sentencia: Ponencia en Seminario *"La responsabilidad civil por accidentes del trabajo"*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 26 de noviembre del año 2010. Este trabajo fue realizado con la colaboración de Rodrigo Azócar R., Ayudante del Departamento de Derecho Laboral y del Curso Responsabilidad Legal del Contrato de Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho UC; Magister en Ciencias Jurídicas y candidato a Doctor del Programa de Doctorado en Derecho de la misma Universidad; Becaria Conicyt. Dirección Postal: Facultad de Derecho, Avenida Libertador Bernardo O´Higgins 340, tercer piso, comuna de Santiago, Chile. Correo electrónico: cschiele@uc.cl.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a las modificaciones introducidas por la Ley 20.123[1] al Código del Trabajo[2] y a la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales[3], la responsabilidad civil del dueño de la obra, empresa o faena, hoy la empresa principal[4], continúa siendo un tema de estudio[5].

La discusión se centra en la responsabilidad que puede nacer, para la empresa principal, frente a la ocurrencia de un accidente laboral. Ésta se evidencia cuando observamos las diferencias que existen entre lo que efectivamente dispone la ley, los planteamientos desarrollados por la doctrina nacional y lo que hasta ahora ha resuelto la jurisprudencia judicial. Como ocurre en algunas áreas del derecho y como se ha señalado, en relación a este mismo asunto, *"debemos distinguir entre el régimen consagrado en la ley vigente y el régimen aplicado por la práctica en los Tribunales de Justicia"* [6].

A lo menos en este tema, las tesis desarrolladas por algunos en la doctrina[7], no han sido acogidas por nuestros Tribunales[8]. No es sorpresa, que sostengan que la responsabilidad civil de la empresa principal, frente a la ocurrencia de un accidente de un

---

[1] Ley 20.123 Regula el Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo se Servicios Transitorios, publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre del año 2006, entrada en vigencia el 15 de enero del año 2007.

[2] Agrega al Libro I el Título VII *"Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios"*, en los artículos 183 A y siguientes del Código del Trabajo.

[3] Incorpora el artículo 66 bis y complementa el artículo 76 de la Ley 16.744 de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

[4] Artículo 183 A: *"Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica"*.

[5] Han tratado el tema, vid. por todos, Diez (2003) pp. 72; Zelaya (2004) pp. 25-44; Tapia (2005) pp. 54-55; Zelaya (2005) pp. 99-122; Peña-Pizarro (2004) pp. 151-162; Palavecino (2006) pp. 245-265.

[6] Zelaya (2005) p. 101.

[7] Como veremos, plantean que la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, a la luz de las nuevas disposiciones que regulan la materia es *directa*, entre otros vid. por todos, Prado (2008) pp. 865-870; Diez (2008) p. 172-179; Ugarte (2006) pp. 12-15; Ugarte (2008) p. 101; Lizama-Ugarte (2009) pp. 50-67; Corral (2010) p. 86.

[8] Como veremos, al parecer la línea seguida por los Tribunales de Justicia, en particular las Cortes de Apelaciones es, que la empresa principal, dueña de la obra o faena, es solidariamente responsable, no sólo por las indemnizaciones propiamente laborales de dar como expresamente consagra el artículo 183 B del Código del Trabajo, sino también de las indemnizaciones civiles que pueden nacer a favor del trabajador accidentado, vid. por todos, *Germán Silva Valencia con S y R Tecnología y Servicios Integrales* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 8755 -2009, N° Legal Publishing 45280; *Alejandro Valenzuela Valenzuela con Mapex Servicios Limitada* (2007): Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 179 -2009. N° Legal Publishing 36932; *Villarroel Castillo Carlos con Metalurgia y Comercial Metalcav y Codelco Chile División Codelco Norte* (2010): Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol N° 1 -2010.

trabajador de alguna empresa contratista o subcontratista, que presta sus servicios en virtud de un vínculo civil, es solidaria. Por ello destaca una sentencia, como la que hemos de comentar, que acoge una tesis distinta: la teoría de la no solidaridad del dueño de la obra, empresa o faena.

2. LOS HECHOS Y EL DERECHO EN SÍNTESIS: RAMOS ALVARADO, RODRIGO ROBERTO CON ASEGIM LTDA. Y OTRA[9]

2.1. *Los hechos y el derecho en síntesis. Etapa de discusión.*

Con fecha 5 de mayo de 2010 don Rodrigo Roberto Ramos Alvarado, interpone demanda de indemnización de perjuicios por accidentes del trabajo en contra de ASEGIM LTDA., como demandada principal y en contra de Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica, CONAFE S.A., como demandada solidaria, en su calidad de dueña de la obra y faena. Funda su demanda en el artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, en relación al incumplimiento del deber de seguridad que impone el artículo 184 del mismo cuerpo legal y todo ello en atención a lo previsto en el artículo 69 de la Ley 16.744.

En cuanto a los hechos, indica que el actor celebró contrato de trabajo con carácter de indefinido con ASEGIM LTDA., con fecha de 05 de octubre del año 2006, para realizar labores de "maestro eléctrico" en la sesión de electricidad de la empresa.

El día martes 07 de abril del año 2007, aproximadamente a las 11.40 de la mañana, estando junto a su compañero de trabajo, don José Montero Muñoz, sufrió un accidente mientras realizaba acciones sobre un poste de concreto, consistentes en la desinstalación del Banco Condensador Eléctrico para cambiar el aparato a un poste nuevo. El poste en el que trabajaban se desplomó repentinamente hacia el lado sur, producto del debilitamiento de sus materiales y posterior salida de base, ocasionándoles una caída de nueve metros de altura.

La caída produce en el actor *"un severo traumatismo encéfalo-craneano complicado, traumatismo torazo-pulmonar, fractura de cadera derecha, pierna derecha y codo derecho"*[10]. El 24 de abril fue trasladado del Hospital de Coquimbo al Hospital del Trabajador en la ciudad de Santiago con *"diagnóstico de egreso del Hospital de Coquimbo de politraumatizado; TEC grave Marsahll III edema cerebral tratado; foco hemorrágicos con edema peri-lesional frontal y temporal derechos; fractura de pelvis ala iliaca y rama IP izquierda e IP derecha; fractura expuesta de pierna derecha; fractura supra-intercon-*

---

[9] *Ramos Alvarado, Rodrigo Roberto con ASEGIM LTDA. y otra* (2010): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, 26 de agosto del año 2010, RIT O 117-2010. Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de diciembre del año 2010, Rol 130 -2010. N° Legal Publishing 46933

[10] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.

dilea húmero derecho; trauma torácico; neumotorax derecho; neumonía por e. coli y haemofilus influenza, colonización por pseudos aeriginosa; hiponatremia leva; síndrome anamia secundario" [11]. El 25 de noviembre el actor fue dado de alta con la indicación de continuar terapia de neuroreahabilitación, apoyo sicológico, terapia ocupacional de fonoaudiología y kinesiología, los que se mantienen hasta la fecha dada su nula recuperación. Finalmente con fecha 30 de diciembre del mismo año fue también dado de alta del Hospital del Trabajador de la Serena, con la indicación de mantener las terapias ya descritas. Ante la Comisión Evaluadora de Incapacidades se le otorga un 90 % de incapacidad ocupacional.

Sostiene, que como se trataba de un servicio que su ex -empleador prestaba para CONAFE S.A., corresponde que se apliquen las normas de los artículos 183 A y 183 B del Código del Trabajo y que las empresas demandadas respondan por el accidente. Además de las gravísimas lesiones que lo incapacitaron de por vida, *"el daño sufrido lo tiene sumido en una profunda depresión y angustia"*[12] , daño que es también perjudicial socialmente ya que *"genera un rechazo de la gente que lo ve"* [13], lo anterior en suma se traduce en un *"perjuicio de agrado, pues se le ha privado de satisfacciones diversas de orden social, mundano y deportivo de un hombre de su edad y condición social"* [14].

Estima que en la especie, se habrían infringido las obligaciones establecidas en los artículos –en parte señalados–184 del Código del Trabajo; 66, 67, 68 y 69 de la Ley 16.744; los artículos 3, 36, 37 y 53 del Decreto Supremo 594; los artículos 8, 14, 21 del Decreto Supremo 40, además de diversos tratados internacionales que contemplan la obligación de protección de los trabajadores. Por lo dicho, la responsabilidad de la demandada principal se origina del contrato. Ahora, respecto de la demandada solidaria, señala, *"que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el alcance del artículo 183 b) incluye los efectos de hacer responsables solidariamente al dueño de la obra, empresa o faena del perjuicio sufrido por un trabajador, al hablar el legislador de* "obligación laboral" *que incluiría el deber de seguridad del artículo 184 del Código del Trabajo"*[15]. La responsabilidad, a su juicio, estaría dada porque como empresa principal, *"no ha fiscalizado el cumplimiento por parte del contratista del deber de seguridad"*[16] . Solicita el actor que se le indemnice el lucro cesante con la suma de $ 146.082.301 y por el daño moral $ 150.000.000.

Por una parte, la demandada Sociedad de Ingeniería Eléctrica ASEGIM LTDA., contesta la demanda indicando que no tiene responsabilidad reparatoria como emplea-

[11] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[12] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[13] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[14] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[15] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[16] Considerando primero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.

dora. Que ha dado cumplimiento a su obligación legal de cuidado y prevención, pero que por el tipo de labores desarrolladas por el demandante *"no puede ejecutar por imposibilidad física y material, el deber de protección a sus trabajadores más allá de lo que hace normalmente"* [17].

Estima que lo afirmado en la demanda es falso y, que en definitiva, el poste cayó por causas exógenas a la responsabilidad de ASEGIM LTDA., que es el corte inesperado de cables de baja tensión por personal ajeno de la empresa –de la empresa ELEVA, segundo contratista de CONAFE S.A. encargado en conjunto con la demanda principal–, lo que hizo perder la sustentación del poste, su colapso y caída. Por lo anterior solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Por otra parte, la demandada solidaria Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., interpone primeramente excepción de incompetencia absoluta del Tribunal, y en subsidio, excepción dilatoria de falta de capacidad del demandante, la que previo traslado de las partes se rechazó en la audiencia preparatoria. En cuanto al fondo, solicita, desde luego, el total rechazo de la demanda toda vez que *"niega el incumplimiento obligacional invocado por el demandante y sin perjuicio de ello y sobre la base del estatuto de la responsabilidad civil extracontractual, considera que no tuvo participación en los hechos que invoca el demandante"* [18]. Explica acerca de la inexistencia de una relación laboral con el actor y además, las circunstancias en las que se concretaron las medidas de resguardo que requería la faena de la especie. Concluye que es evidente la falta de legitimación para litigar de la empresa principal, toda vez que, en primer lugar, no tuvo participación en los hechos, es decir hay una falta de causalidad, y la causa del accidente se encuentra en un maniobra imprudente de los trabajadores de ELEVA LTDA.; en segundo lugar, es improcedente aplicarle la obligación del artículo 184 del Código del Trabajo *"ya que dicha norma obliga al empleador a tomar las medidas de seguridad destinadas a proteger la vida y salud de los trabajadores"* [19]; finalmente tampoco los artículos 183 B, ya que se refiere sólo a las prestaciones que se pueden calificar como obligaciones de dar y ésta que se alega es una de hacer y 183 E del Código del Trabajo. En cuanto a este último, sostiene que no se encuentra en el presupuesto los artículos 66 bis de la Ley 16.744 y 3 del DS 594, ya que se trata en la especie de una faena de menos de 50 trabajadores, y por ende dichas normas no le son aplicables y agrega a lo dicho, que tampoco en la especie se cumplen los elementos generales de toda responsabilidad civil en relación a los requisitos exigidos por el artículo 69 de la Ley 16.744. Concluye que, la obligación de la empresa principal es *"velar por el cumplimiento de medidas de seguridad y protección que deben adoptar los empleadores directos respecto de sus trabajadores, cual es el límite de obligatoriedad de la empresa principal, sin que pueda constituirse un derecho absoluto y sin limitaciones"*[20].

---

[17] Considerando segundo. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[18] Considerando tercero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[19] Considerando tercero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[20] Considerando tercero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.

2.2. *Los hechos a probar y la sentencia del Juzgado de Letras de La Serena.*

Se fijaron como hechos a probar las *"circunstancias del accidente sufrido por el demandante el 7 de abril de 2009, la naturaleza y entidad de los daños sufridos por el demandante como consecuencia del indicado accidente; la efectividad de haberse declarado la incapacidad laboral del demandante, en su caso cuantía y fundamentos de la misma; si la demandada principal realizaba labores de prevención de riesgos antes de la realización de faenas y naturaleza de las mismas; la naturaleza de la relación contractual habida entre ambas demandante; si previo a la realización de las faenas del día 7 de abril de 2009 las demandadas realizaban labores de verificación y evaluación del poste de alumbrado en el cual debía realizarse las mismas; si la demandada solidaria adoptó las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores de la demandante principal, en su caso, acciones realizadas al efecto"* [21].

Para el Tribunal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 16.744 cabe la posibilidad, a la víctima de un accidente del trabajo, solicitar de su empleador o de los terceros la responsabilidad civil que se origine en éste. Establece que, para que ello sea posible es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos desarrollados por la jurisprudencia, esto es, la existencia de un contrato de trabajo vigente; la ocurrencia del accidente del trabajo de acuerdo al artículo 5 de la Ley 16.744; finalmente la culpabilidad del empleador, *"es decir, que aquel haya incurrido en una acción u omisión culpable, esto es, que haya incumplido su obligación de seguridad prevista en el señalado artículo 184 del Código del ramo. Se trata, en consecuencia, de perseguir una responsabilidad contractual"* [22].

En cuanto a la excepción de incompetencia del Tribunal, sostiene el sentenciador, que pese a que efectivamente CONAFE S.A. no es empleador principal del trabajador, en virtud de lo establecido en los artículos 183 E, artículo 66 bis de la Ley 16.744 y el artículo 3 del DS 594 ninguna duda cabe *"que asiste también al mandante o dueño de la obra o faena el deber general de protección respecto de TODOS los trabajadores que laboren en sus faenas, sin exclusiones. Es decir, debe adoptar las medidas para proteger eficazmente la vida y salud de ellos, obligación que, respecto de los trabajadores de las empresas que ha subcontratado, tiene su origen en la responsabilidad contractual"* [23]. De acuerdo a lo señalado y en virtud de que la exclusión del artículo 420 f) del Código del trabajo, es sólo respecto de la responsabilidad extracontractual, *"no puede sino entenderse que la obligación directa del mandante de proteger la vida y la salud de todos los trabajadores es de naturaleza contractual, como una excepción al efecto relativo de los contratos"* [24].

---

[21] Considerando cuarto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[22] Considerando octavo. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[23] Considerando décimo. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[24] Considerando décimo. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.

Que, en cuanto al fondo del asunto, de acuerdo a lo expuesto por las partes y la prueba rendida, analizada de acuerdo a las normas de la sana crítica, estima de la empresa ASEGIM LTDA., que *"tomó medidas de seguridad para la realización de los trabajos pero, a juicio de esta sentenciadora, del todo insuficientes para evitar el accidente que finalmente provocó tan graves daños al actor"* [25]. Sostiene en definitiva que *"el accidente se debió al incumplimiento por parte de ASEGIM LTDA. de su obligación de proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores, debiendo en consecuencia indemnizar los perjuicios al actor, sin que pueda estimarse seriamente que su labor se limita a proporcionarles los elementos de seguridad, dar charlas y darles información, como parece pretender Asegim Ltda."* [26].

Respecto de la responsabilidad de la demandada CONAFE S.A. sostiene, que con las nuevas normas del Título VII del Libro I del Código del Trabajo, se regula de manera expresa la obligación del dueño de la obra o faena en lo que se refiere al *"deber general de protección de los trabajadores"* [27] estableciendo el artículo 183 E *"su obligación directa de cuidado, cuyo carácter es claramente de una obligación de hacer"* [28], ya no como una responsabilidad derivada de la del empleador, *"de manera tal vez* "objetiva", *que surge siempre que cabe responsabilidad al empleador, sino que debe establecerse si incumplió el mandante sus propias obligaciones, derivadas del indicado 183 E"* [29]. En consideración a ello, CONAFE S.A. "*debe responder de la falta de su deber de cuidado, dado que no le resulta aplicable la responsabilidad solidaria o subsidiaria, al tratarse de una obligación de hacer y no de dar"* [30] y continúa *"no siendo posible aplicar reglas de solidaridad pues debe estar expresamente establecida por el legislador, solo cabe concluir que concurre conjuntamente con el empleador al pago de las indemnizaciones que han de fijarse, por el total de la misma, estimando improcedente esta jueza asignar algún porcentaje a alguno de ellos por no poder cuantificarse la responsabilidad de ambas en esos términos"* [31].

2.3. *Fundamentos de los recursos interpuestos y el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena.*

Respecto de la sentencia de instancia, ambas partes presentaron recurso de nulidad. El demandado principal funda su recurso en la causal contemplada en el artículo 478 b) del Código del Trabajo, esto es, *"cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica"* [32]. A su juicio, a causa de la insuficiencia de la prueba rendida en

[25] Considerando duodécimo. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[26] Considerando décimo tercero. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[27] Considerando décimo cuarto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[28] Considerando décimo cuarto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[29] Considerando décimo cuarto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[30] Considerando décimo sexto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[31] Considerando décimo sexto. Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[32] Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.

autos, la sentenciadora carecería de todo antecedente para dar lugar a la demanda en orden a atribuir responsabilidad a ASEGIM LTDA. Sostiene, que los presupuestos fácticos de la demanda no resultaron demostrados, y al concluir el sentenciador de la manera expuesta en la sentencia, de forma tan manifiesta, incurre en el vicio denunciado. Así, por vía del recurso interpuesto y conforme a la prueba, debe concluirse que la parte cumplió cabalmente con su obligación de cuidado efectivo y eficaz de la salud y vida de sus trabajadores, por lo que el accidente y sus consecuencias le son inimputables y por ende, solicita que se declare que no se hace lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo.

Por su parte, el demandante funda su recurso en las causales contenidas en el artículo 477 y en subsidio, la del artículo 478 letra b), del Código del Trabajo. En lo que dice relación con la primera causal, considera en primer término, que *"la sentencia al no otorgar la indemnización por lucro cesante solicitada por el actor, debiendo hacerlo, ha incurrido en un error de derecho"* [33], específicamente en la aplicación del artículo 69 letra b) de la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. En segundo término, el actor denuncia que la sentencia ha cometido asimismo, infracción a los artículos 183 B y E del Código del Trabajo, lo que se habría producido en la sentencia al restringir la solidaridad sólo a las obligaciones de dar, lo que implica limitar la responsabilidad de la dueña de la obra sólo a remuneraciones y no a otros beneficios e indemnizaciones, lo que, a juicio del recurrente, *"ciertamente no ha pretendido ni el espíritu de la ley de subcontratación ni mucho menos el derecho laboral en su conjunto"* [34]. En cuanto al vicio alegado de manera subsidiaria, indica que la juez a quo debió acceder a la indemnización por lucro cesante, pues las pruebas contienen una razonable certeza en términos de acreditarlo y sin embargo, sin dar una explicación suficiente de su decisión, negó lugar a ella, asilándose en que éstas serían meras especulaciones y que la pérdida de capacidad laboral del actor, fue suplida por la pensión que recibe del ente encargado de la Administración del Seguro de Cesantía, todo lo anterior por cierto, contrario a la sana crítica y los elementos que la integran.

La Corte de Apelaciones de La Serena, a nuestro juicio de manera algo confusa y contradictoria, acoge los vicio alegados por el demandante, en lo que dice relación a la infracción de ley referida a los artículos 183 B y E del Código del Trabajo. Estos se habrían producido al restringir la sentencia la solidaridad sólo a las obligaciones de dar. A juicio del Tribunal *"conveniente resulta señalar que el artículo 183 B del Código del Trabajo establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal, con las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. La responsabilidad del contratista, en este caso, emana del incumplimiento de*

[33] Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.
[34] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.

una obligación del contrato de trabajo, por ende, de una obligación laboral; empero, la ley se refiere aquí a obligaciones laborales y previsionales, (de cualquiera de ellas; la ley, en cambio, lo expresa indicando ambas, por eso las diferentes conjunciones) de aquellas que contraiga el empleador contratista (lo que también se aplica al subcontratista) y en este caso la empresa principal lleva una responsabilidad propia y directa conforme al artículo 183 E, es decir, responde por sí misma y de sí misma" [35]. Y continúa, "*existe en la especie pluralidad de obligados para con un mismo acreedor, siendo el objeto debido uno mismo: la indemnización del daño producido como consecuencia del accidente laboral de que se trata. Entonces el acreedor tiene dos deudores y hay solidaridad entre ellos, porque la ley a pesar de establecer la responsabilidad directa del dueño de la obra, empresa o faena, lo hace solidario de las obligaciones laborales que afecten al empleador contratista y esto se explica porque puede estar en riesgo la vida o la integridad física o psíquica del trabajador – en términos de capacidad para el trabajo – como lo es en este caso, vale decir por la superior entidad del bien jurídico que se propone proteger"* [36]. Concluye respecto de este punto, "*que la empresa individual tenga una responsabilidad directa, no significa otra cosa, en este contexto, que se la pueda demandar independientemente del contratista por su propia responsabilidad, pero no elimina la solidaridad pasiva que la ley estableció respecto de las obligaciones laborales y previsionales que ésta adquiere. Por tal razón no es una obligación simplemente conjunta"* [37]. Finalmente agrega, para hacer énfasis de la responsabilidad que impone el artículo 183 E del Código del Trabajo y siguiendo lo dispuesto en los artículos 66 bis de la ley 16744 y artículo 3° del decreto supremo N° 549, de 1999, del Ministerio de Salud, que "*esta norma, aplicada al caso de autos, obligaba a la empresa CONAFE a vigilar y asistir técnicamente, en terreno, las obras que se realizaban, con el fin de que éstas se ajustaran, en todo momento, a las normas de seguridad en protección a la integridad física y psíquica de quienes efectuaban dichos trabajos, lo que no ocurrió"* [38].

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA: EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA Y LA SOLIDARIDAD.

La tendencia de la jurisprudencia judicial sigue la tesis de la solidaridad [39]. En este

---

[35] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.
[36] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.
[37] En este mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8755-2009, 20 de Julio de 2010, citado en los mismos términos en considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.
[38] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.
[39] *Germán Silva Valencia con S y R Tecnología y Servicios Integrales* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 8755 -2009, N° Legal Publishing 45280; *Alejandro Valenzuela Valenzuela con Servicios Limitada* (2007): Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 179 -2009. N° Legal Publishing 36932; *Villarroel Castillo Carlos con Metalurgia y Comercial Metalcav y Codelco Chile División Codelco Norte* (2010): Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol N° 1 -2010; *Luis Ernesto Orozco Méndez con Master Service Comercial Ltda.; Falabella* (2010): Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010. N° Legal Publishing 45796.

sentido cabe destacar también la sentencia reciente de nuestra Corte Suprema en la resolución de admisión de recurso de unificación jurisprudencial que resuelve sobre la materia [40]. Sólo a modo de ilustración, se trata en este caso de que el tribunal de instancia de Quilpué, producto de un accidente del trabajo, condena de manera directa a la empresa principal, en el caso concreto FALABELLA o TRAVIS FALABELLA, por considerar que ésta *"debe cumplir para que las condiciones físicas o materiales del recinto donde se desarrollen las faenas esté debidamente resguardo y ofrezca al trabajador las debidas medidas de seguridad"* [41] y que estas obligaciones corresponden al contratante principal *"porque ellas se deben cumplir dentro del recinto que es de su dominio y al cual el contratista Master Service Comercial Ltda. no tiene acceso"* [42]. Así las cosas, el sentenciador acoge la demanda interpuesta en contra de la empresa principal, rechazando la acción deducida en contra del empleador directo del trabajador accidentado. La parte demandante interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia señalada por considerar que fue dictada con infracción de ley, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 477 del Código del Trabajo y por atentar ésta, además las letras b), c) y e) del artículo 478 del mismo cuerpo legal. En cuanto a la primera causal, estima el recurrente que la infracción de ley consiste en la transgresión de los artículos 183 E y 184 del Código del Trabajo, ya que el fallo estima que el empleador directo Master Service Comercial Limitada, *"no es responsable de las condiciones de seguridad del espacio en que laboran sus trabajadores, pues no es de su dominio lo que le correspondería al dueño de la obra"* [43], dejando en indefensión a los trabajadores e infringiendo el artículo 184 del Código del Trabajo, ya que el artículo 183 E es adicional al deber directo de seguridad de todo empleador. Por su parte la Corte de Apelaciones, luego de un completo análisis de las disposiciones del Código del Trabajo que fueron modificadas por la Ley 20.123 del año 2006 y las normas especiales que regulan la materia, la Ley 16.744 y el DS 594, entre otras, concluye *"en lo que respecta a la responsabilidad de la empresa principal, la ley Nº 20.123 derogó la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra contemplada en el artículo 64 del Código del Trabajo y estableció en el artículo 183 E inciso primero la obligación directa de la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia…"* [44]. Pero sentencia *"se debe determinar luego en qué calidad jurídica responderá solidaria o subsidiariamente"* [45] la empresa principal *"lo que dependerá si fiscalizó el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de las obligaciones que pretende hacerlo responsable"* [46]. El fallo del Tribunal de Alzada acoge la nulidad

---

[40] *Luis Ernesto Orozco Méndez con Master Service Comercial Ltda.; Falabella* (2010): Corte Suprema, causa Rol N° 4637 -2010. N° Legal Publishing 45796.
[41] Considerando cuarto. Juzgado de Letras de Quilpué, causa RIT N° 99 -2009.
[42] Considerando cuarto. Juzgado de Letras de Quilpué, causa RIT N° 99 -2009.
[43] Considerando primero. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010.
[44] Considerando quinto. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010.
[45] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010.
[46] Considerando octavo. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010.

y dicta sentencia de reemplazo en la que establece que en este caso *"no se fija como punto de prueba la circunstancia de si la empleadora, dueña de la obra fiscalizó o no a la contratista respecto de las obligaciones labores y previsionales, sin constar en autos que se hubiese reclamado por ello, de manera que aquella, entiéndase empresa principal, debe responder solidariamente con el contratista, a favor del actor"*[47]. La parte demandada presenta recurso de unificación jurisprudencial. En resolución que ordena dar cuenta de la admisibilidad del mismo, sostiene que del análisis de las sentencias que se han presentado para fundamentarlo en especial Rol N° 363 -2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción en la que se sostiene que el dueño de obra no responde solidariamente de las obligaciones del contratista en materia de accidentes del trabajo, sino directamente *"no contienen una interpretación distinta a la sostenida en la resolución objeto del recurso, como exige la ley, ya que esta última, en lo que interesa sostiene que la responsabilidad del contratista en los accidentes del trabajo emana de los dispuesto en el artículo 184 del Código citado"* [48]. Rechaza por este fundamento la admisibilidad el recurso interpuesto.

4. LAS TESIS DE LA DOCTRINA NACIONAL: LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

El tema de la responsabilidad de la empresa principal ha sido tratado por la doctrina [49] desde la vigencia de los artículo 64 y 64 bis, aunque como ha señalado algún autor, de manera tangencial en ese período [50].

Luego de su reforma, gran parte de la doctrina [51] sostiene que la responsabilidad de la empresa principal en este ámbito es directa. Más allá del texto legal de los artículos 183 E del Código del Trabajo y 66 bis de la Ley 16.744, una afirmación de esta naturaleza se completa con el análisis de dos circunstancias en relación a la misma. La primera, es justamente la falta de claridad de nuestro legislador en la redacción del artículo 183 E del Código del Trabajo en relación al 66 bis de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en cuanto a la consagración de una responsabilidad

[47] Considerando séptimo sentencia de reemplazo. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010.
[48] Considerando tercero. Corte Suprema, causa Rol N° 4637 -2010.
[49] Vid. por todos, Gumucio (1999) pp. 59-65; Diez (2003) p. 72; Mejía (2002) pp. 196; Peña-Pizarro (2004) pp. 151-162; Tapia (2005) pp. 54-55; Zelaya (2004) pp. 25-44; Ugarte (2004) pp. 95-96; Zelaya (2005) pp. 99-122; Palavecino (2006) p. 245-265.
[50] Palavecino (2006) p. 245
[51] Vid. por todos, Ugarte (2006) pp. 11-29; Prado (2008) pp. 865-870; Diez (2008) pp. 172-179; Ugarte (2008) p. 101; Lizama-Ugarte (2009) pp. 50-51; Palavecino (2010) pp. 78-80; Corral (2010) pp. 85-86.

"*directa*" del empresario principal y las consecuencias que ello acarrea [52]. La segunda, es acerca del fundamento actual que tiene la *"responsabilidad directa"* de la empresa principal respecto de las obligaciones que nacen del deber de disponer *"de todas las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores subcontratados en la faena respectiva"* [53].

4.1. *La responsabilidad "directa" del artículo 183 E del Código del Trabajo en relación al 66 bis de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.*

De los dichos de la doctrina nacional y lo resuelto por la jurisprudencia judicial –como podemos observar de la propia sentencia presentada y otras–, cabría preguntarse en qué consiste la responsabilidad directa que se le impone a la empresa principal[54].

Para Gajardo[55] se trata ésta de una *responsabilidad directa de deberes especiales* o *una responsabilidad in vigilando*. Estima que si bien, una lectura rápida y aislada del artículo 183 E del Código del Trabajo nos podría llevar a concluir que la empresa principal responde de *"todo aquello que pueda afectar la vida y la salud de los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena"* [56], esto no sería así [57]. Sostiene que el artículo 183 E del Código del Trabajo *"establece un deber de protección respecto de los trabajadores subcontratados, sólo en cuanto la empresa principal debe cumplir con los deberes especiales que le señaló la Ley de Subcontratación, a través del nuevo artículo 66 bis de la Ley de Accidentes del Trabajo"* [58]. Así las cosas, la misma lectura de este artículo nos determina cuáles son efectivamente aquellos *"deberes especiales"* con los que debe cumplir la empresa principal en la protección a la vida y la seguridad de estos trabajadores[59]. En primer lugar, la empresa principal debe constituir y mantener en funcionamiento un comité paritario de faena y el departamento de prevención de faena, contar con un reglamento especial para los contratistas, un sistema de gestión de

---

[52] Vid. Diez (2008) pp. 171-176; Corral (2010) pp. 85-87. Destaca la ambigüedad con la que ha sido redactado el texto Rodríguez que señala en relación a éste, aún en la etapa de Proyecto de Ley, que *"su tenor resulta algo ambiguo, ya que respecto del dueño de la empresa, obra o faena, se confiere al trabajador en régimen de subcontratación todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación a su empleador"*. Rodríguez (2006) p. 14

[53] Lizama-Ugarte (2009) p. 50

[54] En este mismo sentido, vid., Prado (2009) p. 94

[55] Gajardo (2009) p. 22-23

[56] Ugarte (2006) p. 5; Lizama-Ugarte (2009) p. 50

[57] Gajardo (2009) p. 22

[58] Gajardo (2009) p. 22-23

[59] En este mismo sentido se pronuncia Palavecino que sostiene que esta ley incorpora un artículo 66 bis a la Ley 16.744 en virtud del cual *"los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen más de 50 trabajadores"* Palavecino (2010) p. 79

la seguridad y salud en el trabajo y un registro actualizado de antecedentes, de acuerdo a las reglamentaciones del DS 76 y el DS 594. A juicio de la autora, el artículo 183 E contiene un deber de protección de la empresa principal respecto de los trabajadores subcontratados que dice relación *"con implementar la estructura preventiva que la ley de subcontratación estableció y con mantener en condiciones adecuadas las instalaciones o recintos en donde se prestan los servicios subcontratados, no más"* [60]. Esta tesis podría desprenderse de la sola lectura del artículo 66 bis de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, al establecer que son las empresas principales, cuando contraten o subcontraten la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, las que *"deberán vigilar el cumplimiento"*, *"verificar su cumplimiento"*, *"velar"*, términos todos que hacen referencia a una especie de responsabilidad *in vigilando*.

Si bien la responsabilidad de vigilar de la empresa principal ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia, no queda claro si se trata ésta de una categoría autónoma a la que se encuentran obligadas en virtud de los parámetros establecidos en el artículo 66 bis de la Ley 16.744 o se forma parte del deber genérico de seguridad que recae sobre la empresa principal y que configura la *responsabilidad directa* a la que se refiere el artículo 183 E del Código del Trabajo. A nuestro juicio, esta falta de claridad se demuestra en las decisiones de los tribunales, como podemos ver de la sentencia en comento. El tribunal de instancia considera que la forma armónica de entender los artículos 183 E y 184 del Código del Trabajo, el 66 bis de la Ley 16.744 y el artículo 3 del DS 594 es *"que le asiste también al mandante o dueño de la obra o faena el deber general de protección respecto de TODOS los trabajadores que laboren es sus faenas, sin exclusiones"* y que el artículo 66 bis *"no hace sino ratificar aquello, sólo que, para el caso de que estos trabajadores sumen más de 50, deben además"* [61] dar cumplimiento a las exigencias que en éste consagra. Por su parte, también la Corte de Apelaciones de La Serena considera que el artículo 183 E del Código del Trabajo, en relación a los artículos 66 bis de la Ley 16.744 y artículo 3 del Decreto Supremo 549, exige a la empresa CONAFE *"a vigilar y asistir técnicamente, en terreno, las obras que se realizaban, con el fin de que éstas se ajustaran, en todo momento, a las normas de seguridad en protección a la integridad física y psíquica de quienes efectuaban dichos trabajos"* [62], confundiendo nuevamente el posible sentido del artículo señalado.

Otros consideran esta *responsabilidad directa* de la empresa principal *como una obligación legal que genera responsabilidad extracontractual*. Parte de la doctrina[63] sostiene que el artículo 183 E del Código del Trabajo *"atribuye a la empresa principal la*

---

[60] Fundamenta la autora esta tesis por considerar que así lo ha reconocido la Superintendencia de Seguridad Social en oficio del año 2007.
[61] Considerando décimo. Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, sentencia de 26 de agosto del año 2010.
[62] *Considerando octavo. Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de diciembre del año 2010.*
[63] *Vid.* Lizama-Ugarte (2009) p. 50; Corral (2010) p. p. 80-87.

obligación de velar por la vida y salud de los trabajadores de sus empresas subcontratadas si trabajan en la obra, empresa o faena que pertenece a la principal".[64] Para Corral[65], claramente se trataría ésta de una obligación de hacer y en cuanto a tal, no habría sido considerada en el artículo 183 B del Código del Trabajo. Sostiene que en esta nueva formulación normativa, la responsabilidad de la principal *"puede provenir"* del incumplimiento de una obligación legal de proteger la vida y salud, aunque entre el obligado y quienes laboran en la faena no tengan vínculo contractual entre sí. Se trata no ya de una responsabilidad derivada, sino una *"por culpa propia"* [66]. Lo anterior no dejaría lugar a dudas que el régimen para deducir la acción contra el empleador principal es el extracontractual, *"por la negligencia en el incumplimiento de una obligación legal que se le impone directamente a la empresa principal".*[67]

Sin embargo una posible lectura de las normas que enmarcan el régimen de responsabilidad de la empresa principal, de los artículos 183 B, 183 E, 184 del Código del Trabajo, los artículos 66 bis de la Ley 16.744, 3 del DS 540 y el DS 76 que aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley 16.744, puede hacer que ésta se entienda como una *obligación legal que genera responsabilidad contractual.* Se puede sustentar esta tesis desde dos perspectivas. Por una parte, que el hecho que genera la responsabilidad para el dueño de la obra, empresa o faena es el mismo que la genera para el empleador del trabajador accidentado. Así en cuanto a esta dualidad de responsabilidades que pueden nacer en uno y otro caso –responsabilidad extracontractual y contractual–, ha reconocido ya la doctrina, la dificultad que implica *"justificar esta sustancial diferencia entre el ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de un mismo hecho"* [68]. Así para Prado no hay inconvenientes para realizar una calificación de esta naturaleza *"toda vez que el artículo 183 E contempla una excepción legal al efecto relativo del contrato"* [69]. Por otra parte, al considerar que se trata ésta de una obligación legal, sabemos que para la teoría clásica, el incumplimiento de éstas da lugar a la aplicación de la responsabilidad contractual[70]. La tesis de Alessandri [71], criticada preferentemente en la actualidad [72], parece posible de ser considerada, al menos en esta materia.

---

[64] Corral (2010) p. 84-85.
[65] Corral (2010) p. 80-87.
[66] Corral (2010) p. 85.
[67] Corral (2010) p. 86.
[68] Así lo ha reconocido Domínguez en relación al problema que se genera en los accidentes del trabajo, en particular, respecto de las víctimas por repercusión o rebote. Domínguez (2007) p. 280; en este mismo sentido vid. Diez (2003) p. 72; Corral (2010) p. 73.
[69] Prado (2009) p. 97
[70] Vid. por todos, Alessandri (2005) pp. 43-45; Claro Solar (1950) p. 521-523; Abeliuk (2008) pp. 909-911.
[71] Alessandri (2005) pp. 43-45
[72] Cfr. Corral (2003) p. 41; Barros (2006) pp. 1060-1062; Corral (2010) p. 86.

Para Corral[73] esta posibilidad se encuentra limitada por el artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, que establece la competencia laboral para la acción de responsabilidad interpuesta en *"contra del empleador"* y que al ser la empresa principal un tercero ajeno a la relación laboral y por tratarse ésta de una responsabilidad *aquiliana*, el juez en dicha sede sería incompetente. Pero podría entenderse que el inciso 4° del artículo 183 B del Código del Trabajo autoriza el ejercicio la esta acción contra *"de todos aquellos que puedan responder de sus derechos"* en conformidad a las normas del Párrafo 1. A nuestro juicio, el artículo habla de las *"responsabilidades"* del párrafo correspondiente, y pese a su ubicación, no se limita únicamente a la responsabilidad solidaria que cabe en las *"obligaciones labores y previsionales de dar"* [74].

A partir de esta línea de fundamento se desarrolla el fallo analizado[75]. Como hemos expuesto, considera el tribunal *ad quo* que pese a la inexistencia de un contrato de trabajo de la empresa principal con el trabajador accidentado, la responsabilidad que nace a aquella es de origen contractual, y con ello las consecuencias que más adelante presentaremos.

4.2. *El fundamento de la responsabilidad directa del dueño de la obra, empresa o faena.*

Vigentes los artículos 64 y 64 bis, algunos [76] estimaron que el fundamento de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, era una especie de culpa in contrahendo. En este sentido han sostenido Thayer y Novoa, al señalar que compete al dueño de la obra, o al contratista, adoptar previamente los resguardos necesarios *"a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir sus obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales"* [77]. Así la obligación precontractual de informarse recaería en la empresa principal y la haría, en consecuencia responsable, ante su incumplimiento.

---

[73] Corral (2010) pp. 86-87.
[74] En este mismo sentido, vid. Diez (2008) pp. 175-176. Con nota de agradecimiento respecto de este punto de la observación realizada por el Prof. Mella Cabrera, Profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Concepción. Diez (2008) p. 176 nt. 30
[75] La jurisprudencia ha reconocido que se trata ésta de una responsabilidad *directa*, pero sin un verdadero fundamento, sostienen que por ello cabe la solidaridad entre la empresa principal, duela de la obra o faena y la contratista o subcontratista de la misma, respecto de las indemnizaciones que pueden nacer de la ocurrencia de un accidente de trabajo. Vid., *Germán Silva Valencia con S y R Tecnología y Servicios Integrales* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 8755 -2009, N° Legal Publishing 45280; *Alejandro Valenzuela Valenzuela con Servicios Limitada* (2007): Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 179 -2009. N° Legal Publishing 36932; *Luis Ernesto Orozco Méndez con Master Service Comercial Ltda.; Falabella* (2010): Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Rol N° 135-2010. N° Legal Publishing 45796; *Ramos Alvarado, Rodrigo Roberto con ASEGIM LTDA. y otra* (2010): Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de diciembre del año 2010, Rol 130 -2010. N° Legal Publishing 46933.
[76] Thayer y Novoa (2002) p. 372.
[77] Thayer y Novoa (2002) p. 372.

También, que se trataría de una *"garantía de origen legal y naturaleza claramente laboral, establecida por el legislador –no en protección a la persona, vida, salud e integridad física de trabajador, sino para hacer frente a los posibles incumplimientos, por parte del empleador directo, de las prestaciones estrictamente laborales o previsionales y frente a la eventual insolvencia de dicho deudor"*.[78]

Enmarca Díaz la responsabilidad en los accidentes del trabajo en los *"sectores de daños"* cuando se trata de la empresa, como actividad reproductiva organizada. Sin hacer distinciones en la materia, sostiene que este sector fue el primero en quedar sujeto a reglas de la responsabilidad objetivas en Chile, en el cual sólo importa el resultado dañoso, sistema que evoluciona rápidamente hacia un modelo de seguro obligatorio y por tanto de seguridad social [79]. Aunque la autora sostiene que en la actualidad no estamos frente a un caso de responsabilidad objetiva, considera relevante incorporarlo en esta clasificación *"pues históricamente es el ámbito en el cual se comienza a desarrollar la teoría del riesgo"*.[80]

Otra manera de justificar la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, es a través de la subordinación de segundo grado, esto es, ver a este último como *cuasi empleador* o *empleador de facto*. Esta postura pretende encontrar un fundamento a la atribución de la responsabilidad en una noción propia del derecho laboral, la noción de empleador del artículo 3 del Código del Trabajo. Así, en la celebración de contratos y subcontratos de obra o servicio, se incorporan de manera indirecta al proceso productivo de la empresa principal y número importante de trabajadores, produciendo así la triangulación de la relación del trabajo.[81]

A nuestro juicio, parece interesante de analizar como posible fundamento de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, el rol que juegan los derechos fundamentales en el marco de las obligaciones que generan las relaciones laborales[82]. Alguna doctrina ha desarrollado ya este tema en el derecho laboral, aunque no directamente en relación a este tipo de responsabilidad [83]. El respeto de los derechos fundamentales del trabajador, constituyen un límite transversal a la potestad de cualquier

---

[78] Zelaya (2004) p. 43.
[79] Díaz (2007) pp. 98-99.
[80] Díaz (2007) p. 99. En este mismo sentido al considerar más puntualmente la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena. Millón (2001) p. 101.
[81] Palavecino (2006) p. 253-255.
[82] En este sentido vid., Prado (2009) pp. 84-93.
[83] Gamonal (2004) pp. 77; Mella (2004) pp. 185-206; Ugarte (2004) pp. 113 y ss.; Gamonal (2007) pp. 78; Prado (2009) p. 88-91.

empleador, más allá del vínculo directo de subordinación y dependencia que genera el contrato de trabajo. Lo anterior ha quedado de manifiesto en las últimas modificaciones al Código del Trabajo, tanto aquellas del derecho sustantivo[84], como la de carácter procesal, en particular con la introducción del procedimiento de tutela laboral[85]. Así las cosas, sin duda son la vida y la salud los principales derechos que tienen los trabajadores y que son en sí un límite a al poder del empleador directo por disposición del artículo 184 del Código del Trabajo y ahora al dueño de la obra o faena por disposición del artículo 183 E del mismo cuerpo legal que establece esta responsabilidad directa en el resguardo de estos derechos. Como hemos expuesto acerca de la ambigüedad en la redacción de este artículo, al parecer, *"se estaría gravando al dueño de la obra, empresa o faena con todas las obligaciones que impone la calidad empleador, respecto de quienes trabajan para el contratista y subcontratista, lo cual incluye pero no se agota en las obligaciones pecuniarias tales como remuneraciones, indemnizaciones, etcétera"* [86].

5. DOS TEMAS A CONSIDERAR.

Las sentencias de los tribunales de justicia, determinan el régimen de responsabilidad al que quedarán sometidas las partes intervinientes en un juicio por accidentes del trabajo. Sin perjuicio de lo sostenido por Corral[87], que considera que la responsabilidad

---

[84] Entre otros, caben destacar, el artículo 2 del Código del Trabajo en materia de discriminación laboral que dispone *"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"*, además de las modificaciones que le han sido introducidas por la Ley 20.005, publicada en el Diario Oficial el 18 de marzo del año 2005. También el artículo 5 del Código del Trabajo que reconoce como límite del ejercicio de las facultades del empleador *"las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos"* luego de la modificación introducida por la Ley 19.759, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre del año 2001. Más actualmente, en materia de discriminación a causa del sexo, la inclusión del artículo 62 bis del Código del Trabajo en materia de principio de igualdad de remuneraciones que señala que el empleador *"deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas…"*, artículo incluido por la Ley 20.348, publicada en el Diario Oficial el 19 de junio del año 2009.

[85] Los cambios sustantivos que hemos observado en los últimos tiempos se perfeccionan desde la perspectiva procesal con la dictación de la Ley 20.087 del año 2008 que reforma el procedimiento laboral y que introduce a nuestro sistema procesal el Libro V Título I Capítulo II, incluyendo al Párrafo 6° del Código del Trabajo *Del Procedimiento de Tutela Laboral*.

[86] Rodríguez (2006) p. 14. No pretendemos sostener que se trata éste de aquellos derechos que pueden ser exigidos directamente en procedimiento de Tutela Laboral ya que es el mismo artículo 485 del Código del Trabajo el que determina los derechos fundamentales por los que se puede accionar. Cfr. Prado (2009) pp. 103-110

[87] *"Sabemos que los juzgados del trabajo se han resistido a asumir esta incompetencia ante las demandas planteadas después de la reforma de la ley Nº 20.123, de 2006, y han señalado que sería contradictorio con el fin de la reforma que el trabajador quedara en peor condición de que como estaba con el texto del antiguo art. 64 del Código del Trabajo. Este argumento no nos convence porque la verdad es que el texto de dicho artículo no imponía responsabilidad subsidiaria al dueño de la obra por los accidentes del trabajo y fue una discutible jurisprudencia laboral la que extendió la regla a esos supuestos. Pero en lo que toca al legislador, es claro que el nuevo art. 183 E del Código del Trabajo es una mejoría de la posición del trabajador subcontratado en materia de responsabilidad por accidentes del trabajo"*. Corral (2010) pp. 86-87

del dueño de la obra, empresa o faena, debe ser materia de conocimiento de los tribunales civiles[88], sabemos que los jueces laborales la han hecho suya, declarándose competentes para conocer en sede laboral de las demandas que se entablan conjuntamente contra la empresa principal, como en la sentencia en comento.

Así las cosas, sólo nos queda destacar algunos puntos respecto del fondo del problema en la naturaleza de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena. La doctrina ya se ha pronunciado sobre las ventajas y desventajas que tiene considerar ésta como contractual o extracontractual, ya desde la vigencia de los art. 64 y 64 bis del CT [89].

La sentencia del tribunal de instancia de La Serena opta en este caso por hilar la resolución desde la perspectiva del contrato de trabajo en cuanto a *hecho* causante de la ocurrencia del accidente. Sostiene de manera consecuente a lo largo del fallo, los siguientes presupuestos: lo primero, es que se trata de un accidente que nace del contrato de trabajo. En la especie, al tratarse de un trabajador que prestaba sus servicios en régimen de subcontratación, entiende el sentenciador que, en virtud de los artículos 183 E, artículo 66 bis de la Ley 16.744 y el artículo 3 del DS 594, le asiste a la empresa principal un *deber general* de protección respecto de todos los trabajadores que laboren en sus faenas, sin distinción alguna. Por tanto, en segundo lugar, tiene éste que tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de ellos y por ende esta obligación directa será, respecto de los trabajadores, de *origen contractual*. A consecuencia de lo anterior, al ser la responsabilidad de naturaleza contractual es de perfecto conocimiento de los tribunales laborales y por ende no cabe en las excepciones consagradas en los artículos 420 f) y por ende agregamos, tampoco el artículo 69 letra b) del Código del Trabajo. En esta misma línea, sostiene que el artículo 183 E del Código del Trabajo establece una obligación *directa* de cuidado –agrega además que se

---

[88] Los fundamentos que lo justifican son variados y han sido en parte desarrollados en este trabajo. Sin perjuicio, no se limitan sólo a aquellos y pueden ser expuestos en la siguiente línea de argumentación: entre el trabajador subcontratado, sea un trabajador de una empresa contratista o subcontratista y el dueño de la obra, empresa o faena, no existe un contrato de trabajo y por ello ninguna relación contractual. En consecuencia, el accidente de trabajo no genera para la empresa principal, sino una responsabilidad aquiliana. Con esto, en virtud de lo establecido en el artículo 420 letra f) del Código del Trabajo el tribunal laboral no sería competente para conocer de las acciones que se pretendan ejercer contra el dueño de la obra, empresa o faena ya que la disposición hace competente al juez laboral para 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 será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° 16.744"*. Por su parte el artículo 69 letra b) de la Ley 16.744, señala que 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"*, de acuerdo a ello, nuevamente estarían impedidos de conocer de estas acciones los tribunales laborales, toda vez que expresamente la responsabilidad extracontractual estaría expresamente entregada a la regulación del derecho común. Ahora con las modificaciones introducidas por la Ley 20.123 ello resultaría aún más evidente.

[89] Domínguez (2007) pp. 279-278; Díez (2008) pp. 165-169; Corral (2010) pp. 84-87.

trata de una obligación de *hacer*–, que impone el artículo 183 E del Código del Trabajo. Finalmente, en consideración a lo anterior, y por aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, no son aplicables en la especie la subsidiaridad o solidaridad. Con ello no cabe sino, que el dueño de la obra, empresa o faena, concurra conjuntamente con el demandado principal al pago de las indemnizaciones que han de fijarse, por el total de la misma.

Siguiendo la línea del fallo, consideramos atender algunos puntos que nos parecen relevantes. De sostenerse la tesis del presente fallo, donde la responsabilidad de la empresa principal se conoce en sede laboral conjuntamente con la del empleador principal y se considera además de origen contractual, implica aumentar las exigencias del deber de cuidado de la empresa principal. En esta sede prima el estatuto de la culpa presunta y cobra realmente importancia el problema de la previsibilidad de los daños. En relación a esta última, uno de los temas más complejos de determinar dentro de la responsabilidad civil[90], la falta de previsibilidad *"actúa de una doble manera: por una parte, para determinar si la conducta observada por el demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo y debió prever que ese acto podía causar y por otra, para fijar la extensión del daño reparables con el fin de no extender la responsabilidad a daños remotos"* [91]. La diligencia del empleador directo y de la empresa principal en la obligación de velar por el deber de cuidado, mejor aún, como hemos expuesto por la vida y la salud de los trabajadores juega, por ende, un rol fundamental teniendo en cuenta desde luego, lo desarrollado. En particular en el contrato de trabajo Barría[92] sostiene posible incluso considerar el daño moral como previsible, en el deber que se exige al empleador en virtud del artículo 184 del Código del Trabajo[93]. Para Prado[94], la responsabilidad directa de la empresa principal hace aplicable en la materia, el estatuto de la responsabilidad civil contractual, reconduciendo así el *"alcance de la diligencia que se exige a un empleador en el cumplimiento de la obligación de seguridad"*[95].

En segundo lugar, estimamos que en esta materia es necesario que se atienda a la *esfera de protección* o el *espacio físico* respecto de la que puede tener injerencia la empresa principal o el contratista o subcontratista en su caso. Si la responsabilidad de la empresa dueña de la obra o faena es *directa,* responde como señala Corral[96] por el hecho propio. Lo anterior tiene a nuestro juicio directa relación con la previsibilidad a la que hemos hecho referencia. Parte de la doctrina[97] ha desarrollado este tema, aunque la

---

[90] Barría (2008) p. 150.
[91] Barría (2008) p. 150.
[92] Barría (2008) pp. 150-168.
[93] Barría (2008) p. 166-167.
[94] Prado (2009) p. 98.
[95] Prado (2009) p. 98.
[96] Corral (2010) p. 86.
[97] Prado (2009) pp. 98-99.

importancia que se le ha dado a ello ha sido menor. En este sentido se pregunta Prado acerca del "alcance del cuidado debido por parte de la principal a los trabajadores de la contratista, especialmente si estos últimos no laboran en el mismo espacio físico en que se encuentra ubicada la dueña de la obra" [98], atendido el amplísimo alcance del artículo 183 A del Código del Trabajo cuando describe la subcontratación laboral. Para la autora, deberá resolverse el tema de manera casuística, de acuerdo a si *"efectivamente le fue o no posible a la empresa principal ejercer la debida diligencia de conformidad a las reglas generales en materia probatoria, lo que en todo caso se encontrará supeditado al grado de culpa de que se deba responder ante el cumplimiento de la obligación de seguridad, en los mismos términos que tratándose de la contratista en cuanto empleador directo"* [99].

BIBLIOGRAFÍA

Abeliuk, René (2008): Las obligaciones, Vol. II (Santiago Chile, Editorial Jurídica de Chile) 1066 pp.

Alessandri, Arturo (2005): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 559 pp.

Barrías, Manuel (2008): "La previsibilidad en materia de daños" en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 223-224, 150-168 pp.

Barros, Enrique (2006): Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.

Claro Solar, Luis (1950): Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol. V (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 812 pp.

Corral, Hernán (2003): Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 423 pp.

Corral, Hernán (2010): "Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes del trabajo" en Revista Chilena de Derecho Privado N° 14, 69-108 pp.

Díaz, Regina (2007): "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno" en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte N°1, 79-112 pp.

Diez, José Luis (2002): El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 291 pp.

Diez, José Luis (2003): "Víctimas directas y por repercusión en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: Del problema de la competencia a las distorsiones sustanciales" en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 214, 66-79 pp.

[98] Prado (2009) p. 99.
[99] Prado (2009) p. 99.

Diez, José Luis (2008): "Responsabilidad Civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual" en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, 163-185 pp.

Domínguez, Ramón (2007): "Prescripción de acción indemnizatoria por accidentes del trabajo. Aplicación de las normas civiles y no de la Ley 16.744" en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 221-222, 279-281 pp.

Gamonal, Sergio (2004): Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos (Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria) 77 pp.

Gamonal, Sergio (2007): El procedimiento de tutela de derechos laborales (Santiago, LexisNexis) 78 pp.

Gumucio, Juan Sebastián (1999): "Responsabilidad subsidiaria. Notas sobre el artículo 64 del Código del Trabajo" en Revista Laboral Chilena N° 8, 59-65 pp.

Gumucio, Juan Sebastián (2000): "Modificaciones al Régimen de Responsabilidad Subsidiaria por obligaciones de Contratistas y Subcontratistas (ley 19.666)" en Revista Laboral Chilena N° 82, 91-93 pp.

Lizama, Luis y Ugarte, José Luis (2009): Subcontratación y suministro de trabajadores, (Santiago, Editorial LexisNexis) 167 pp.

Mejía, Alejandro (2002): La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos (Santiago, Editorial Metropolitana) 196 pp.

Mella, Patricio (2004): "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo. Acción de incumplimiento e indemnizatoria" en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 215-216, 185-206 pp.

Millón, Paula (2001): La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral (Santiago, Conosur) 191 pp.

Palavecino, Claudio, (2006): "La Responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios. Un intento de precisar su fundamento y extensión" en Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo N° 13, 245-265 pp.

Palavecino, Claudio (2010): Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 121 pp.

Peña, Carlos–Pizarro, Carlos (2004): "Informe en derecho sobre la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra" en Revista Chilena de Derecho Privado N°2, 151-162 pp.

Prado, Pamela (2008): "Críticas a la Configuración de la responsabilidad civil de la empresa principal y de la empresa usuaria en la ley 20.1233" en Estudios de Derecho Civil III (Editorial, LegalPublishing) 857-872 pp.

Prado, Pamela (2009): La subcontratación y el suministro en el Derecho Civil (Editorial, Legal Publishing) 117 pp.

Rodríguez, Ambrosio (2006): La ley de subcontratación y sus implicancias en la responsabilidad civil de las empresas relacionadas (Colegio de Abogados de Chile, Seminario 3 y 4 de julio) 44 pp.

Tapia, Francisco (2004): Fallos laborales comentados 2004. Orientaciones jurisprudenciales (Santiago, LexisNexis) 335 pp.

Thayer, William (2002): Texto y Comentario del Código del Trabajo (Santiago, Editorial Jurídica) 433 pp.

Thayer, William y Novoa, Patricio (2002-2008): Manual de Derecho del Trabajo, Vol. II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp.236.

Ugarte, José Luis (2004): El nuevo derecho del Trabajo (Santiago, Editorial Universitaria) 262 pp.

Ugarte, José Luis (2006): "Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores" en Ius et Praxis N° 12, 11-29 pp.

Zelaya, Pedro (2004): "Responsabilidad subsidiaria del dueño de obra, empresa o faena por los daños causados al trabajador del contratista o subcontratista" en RJD N° 2, 25-44 pp.

Zelaya, Pedro (2005): "Responsabilidad subsidiaria del dueño de obra por los accidentes experimentados por el trabajador del contratista" en Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10, 99-122 pp.

"LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO: LÍMITES Y CONTORNOS"
"FORESEEABLE NATURE DAMAGE: LIMITS AND OUTLINES"

CATALINA NOVOA MUÑOZ[1]

RESUMEN: El Código Civil chileno contempla en su artículo 1558, una limitación a la reparación integral del daño derivado de una relación contractual. Ello, considerando las tendencias actuales en materia de responsabilidad civil, obliga a delimitar su noción y su aplicación a efectos de su restringir su uso a exclusivamente para aquellos casos que razona la regla.

Palabras claves: Responsabilidad civil – daño – previsibilidad

ABSTRACT: The Chilean Civil Code establishes in article 1558, a limitation full redress of a damage, that arises from a contract. Considering the current tendencies in civil liability, this situation forces to delimit the notion and the application to restrict their use to a cases contents in that rule only.

Key words: Civil liability; damage; foreseeable nature.

1. INTRODUCCIÓN

El Código civil chileno, contempla en su artículo 1558 una norma que distingue entre los perjuicios previstos y los imprevistos, a fin de determinar la extensión del deber de reparar, según si se ha actuado con culpa o dolo.

Tradicionalmente se señala que esta norma se aplica sólo en sede contractual y, en este momento surgen las primeras interrogantes que se busca dilucidar en la investigación a desarrollar. ¿Es cierto que los principios contenidos en el artículo 1558 no se aplican en sede extracontractual? Ello, porque dentro de los elementos de la responsabilidad, también se encuentra la culpa en cuyo análisis también se considera la previsibilidad al igual que en el nexo causal.

Así, relacionado con lo anterior, ¿involucra la previsibilidad estudiada a propósito de la culpa y del nexo causal, la representación, igualmente, del daño? la respuesta afirmativa puede conducir a concluir que sólo se indemnizará cuando el daño extra-

[1] Licenciada en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctoranda UC. cbnovoa@uc.cl

contractual haya sido previsible ya que de los contrario, no existe culpa. De esta forma, surge la interrogante de si, en realidad no conviene mejor realizar una distinción entre la previsibilidad del hecho a propósito de la culpa y la previsibilidad de las consecuencias a propósito del daño.

La respuesta es de suma relevancia ya que existe el gran riesgo que el pretendido "todo daño" que debe ser reparado, pueda sufrir una merma de no fijar cuidadosamente los límites y los contornos de esta noción de previsibilidad extendiéndola, en caso de culpa, a los daños que el agente culpable debió haberse representado.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO

Como primera aproximación a la cuestión relativa a la previsibilidad del daño, surge necesariamente la relevancia de definir primeramente su noción[2].

En general, se hablará de daño y perjuicio indistintamente reconociendo, en todo caso, que se ha planteado que son conceptos distintos ya que daño se refiere a aquel efectivo o real y perjuicio, por su parte, dice relación con el detrimento patrimonial sufrido y el lucro frustrado[3].

En general, y en términos amplios, puede señalarse que se trata de todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia al suponer la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo[4].

De esta forma, la definición importa una gran cantidad de hipótesis[5], reconociendo

---

[2] No obstante, dada la especificidad del presente trabajo, sólo se realizará una referencia somera tanto de la noción misma del daño como la función que cumple dentro de la responsabilidad civil.
[3] Fueyo, Fernando (2004) pp. 354-355.
[4] Alessandri, Arturo (1983) p. 210. En este mismo sentido amplio, se indica que se trata de "el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona" Escriche, Joaquín (1852) p. 528.También se ha dicho que "atendiéndonos a la más lata significación, cabe decir que toda invasión prohibida en la esfera de libertad de una persona tipifica un acto ilícito –sea por acción o por omisión, puesto que esta última se equipara a la acción – y provoque o no detrimento, alteración, menoscabo, lesión, etcétera en su patrimonio, afecciones íntimas, reputación, honor, etcétera". Borga, Ernesto (1956) p. 511. Zannoni, Eduardo (1982) p. 3 y siguientes. En España, se opta también por una definición amplia, tratándose de una idea abierta: García Amigo, Manuel (1995) p. 25.
[5] Valga, en todo caso, aclarar que una noción amplia, introduce ciertos problemas desde que equivale a no dar una definición propiamente tal, entregándole al juez la función de precisar cuándo hay daño, produciendo incertidumbre y decisiones contradictorias. Por ello se sugiere hablar de situación jurídica afectada por ser más amplia que la privación o atentado a un derecho y, por otra parte, le confiere mayor precisión al daño. Domínguez, Ramón (2000) p. 331.

desde ya -sin distinguir si se trata de sede contractual o extracontractual- el detrimento causado tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial.

Ahora bien, si se habla del daño es porque cumple una función importante en la responsabilidad civil. Así, se trata como un presupuesto inexcusable para que se esté frente a un caso de procedencia de la indemnización de perjuicios ya que si no hay daño, aún cuando fuera intencionada, dirigida a dañar a otro, no podrá declararse que se está frente a una hipótesis de dicha responsabilidad, a diferencia de la penal en que se sanciona la tentativa[6]. En otras palabras, la obligación de indemnizar surge porque se ha sufrido precisamente un daño[7].

Ello se encuentra reconocido incluso jurisprudencialmente puesto que se fallado que para que un hecho culposo de lugar a la responsabilidad civil, es imprescindible que este hecho cause daño[8]. Esta conclusión es evidente desde que, de lo contrario, nada habría que reparar y si se otorgara alguna suma de dinero, aquel que lo recibiera, se estaría enriqueciendo sin causa.

De esta forma, el daño se trata como un requisito[9] para que proceda la indemnización de perjuicios, junto a la acción y omisión, la relación causal, el factor de atribución[10] y, tratándose de la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, la constitución en mora.

Relacionado con lo anterior, esto es, la amplitud de la noción del daño como requisito o elemento de la responsabilidad civil, cabe preguntarse si todo daño da lugar

---

[6] García Amigo, Manuel (1995) p. 25.
[7] Roca, Encarna (2003) p. 137.
[8] *Supermercado de Telas S.A. con Banco de Santiago* (1997).
[9] En realidad, se trata de un elemento esencial de la responsabilidad civil ya que su función es precisamente, la reparación de los daños. Hay otros que la tratan como condición de la acción de daños ya que existen hipótesis de sanción al acto ilícito aún cuando no exista daño, como ocurre en la nulidad de negocios jurídicos. Al respecto ver Domínguez, Ramón (1990) p. 125-126.
[10] Castán Tobeñas, José (1992) pp.272-273. En igual sentido, 36.Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001) En Chile, entre otros, Alessandri, Somarriva y Vodanovic sistematizan los requisitos de la indemnización como la infracción de la obligación, la imputabilidad, la interpelación y los perjuicios causados: Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001) p. 264. A su vez, Abeliuk indica que para que proceda la indemnización de perjuicios es necesario que concurra el incumplimiento de la obligación, el daño, el nexo causal, la imputabilidad, que no exista causal de exención de responsabilidad y la mora en caso de estar en sede contractual. Abeliuk (2003) p.730. Por su parte, Corral Talciani señala que estos requisitos son: un hecho o acto voluntario, que sea antijurídico, que exista igualmente un daño, que exista un nexo causal entre el hecho y el daño y que sea posible reprochar esta conducta: Corral Talciani (2003) pp. 105-106.

a la indemnización, es decir, para que este daño sea idóneo para solicitar su resarcimiento, surge la necesidad que éste se juridice, esto es, que sea capaz de generar una respuesta del ordenamiento jurídico en orden a reparar a la víctima.

Se ha entendido[11], que basta que se lesione un interés para que se genere daño indemnizable, no siendo exigido un derecho subjetivo propiamente tal para demandar su reparación.

La conclusión previa es atendible si se considera una definición amplia del daño, ya que la restrictiva la reduce a proteger, exclusivamente, derechos subjetivos[12].

En otras palabras, este perjuicio, menoscabo, generado tanto frente a la existencia o no de un contrato, basta que lesione un interés patrimonial o extrapatrimonial para que permita exigir la indemnización, la reparación de dicho detrimento experimentado por la víctima.

Lo dicho habilita que, desde ya, sea posible vislumbrar el requisito central del daño para que sea indemnizable, esto es, que lesione un derecho o interés legítimo[13]. Sin embargo, no es el único ya que también es necesario que este daño sea cierto y que éste no haya sido ya indemnizado[14].

Sin embargo, otro requisito de este menoscabo, detrimento, perjuicio es la previsibilidad de su resultado. Por ello, habiendo conceptualizado la idea de daño y su ubicación dentro de la responsabilidad civil, procede estudiar uno de los requisitos de este daño, cual es el tema central de la presente investigación consistente en la previsibilidad del mismo.

---

[11] Alessandri, Arturo (1943); Domínguez, Ramón (2000) p. 331. Este autor sostiene que por ello es preferible hablar de situación jurídica afectada al precisar de mejor forma al daño incluyendo toda alteración o perturbación a cierto interés lícito y cierto. Díez Schwerter (1997) p. 25; Corral talciani (2003) p. 139.
[12] Alterini, Aníbal (1998) p. 224.
[13] Abeliuk, René (2003) p.226.
[14] Abeliuk, René (2003) p.226. Sobre este aspecto no se analizará ya que excede al tema central de la investigación siendo materia para otro trabajo en tal sentido.

3. LA PREVISIBILIDAD COMO PARTE INTEGRANTE DEL DAÑO[15]

Al estudiar el daño previsible, es imposible no iniciar este análisis sin considerar el artículo 1558[16] del Código Civil chileno que establece una mayor extensión de la indemnización de perjuicios causados en la esfera contractual[17] en aquellos casos en que el deudor hubiese actuado con dolo, limitándolos en caso que éste no concurra a aquellos previstos o que pudieron preverse al tiempo del contrato.

Este requisito en análisis tiene muchas aristas que se procederá a tratar a continuación. En efecto, la previsibilidad no se encuentra inserta sólo en el daño, sino que también debe incorporarse a propósito de la culpa y del nexo causal. Por otra parte, el que el citado artículo 1558 se aplique en sede contractual hace también necesario estudiar qué ocurre con este concepto en sede extracontractual.

---

[15] Sobre las causas y teorías que explican el diferente tratamiento que da el artículo al deudor doloso y culposo, tratándose de justificaciones a la limitación de la indemnización contractual a los perjuicios previsibles, se encuentra: a) se trata de una directa aplicación del principio de respeto a la voluntad contractual: al realizarse la negociación, los perjuicios indemnizables no pueden exceder lo que las partes hayan comprendidos en esta etapa; b) La limitación es una manifestación de la inexistencia de la responsabilidad contractual: en realidad no existe tal responsabilidad, sino que se trata de una ejecución distinta y normalmente diferida; c) En el common law, es el resultado de distintas tendencias político-jurídicas del siglo XIX. En cuanto a las justificaciones dadas para la agravación de la responsabilidad ante la actuación dolosa, se encuentra: a) El dolo convierte la responsabilidad del deudor en extracontractual, eliminando el deber de respeto legal hacia la voluntad contractual; b) Se trata de una pena privada: de acuerdo a la concepción punitiva de la responsabilidad, la agravación es una sanción establecida por el ordenamiento, al dolo; c) La agravación de la reparación deriva de ciertos principios contractuales: el legislador no permite que el deudor doloso pueda liberarse de su responsabilidad mediante un acuerdo previo porque ello implica una condición potestativa del deudor. Para otros, se trata de una simple privación del favor que señala la regla del 1558 al que ha obrado de buena fe en el sentido de limitar su responsabilidad. Ver Domínguez Hidalgo, Carmen (1998) pp. 239-247; Domínguez Hidalgo, Carmen (2000) pp. 493 y siguientes. En Francia, Viney, Geneviéve y Jourdain, Patrice (2001) p. 594 y siguientes.

[16] Sobre el origen de la norma, ella fue sugerida por Dumoulin ya que el daño derivado del incumplimiento –interés extrínseco – no podía exceder del momento de la pérdida de la cosa –interés intrínseco – en la previsión de las par tes, imponiéndose un límite. Luego Domat señala que un hecho puede dar lugar a varios perjuicios sin que ello signifique dar pie a la responsabilidad ilimitada del deudor, así, sólo pueden indemnizarse las pérdidas que realmente son consecuencia del hecho. Sin embargo, dentro de estos perjuicios directos, el autor efectúa una subdistinción fundada en la buena o mala fe del deudor. Posteriormente, Pothier asimila los daños previsibles con los intrínsecos, en circunstancias que los extrínsecos también pueden preverse. Ver Domínguez Hidalgo, Carmen (2000) p. 493 y siguientes; Barrientos Zamorano, Marcelo (2007) pp. 7 – 22.

[17] El citado artículo se aplica exclusivamente tratándose de la responsabilidad contractual. *Fueyo Ceferino y otros contra Urbistondo* Vicente (1953). En igual sentido, Barros, Enrique (2009) p. 235. Sin embargo y tal como es el objeto del presente trabajo, hay dos opciones: la primera que consiste en admitir que es posible extender la aplicación de los principios contenidos en dicho artículo a la materia extracontractual, en cuyo caso existirán ciertas inconsecuencias (en este sentido, Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1995) p. 836. y, la segunda, que consiste en derechamente señalar que sólo es aplicable a materia contractual generándose otros conflictos tal como se expondrá.

Este análisis resulta fundamental desde que la previsibilidad del daño sólo se exige en materia contractual, ya que en extracontractual, también se indemnizan los imprevistos en virtud del principio de la reparación integral del daño[18] y las normas propias que rigen esta materia, como son las contenidas en el 2314 y 2329. En otras palabras, la exigencia de "todo daño" deba ser indemnizado, incluye los daños imprevistos[19].

Cosa distinta es el análisis de la previsibilidad que debe hacerse al estudiar la culpa o dolo con que eventualmente obró el deudor o autor del daño. Lo mismo sucede respecto de la relación causal que pudo prever este sujeto.

Entenderlo de otra forma podría llevar a que sólo puedan indemnizarse los daños previstos en materia extracontractual lo que pugna con la idea de "todo daño". Se insiste que esto no se opone al análisis de previsibilidad necesario para determinar la atribución de responsabilidad al incumplidor o autor del daño.

Para realizar este estudio, deberá primeramente referirse al concepto mismo de previsibilidad para luego ir relacionándolo en sus diversas facetas.

3.1. CONCEPTO PREVISIBILIDAD

Prever un resultado supone la representación del hecho, del resultado y de la relación causal, y si ello conlleva un acto de voluntad a realizarlo, será doloso. En caso contrario, esto es, si sólo hubo negligencia en el obrar, pese a haberse previsto, habrá culpa[20].

En otras palabras, "importa descubrir intelectualmente un enlazamiento causal entre un hecho conocido y el que probablemente se seguirá de él"[21].

Esta previsibilidad puede adoptar dos formas[22], la primera son aquellas situaciones que no pueden preverse racionalmente por ser la relación causal de suyo remota de modo tal que un hombre prudente no la descubre y si lo hace, lo desecha por su alto grado de improbabilidad. La segunda modalidad son aquellos hechos o actos en los cuales la relación de causalidad es normal, cierta y muy probable de tal forma que este mismo hombre prudente puede racionalmente detectarla.

---

[18] Al respecto ver, entre otros, Domínguez Hidalgo, Carmen (2000) p. 493 y siguientes; Domínguez, Ramón (2000) pp. 327-345. En Argentina, López Cabana, Roberto (1995) pp.273-281.
[19] Barros, Enrique (2009) p. 236.
[20] Puig Peña, Federico (1954) pp. 574-575.
[21] Rodríguez Grez, Pablo (1992) p. 11.
[22] Rodríguez Grez, Pablo (1992) p. 12.

Si estas consecuencias previsibles el sujeto las busca, entonces actúa con dolo. Si no las busca pero obra negligentemente, hay culpa. Sin embargo, el nexo causal puede igualmente interrumpirse, habiendo fuerza mayor o caso fortuito[23].

Esta previsibilidad, como aptitud para prever, suele distinguirse de la previsión, la cual consiste en efectivamente haber previsto, haber tenido en cuenta la producción del daño. "Así, si un daño previsible es imprevisto por el sujeto, tal falta de previsión demuestra su negligencia"[24].

De esta manera, la noción juega un triple rol. El primero consiste en ser un requisito del daño causado sin dolo derivado de contrato. Un segundo es aquel presente en el análisis de la culpa en función de los riesgos previsibles que envuelve la acción emprendida y, finalmente, la tercera función se observa al estudiar la relación causal al determinar cuáles daños pueden ser calificados como directos[25].

Por lo anterior es que se procederá a desarrollar estas diversas funciones de la previsibilidad a fin de dilucidar cuál es la relevancia de determinar la previsibilidad del daño.

3.2. RELACIÓN DE PREVISIBILIDAD Y DAÑO

Es esta característica en virtud de la cual el daño pudo o no haber sido representado por el autor o deudor, la que abre paso para clasificar los daños en previstos y no previstos.

Antes de entrar en esta clasificación, es necesario señalar que se trata más bien de una distinción realizada respecto de los perjuicios directos[26]. Esta conclusión se extrae de la misma regla del 1558 ya que la máxima extensión de indemnización que establece,

---

[23] YzquierdoTolsada, Mariano (2001)p. 12.
[24] Alterini, Aníbal (1998)p. 227.
[25] Barros, Enrique (2009) p. 236.
[26] "Son perjuicios directos los que se derivan como consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento del contrato. Perjuicios indirectos son, por su parte, aquellos que no implican sino una consecuencia mediata, más o menos remota de la infracción del contrato" Tapia Suárez, Orlando (2006) p. 120. Por otra parte, el tema no reviste mayor cuestionamiento en Chile, a diferencia de lo que ocurre en España donde el artículo 1107 del Código Civil exige que estos daños previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación, deben ser consecuencias necesarias de la falta de cumplimiento. Sin embargo, se afirma que apartarse de los códigos extranjeros en este sentido que entienden, al igual que en Chile, que se requiere que sean consecuencias directas e inmediatas, implica extender en demasía la responsabilidad, lo que pugna con el Código. En esta línea, Valverde y Valverde, Calixto (1926) p. 122.

es la relativa a los daños que son una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento[27].

En esta línea, se ha fallado que los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato son los que se derivan necesariamente de la obligación misma y que tienen relación íntima con ella y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida efectiva[28].

Más aún, hay sentencias que señalan que para aceptar la reparación de un daño es indispensable que él sea directo e inmediato del hecho que lo causa[29].

La razón de esta exclusión se deriva de la causalidad jurídica, que exige un nexo inmediato entre el acto y el evento de manera que se pueda inferir de él que el daño no se habría verificado sin aquel acto. Así, en el daño indirecto, no existe tal vinculación[30].

Lo anterior no implica que el deudor nunca responderá de los indirectos ya que esta hipótesis es perfectamente posible si las partes así lo pactan previamente en virtud del artículo 1547 del Código Civil[31].

Habiendo hecho esta aclaración, pueden definirse los perjuicios previstos como aquellos que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato; y los imprevistos, como aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever al tiempo del contrato[32].

De esta forma, son un daño previsto aquellos que un hombre medio, un buen padre de familia, pudo haberse representado que se irían a producir como efecto de su actuar. De ahí que se debe estudiar si el sujeto en concreto se representó efectivamente que su actuar conllevaría tal daño o si en comparación con el hombre medio ideal, pudo habérselo representado.

---

[27] Tapia Suárez, Orlando (2006) p. 119. En igual sentido, Abeliuk, René (2003) p.792.
[28] *Errázuriz con Echeñique* (1927).
[29] *Olave Olave, Violeta con Empresa Nacional de Transporte Colectivos S.A.* (1951).
[30] Messineo, Francesco (1956) p. 247.
[31] Vial del Río, Víctor (2007) p. 266.
[32] Alessandri Rodríguez, Arturo (2001) p. 104. Tapia Suárez, Orlando (2006) p. 117. Vial del Río, Víctor (2007) p. 266. Por su parte, Claro Solar define los previstos como los que "natural y ordinariamente se producen como efecto necesario del incumplimiento y que, por lo mismo, el deudor ha tenido que prever o podido prever al contratar" y a los imprevistos como "los que se han producido excepcionalmente, de suerte que no han podido ser previstos por el deudor como efecto de su incumplimiento". Claro Solar, Luis (1979) p. 728. En sentido similar, "previstos son aquellos que resultan verosímiles o probables al tiempo de celebración del contrato y surgir la obligación de acuerdo al desarrollo racional y normal de causalidad (…) imprevistos son todos aquellos que se causan a condición necesaria e inmediata del incumplimiento" Rodríguez Grez, Pablo (2005) p. 229.

3.3. EXTENSIÓN DE LA PREVISIBILIDAD: ¿SEDE CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

Como primer asunto, es el momento de despejar si la norma contenida en el 1558 se aplica efectivamente en exclusividad en materia contractual o si se hace extensiva en sede extracontractual.

En otras palabras, si se acepta que en materia extracontractual en caso que el autor del daño haya obrado sólo con culpa, responderá de los daños previstos – no que hayan podido preverse, obviamente, por no haber existido vínculo previo entre las partes – entonces se está estableciendo un límite a la reparación integral del daño y obviando la frase "todo daño" exigida por el legislador.

Por el contrario, si se opta por dejar esta norma solamente en el terreno de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, dicho peligro desaparece.

Sin embargo, en este momento entra a jugar otro conflicto que parece afectar la misma exigencia de "todo daño". En efecto, la previsibilidad al ser considerada también en la culpabilidad y en la relación causal, puede conducir a igual resultado desde que si se considera que sólo responderá –en un sistema de responsabilidad basado en la culpa- cuando el autor del daño haya obrado al menos culpablemente y en dicho análisis se incorpora la previsibilidad del resultado, en definitiva se estará obligando a indemnizar solamente los daños previsibles.

Al menos en Chile[33], la doctrina general estima que el artículo citado sólo es aplicable en hipótesis de responsWabilidad contractual, señalándolo incluso[34] como uno de los casos de distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

La razón que se esgrime para justificar esta solución es que cuando las partes han negociado, cada una asume un riesgo que incluyen en el valor recíproco de las prestaciones y ello no estaría presente en el caso de la responsabilidad extracontractual[35].

Por lo demás, no debe olvidarse que este artículo se encuentra a propósito de los efectos de las obligaciones convencionales y que parte de la base que el daño pudo haberse previsto al tiempo de constituirse la obligación.

En España se ha intentado señalar que aun cuando "sea discutible y disentido, pueda aplicarse en materia extracontractual el artículo 1107, que distingue entre un deudor

---

[33] En Francia, Viney, Geneviéve y Jourdain, Patrice (2001) p. 593.
[34] Domínguez Hidalgo, Carmen (2000) p. 522.
[35] Barros, Enrique (2009) pp. 235-236.

no doloso y un deudor doloso en el incumplimiento de la obligación[36], por cuanto de lo contrario, se extendería en demasía el deber de resarcir y, por lo demás, existe un sentido de justicia en la vida social que exige que se castigue más gravosamente al que ha obrado con dolo.

De esta forma, partiendo de la base que sólo es aplicable - al menos en teoría - en materia contractual, es necesario concordar y otorgar a la previsibilidad el rol que corresponde en cada una de sus denominadas funciones, ya que de lo contrario, los daños que se reparen en sede aquiliana, pueden ser igualmente limitados que si hubiese habido un contrato previo entre las partes.

Esta consecuencia no es desconocida. Así, en España se afirma, sin distinción alguna que "el daño, para que sea atribuible al agente, tiene que ser previsible y, además evitable"[37], y al menos en Chile, existe ya doctrina que no extiende la categoría de la previsibilidad del daño en materia extracontractua[38]. Otra posición, más drástica consiste en señalar que son ámbitos totalmente distintos y que arrancan de momentos diferentes, "así, en la hipótesis de la posibilidad de previsión que recae sobre el evento, y está relacionada a la lesión del derecho del crédito, esta se considera en el momento en que actúa el deudor, o lo que es lo mismo, cuando se ocasiona la acción u omisión que establece el incumplimiento de la obligación. En el caso de que la posibilidad de previsión tenga por objeto las consecuencias dañosas del mismo, ella se relaciona a un momento anterior, al tiempo de constituirse la obligación"[39]. Consecuente con ello, la previsibilidad del hecho sirve para calificar de culpable o no una determinada conducta y la previsibilidad del daño, para fijar la extensión de la responsabilidad.

Habiendo concluido que se aplica en materia contractual, se debe intentar contestar entonces, si la previsibilidad exigida en los factores de atribución y nexo causal, implica la representación del daño.

---

[36] Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1995) p. 836. La verdad es que, en la actualidad, la misma regla es incluso cuestionada y se escuchan voces para su derogación dada la escasa aplicación práctica incluso en sede contractual, así se señala que "la práctica diaria demuestra que, a la búsqueda de un resarcimiento integral, la víctima no duda a la hora de situar su reclamación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues fuera de los casos de dolo o culpa grave, la responsabilidad contractual se encuentra limitada al daño previsible" Yzquierdo Tolsada (1992) p. 865.

[37] Lete del Río, José Manuel y Lete Achirica, Javier (2006) p. 665.

[38] Barros, Enrique (2009) p. 400. El autor lo realiza a la luz de los casos en que la previsibilidad establece un límite demasiado estrecho a la responsabilidad y atendiendo a la diferencia normativa que existe entre las preguntas por la culpa y la imputación objetiva de los daños consecuentes.

[39] Barrientos Zamorano, Marcelo (2007) p.20.

3.4. FUNCIÓN DE LA PREVISIBILIDAD EN LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN

Al estudiar el concepto de culpa o dolo como factores de atribución en la responsabilidad civil subjetiva, es posible advertir una serie de definiciones que recaen en distintos elementos.

Tal como se verá, la representación necesaria en el juicio de previsibilidad, puede recaer tanto en el hecho mismo del incumplimiento como en sus consecuencias. Es evidente que dicho juicio, tratándose de la previsibilidad del daño exigida en el artículo 1558, debe recaer en el daño mismo, esto es, en tales consecuencias. Sin embargo, analizándose la culpa o dolo con que actuó el sujeto, el asunto no parece ser tan claro.

Para dilucidar este aspecto, se comenzará con estudiar qué se entiende por tales nociones, sin olvidar que también existe responsabilidad cuyo fundamento es distinto por ser el riesgo.

3.4.1. Culpa y dolo

Se sostiene que la previsibilidad es la idea central de la culpa ya que es el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado basándose en una previsibilidad media[40].

Lo que subyace, entonces, es la no previsión de lo previsible[41], es no haberse representado el incumplimiento[42] o, más aún, haberlo querido, en cuyo caso, se estará frente a una hipótesis de dolo[43].

Ahora bien, esta previsibilidad, puede recaer sobre el hecho mismo del incumplimiento, tales como no entregar la mercadería en tiempo y lugar pactado, no fabricar el mueble acordado, etc. Sin embargo, también puede ser exigida sobre las consecuencias dañosas que aquel incumplimiento se refiere.

Cabe señalar que esta materia, de gran relevancia, no ha sido tratada de manera directa por los autores, salvo algunas excepciones que se citan a continuación. Más bien,

---

[40] Santos Briz, Jaime (1970) p. 40.
[41] *Asjra Bondo*, Alberto (1965).
[42] Se hace presente que se habla de "incumplimiento" abarcando tanto sede contractual como incumplimiento del contrato, como en extracontractual referida a la infracción del deber de respeto a los demás.
[43] Por el momento, se hablará de culpa pero ello se hace extensivo al dolo, ya que para efectos de este trabajo, la distinción cobra relevancia a propósito del análisis de previsibilidad efectuado en el daño.

se observa una confusión que no vislumbra mayormente las consecuencias perniciosas para la reparación integral del daño en sede extracontractual. Pocos han sido los autores que se han cuestionado la importancia de la distinción entre la previsibilidad del daño y del hecho.

No obstante lo anterior, hay dos posiciones, una que derechamente efectúa la diferencia y otra que la desconoce.

Conforme a la primera, en el estudio de la culpa, debe atenderse a determinar si el deudor se representó el incumplimiento. Así, se señala que hay culpa del deudor cuando el quebrantamiento de la obligación le es imputable y que el dolo, a su vez, se produce cuando el deudor transgrede voluntaria y conscientemente la obligación[44].

De esta forma, el juicio de previsibilidad recae sobre la infracción misma a lo comprometido. Esta idea lleva a clasificar las causas del incumplimiento en aquellas previstas por el deudor (en cuyo caso se habla de previsión efectiva o dolo); incumplimiento que el deudor pudo y debió prever (o posibilidad de previsión, esto es, culpa); e incumplimiento por causa que no pudo prever o evitar el deudor (ausencia de previsión que se traduce en caso fortuito)[45].

Así, en la culpa, integrada por omisión de la diligencia, que requiere el actuar dañoso, se sustituye la previsión del resultado - lo cual es efectivo en el caso de dolo - por la previsibilidad y el acto de voluntad de querer el evento, por una conducta negligente[46].

---

[44] Albadalejo, Manuel (1997) pp. 170-171. En igual sentido, en Francia Mazeaud y Tunc señala que "en ocasiones, el deudor no cumple intencionalmente con su obligación. La culpa contractual es entonces del mismo orden que la culpa delictual; suele dársele el nombre de dolo. Otras veces, el incumplimiento de la obligación no es intencional: el deudor no ha deseado el daño que le ha causado al acreedor (…) la ley cuando establece un límite para la responsabilidad contractual, suele tener el cuidado de excluir la culpa intencional. El artículo 1150 del Código Civil le permite al deudor no indemnizar al acreedor por el perjuicio que fuera imprevisible en el momento del contrato a menos que haya incurrido en dolo" Mazeaud, Henry y León, Tunc, Andrè (1962) p. 378.

[45] Castán Tobeñas, José (1992) p. 246. Es de resaltar que en España, la culpa se encuentra definida en el artículo 1104 del Código Civil como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". En Chile, este autor encuentra eco en Fueyo quien señala que en caso de dolo, hay una previsión efectiva ya que el incumplimiento es voluntario y en la culpa hay posibilidad advertible y, finalmente, en el caso fortuito, no hay ni previsión ni previsibilidad. Fueyo, Fernando (2004) p. 423.

[46] Puig Peña, Federico (1954) p. 575.

En Chile, el tema se ha afirmado de manera más directa[47]. Así, se sostiene que "la previsibilidad del daño no es un elemento de la culpa (...) para que exista culpa no es requisito que el sujeto que incurre en ella se represente mentalmente el daño o descubra la cadena causal que lo determina"[48].

La importancia radica en el momento en que debe efectuarse el estudio de la previsibilidad. Así, se afirma que "la previsibilidad del evento se utiliza para establecer si el deudor ha actuado o no con culpa. Con este juicio realizado, se le hará responsable o no. Cuestión diametralmente distinta es la previsibilidad del daño, que, como vimos, es un criterio posterior y la que una vez declarada la responsabilidad, limita la causalidad y con ello ayuda a determinar cuáles son las consecuencias del daño producido en el resarcimiento del mismo, es decir, el quantum respondeatur. La imprevisibilidad del daño exclusivamente restringe la cuantía del resarcimiento"[49].

Una segunda posición extiende el juicio de previsibilidad, tanto respecto de la culpa como el dolo, a la representación del daño que tuvo que hacer el autor al producirse el incumplimiento.

En esta línea se señala que la culpa implica una relación subjetiva entre el acto y el que lo ejecuta, lo cual hace suponer que ese acto se realizó o con la intención de que el resultado se produjera, que es el caso del dolo, o con una falta de diligencia tal que el autor pudo y debió prever el resultado que se ha producido[50].

---

[47] Se plantea de esta manera porque, en realidad el tema central de la presente investigación no lo es para estos autores. Lo mismo ocurre en Argentina en que se sugiere que la culpa implica negligencia entendida como una conducta omisiva de no tomar las precauciones necesarias al encarar una acción; y de imprudencia como la conducta positiva que consiste en una acción de la cual había que abstenerse. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (1997) pp. 143-144. Por el contrario, en Chile si bien se encuentra bibliografía en tal sentido, también se hace de manera indirecta, por ejemplo, Abeliuk quien define a la culpa como "la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación" Abeliuk (2003) p.202. En igual línea, Alessandri, Somarriva y Vodanovic que señalan que "Hay culpa contractual cuando el deudor por desidia o negligencia, no cumple íntegramente una obligación preexistente o la cumple tardíamente. Si de ello se sigue daño al acreedor, el deudor incurre en responsabilidad y está obligado a indemnizar a aquél. Hay culpa extracontractual cuando por negligencia, descuido o imprudencia se realiza un hecho que conforme a la ley no debió llevarse a cabo o se omite un hecho que debió efectuarse". Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001) pp. 270-271. Así, la culpa se produce sobre el hecho mismo del incumplimiento o infracción.

[48] Rodríguez Grez, Pablo (1992) p. 51. Para el autor, en todo caso, tratándose de dolo, la previsibilidad igualmente recae sobre el resultado ya que el autor busca, efectivamente, el efecto dañoso (p. 46).

[49] Barrientos Zamorano, Marcelo (2007) pp. 7 - 22

[50] Tapia Suárez, Orlando (2006) p. 158. En este caso, el autor utiliza la fórmula de "pudo y debió prever el resultado" lo cual implica el análisis que debe hacerse respecto del daño".

En el fondo, existe culpa "cuando el sujeto, pudiendo representarse razonablemente una consecuencia dañosa si ejecuta un acto voluntario, lo realiza materialmente sin esa representación o reflexión; o previéndolo, lo ejecuta confiado en que dicho resultado no se producirá[51].

La justificación a esta idea es que sólo se responde de aquellos daños que hubieran podido y debido preverse. De este modo, la previsibilidad es una condición de la responsabilidad[52].

Sin embargo, ello se entiende en materia de responsabilidad contractual, en que la ley también ordena la distinción según si se actuó con dolo o culpa pero tratándose de responsabilidad extracontractual parece peligroso que sólo se indemnicen los daños previstos desde que el ordenamiento funciona sobre la base de reparar "todo daño".

Si bien es difícil establecer un límite en el estudio de la previsibilidad y que evidentemente, al analizarla respecto del factor de atribución, inevitablemente recaerá en las consecuencias, cosa distinta es la valoración que deba hacerse en ambos estados[53].

Así, relacionado con lo anterior, si la previsibilidad es el antecedente lógico de la evitabilidad de un resultado[54], otra cosa es que al momento de determinar de qué daños debe responder el deudor por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, es necesario realizar otro juicio de previsibilidad, esta vez respecto del daño mismo[55].

Pretender lo contrario, implicaría que al determinar el elemento de imprevisibilidad

---

[51] *Contra Calderón Cortés, Mario* (1984).
[52] Díez-Picazo, Luis (1999) p. 361.
[53] Barrientos Zamorano, Marcelo (2007) p.20. En sentido similar, Barros para quien, a propósito de este tema, señala que en la pregunta de la culpa se centra la previsibilidad en el daño inicial, mientras que en la causalidad, se cuestiona la extensión de la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se siguen del daño inicial. Barros, Enrique (2009) p. 92.
[54] Santos Briz, Jaime (1991) p. 44. En igual sentido, Lete del Río, José Manuel y Lete Achirica, Javier (2006) p. 653.
[55] Barría Paredes, Manuel (2008) pp. 154-155. En todo caso, este autor afirma que en el juicio de culpa debe estudiarse la previsibilidad del resultado. En la presente investigación se afirma que son cosas distintas, como se ha planteado. Ello porque, de lo contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual, en definitiva, también se repararían sólo los daños previstos ya que la culpa recaería sobre aquella representación exclusivamente de esos hechos. Sin embargo, se acepta la cita ya que el autor distingue la distinta función que cumple el análisis de previsibilidad.

del caso fortuito[56], también debería estudiarse el daño producido y ello carece de toda lógica[57].

3.4.2. En la responsabilidad objetiva

Habiendo visto qué ocurre en aquellos casos en que el fundamento de la responsabilidad es la culpa o el dolo del autor, ahora procede brevemente ver qué sucede cuándo es indiferente la culpabilidad del agente desde que el factor de atribución de responsabilidad recae en el riesgo asumido al ejecutar la acción y no en la culpa o el dolo del obrar.

En esta situación, independientemente de la representación del sujeto sobre el incumplimiento o las consecuencias, el sujeto deberá responder igual por el sólo hecho del daño producido derivado de su actividad. Ello porque en estos casos, la ley presume y supone la previsibilidad del daño[58].

3.5. FUNCIÓN DE LA PREVISIBILIDAD EN LA RELACIÓN CAUSAL

Ahora corresponde estudiar, en esta materia, la unión causal que debe existir entre el daño y la actividad u omisión del agente ya que ello, de acuerdo a lo visto a propósito de los requisitos de la indemnización de perjuicios, es imprescindible para que ella proceda.

En otras palabras, es el momento de establecer cuáles son los daños que fueron consecuencia del obrar del sujeto y que, en definitiva, deban ser resarcidos.

Lo anterior encuentra su fundamento en que, tradicionalmente[59], se le otorga a la relación de causalidad una doble función ya que, por una parte se fija material y objetivamente cuándo un daño es atribuible a la acción u omisión de un sujeto y, por la otra, se señala la forma de medir la extensión de la indemnización.

En este punto a estudiar relativo a la relación de causalidad, es fundamental indicar que también debe recaer en el hecho, ya que su interrupción, esto es, la no existencia de

---

[56] Barros, Enrique (2009) p. 90. Para el autor, "la previsibilidad, como condición de la culpa, permite distinguir la acción culpable del caso fortuito (…) el caso fortuito alude a las circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por tanto, no pueden atribuirse a una falta en la diligencia exigida"
[57] Esta materia, también puede estudiarse desde el vínculo causal ya que el caso fortuito es una hipótesis de interrupción del mismo.
[58] Rodríguez Grez, Pablo (1992) pp. 93-95.
[59] Fueyo, Fernando (2004) p. 368.

tal nexo se da cuando interviene un caso de fuerza mayor o caso fortuito[60] cuya imprevisibilidad recae en el hecho mismo y no en el daño[61].

Este tema es de sumamente amplio razón por la cual, en la presente investigación, se hará referencia sólo en lo que dice relación con la previsibilidad, tanto en aquellos casos en que el factor de atribución es subjetivo como objetivo.

3.5.1. Teorías de la relación causal y su vinculación con la previsibilidad en la responsabilidad subjetiva

Esta materia forma parte de la que podría ser denominada como la tercera función que cumple la previsibilidad en materia de responsabilidad civil ya que aparece también al momento de determinar cuáles daños son directos y, por tanto, deben ser reparados[62].

Al plantear el asunto de la previsibilidad en la relación causal, la idea central consiste en determinar los daños reparables o, más bien, la determinación de la extensión de la obligación de reparar[63] desde que debe existir un nexo que viene dado no sólo por la previsibilidad del resultado, sino que también la previsibilidad de todo el desarrollo causal que conduce al evento dañoso[64].

A fin de cumplir con la necesidad de unir causalmente el daño con la acción u omisión, se han generado una serie de teorías que intentan facilitar la tarea del juez en este sentido.

Entre las más relevantes[65] se encuentra la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada.

La primera sostiene que todos los eventos son equivalentes y, por tanto, una conducta es responsable del daño causado cuando, suprimida mentalmente esa conducta, el daño no se hubiese producido. La crítica que se formula al respecto deriva de aquellos casos en que existen múltiples de conductas concurrentes en la producción del daño.

---

[60] Esta conclusión también se extrae del concepto mismo de caso fortuito y de su carácter de improviso que "puede aplicarse a un suceso según lo acostumbrado o desacostumbrado de éste; que esté siempre subordinada a la circunstancia de que se refiera a acontecimientos que racionalmente hayan podido preverse" Coustasse, Alberto (1958) p. 110.
[61] Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001) pp.196 y siguientes.
[62] Barros, Enrique (2009) p. 236.
[63] Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1995) p. 836.
[64] Díez-Picazo, Luis (1999) p. 336.
[65] Al respecto se puede profundizar con numerosos autores, entre ellos, Domínguez Aguila, Ramón (2001) pp. 7-27; Corral Talciani (2003) pp. 180 y siguientes; Barros, Enrique (2009) pp. 394 y siguientes; Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001) pp. 187. p. y siguientes; Roca, Encarna (2003) pp. 152 y siguientes.

En segundo lugar, la teoría de la causalidad adecuada, afirma que cuando concurren diversos acontecimientos, debe otorgársele relevancia a aquel que constituye la causa que normalmente debe haber producido el daño.

De acuerdo a una parte de la doctrina que en Chile se ha manifestado[66], en la responsabilidad subjetiva existe el criterio básico de la previsibilidad de modo tal que el juez resuelve el asunto preguntándose si un hombre prudente habría previsto que el daño en cuestión resultaría probablemente de su acción. De esta forma, es esta noción la que limita la responsabilidad y lo hace no sólo para determinar si existe o no negligencia sino que también determinar la extensión de los daños. De este modo, el autor propone que la teoría de la equivalencia de las condiciones cumple con el establecimiento de los daños directos.

Contra esta posición[67] se indica que los problemas surgen al confundir culpa con imputación objetiva de las consecuencias mediatas del hecho culpable. De este modo, la culpa para esta línea de argumentación, supone la previsibilidad del primer daño pero ello no tiene por qué extenderse a las siguientes consecuencias de la acción culpable. Así, se sostiene que el criterio a seguir debe ser el de la causalidad adecuada ya que sólo de esta manera, consecuencias que eran imprevisibles en la posición de quien incurrió en negligencia, pueden serle atribuidas desde que se encuentran comprendidas en el curso normal de los acontecimientos, relevando el análisis de la previsibilidad exclusivamente al análisis de la culpa.

3.5.2. En la responsabilidad objetiva

Tal como ya se ha sostenido, en hipótesis de responsabilidad objetiva poco o nada importa si el autor del daño previó o no lo hizo por cuanto la ley presume tal previsibilidad.

Sin embargo, pese a que la culpa o dolo no figuren en este caso como factores

---

[66] Domínguez Aguila, Ramón (2001) pp. 13 y siguientes.

[67] Barros, Enrique (2009) p. 399. Existen fallo que adoptan esta forma de razonamiento "El daño producido era previsible y evitable. Previsible, porque el conductor del bus no podía menos que imaginar que al ir a una velocidad no razonable ni prudente, atendido el estado atmosférico que influía en la calzada, y la zona de curvas por donde se desplazaba, podía ocasionar un accidente, lo que ocurrió" *(Franco Fortunato Gautier; Ivonne Vivar Gándara con Oscar Enrique Campos Burgos; Tur Bus Ltda.* (2004). El caso fortuito existe cuando el resultado dañoso producido es enteramente imprevisible para el autor de la acción u omisión que provoca dicho resultado; por lo tanto, existiendo una acción culposa del productor del daño, es de su esencia la previsibilidad. *Manuel Ramírez Maturana; con José Luis Flores Costa; Transportes Verschae Sociedad Anónima* (2006).

de atribución de responsabilidad, se hace indispensable que entre el daño y el actuar u omisión del agente exista un nexo de causalidad.

Este hecho lleva a señalar que una vez más, el criterio de la previsibilidad del daño es el adecuado para establecer la extensión del deber de reparar. De esta forma se afirma[68] que la fórmula de la causalidad adecuada es la que parece preferible. Ello porque este criterio de normalidad es determinado por la previsibilidad según el curso normal de las cosas.

Ahora bien, está claro que la previsibilidad también se considera en el estudio de la relación causal. De esta constatación resulta fundamental aclarar sobre qué debe recaer el análisis de esta noción.

Evidentemente, debe recaer sobre los hechos y no sobre el daño mismo ya que, de lo contrario, en sede extracontractual sólo se indemnizarían los daños previstos y a propósito de esta sugerencia, se plantea la alternativa de que, en realidad, la norma contenida en el artículo 1558 del Código Civil, también resulta aplicable cuando se causa un daño sin contrato previo entre las partes.

4. CONCLUSIONES

De lo investigado es posible concluir que la norma contenida en el artículo 1558 del Código Civil es aplicable exclusivamente en sede contractual.

Sin embargo, existe el peligro que, en la práctica, se efectúe igual distinción en sede aquiliana. Este riesgo existe si no se considera a la previsibilidad en su real dimensión.

En efecto, si se acepta que la previsibilidad que debe estudiarse al determinar si un sujeto obró culposamente, incluye el daño, entonces no cabe duda que sólo se indemnizará los daños previsibles en materia extracontractual. Lo mismo ocurre si se considera la previsibilidad del daño al estudiar el nexo causal.

Para evitar que el mandato contenido en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, en cuanto a que debe repararse "todo daño", quede frustrado al analizar el factor de atribución de responsabilidad – o el nexo causal – es necesario situar el análisis de lo previsible en su justa medida.

En otras palabras, si se acepta que al establecer la culpabilidad del sujeto, dicha noción recae sólo sobre el hecho o evento y no en el daño entonces no habrá duda que

[68] Domínguez Aguila, Ramón (2001) pp. 18-19.

no sólo los daños previsibles serán indemnizados, sino que también los imprevisibles en la medida que sean consecuencia directa del hecho.

De esta forma, sólo estableciendo la distinción entre previsibilidad del hecho y del resultado dañoso, la limitación de los daños previsibles sólo resulta aplicable en sede contractual, en que las partes han podido velar, al menos en teoría, por sus propios intereses y representarse los riesgos y eventuales daños que pudieran sufrir. Ello no es posible en sede extracontractual, de ahí la injusticia para la víctima que acarrea el concluir que la previsibilidad presente en el actuar culposo incluya igualmente, al daño.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abeliuk (2003): Las obligaciones (Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 2 vol. p.730.

Albadalejo, Manuel (1997): Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. (Barcelona, José María Bosch Editor) 509 pp.

Alessandri Rodríguez, Arturo (2001): Tratado de las obligaciones Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 500 pp.

Alessandri, Arturo (1983) De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno (Santiago, Ediar Editores) 2 vol.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2001): Tratado de las Obligaciones (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 500 pp.

Alterini, Aníbal (1998): Derecho de obligaciones (Buenos Aires, Abeledo Perrot). 916 pp.

Barría Paredes, Manuel (2008): "La previsibilidad en materia de daños" en Revista de Derecho Universidad de Concepción Nro. 223-224. pp. 149-168.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2007): "Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato" Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, pp. 7 – 22.

Barros, Enrique (2009): Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica) 1230 pp.

Borga, Ernesto (1956): Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo V (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina) pp. 1013.

Castán Tobeñas, José (1992): Derecho civil español común y floral (Madrid, Editorial Reus) pp. 860.

Coustasse, Alberto (1958): El caso fortuito ante el Derecho Civil (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 185.

Claro Solar, Luis (1979) Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica) 812 pp.

Corral talciani (2003): Lecciones de responsabilidad civil extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica) 423 pp.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1995): Instituciones de Derecho Civil (Madrid, Editorial Tecnos)

Díez Schwerter, (1997): El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 291 pp.

Díez-Picazo, Luis (1999): Derecho de daños (Madrid, Editorial Civitas) 367 pp.

Domínguez Aguila, Ramón (1990): "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nro. 188, 1990. pp125-168. p. 125-126.

Domínguez Aguila, Ramón (2000): "Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil", Revista Actualidad Jurídica, Vol. 2, pp. 327-345.

Domínguez Aguila, Ramón (2001): "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno", Revista de Derecho Universidad de Concepción Nro. 209. pp. 7-27.

Domínguez Hidalgo, Carmen (1998): "Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, pp. 239-247 .

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000): El Daño Moral Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 782 pp. p. 522.

Escriche, Joaquín (1852): Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Compañía). pp. 1543.

Fueyo, Fernando (2004): Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones (Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 650 pp.

García Amigo, Manuel (1995): Teoría general de las obligaciones y contratos (Madrid, McGraw Hill) pp. 640.

Jaramillo Tamayo, Javier (2008): Tratado de Responsabilidad Civil (Bogotá, Editorial Legis) 2 vol.

Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (1997): "Los factores subjetivos de atribución" en MOsset Iturraspe, Jorge (Edit.) Responsabilidad Civil (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) pp.140-210

Lete del Río, José Manuel y Lete Achirica, Javier (2006): Derecho de obligaciones (Madrid, Editorial Thomson) 2 vol .

López Cabana, Roberto (1995): "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", en: Alterini y López cabana (edit.), La responsabilidad (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perot) pp.273-281.

Mazeaud, Henry y León, Tunc, Andrè (1962): Tratado teórico y práctcio de la responsabilidad civil delictual y contractual (Traducc. Luis Alcalá-Zamora Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América)

Messineo, Francesco (1956): Manual de Derecho civil y comercial (Traducc. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 536 pp.

Puig Peña, Federico (1954): Tratado de Derecho Civil español Tomo IV (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) 599 pp.

Roca, Encarna (2003): Derecho de daños (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 390 pp.

Rodríguez Grez, Pablo (1992): La obligación como deber de conducta típica (Santiago, Ediciones Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 335 pp.

Rodríguez, Pablo (1999): Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica) 505 pp.

Rodríguez Grez, Pablo (2005): Responsabilidad contractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 331.

Santos Briz, Jaime (1970): La responsabilidad civil (Madrid, Editorial Montecorvo) p. 814.

Tapia Suárez, Orlando (2006): De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 654.

Valverde y Valverde, Calixto (1926): Tratado de Derecho Civil Español (Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta) 679 pp.

Vial del Río, Víctor (2007): Manual de las obligaciones en el Código Civil chileno (Santiago, Editorial Biblioteca Americana) pp. 599.

Viney, Geneviéve y Jourdain, Patrice (2001): Traité de Droit Civil: Les effets de la responsabilité (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) pp. 819.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (1992): "Comentario del artículo 1107 del Código Civil" en Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo (Vol. 1, Madrid) pp. 843-863.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001): Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y extracontractual. (Madrid, Editorial Dykinson) pp. 545.

Zannoni, Eduardo (1982): El daño en la responsabilidad civil (Buenos Aires, Editorial Depalma) 384 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Asjra Bondo Alberto (1965), Corte Suprema, 24 de marzo de 1965 (Casación de Oficio) RDJ t. 62, sec. 4, p. 31-34.

Contra Calderón Cortés, Mario (1984): Corte Presidente Pedro Aguirre Cerda, 5 de noviembre de 1984 (Recurso de Apelación) RDJ, t. 81, sec 4, p. 287-298.

Errázuriz con Echeñique (1927), Corte Suprema, 9 de noviembre de 1927 (Recurso de Casación en el Fondo), RDJ T. 25, sec 1 pp. 472-494, y Cubillos con Riquelme (1933) Corte Suprema, 29 de diciembre de 1933 (Recurso de Casación en el Fondo), RDJ t. 31, sec 1, p. 157-171.

Franco Fortunato Gautier; Ivonne Vivar Gándara con Oscar Enrique Campos Burgos; Tur Bus Ltda (2004) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de diciembre de 2004 (Recurso de Apelación) N° Legal Publishing: 31712.

Fueyo Ceferino y otros contra Urbistondo Vicente (1953), Corte Suprema, 14 de abril de 1953 (Recurso de Casación en el Fondo), RDJ t. 50 sec. 4, p. 40-54.

Manuel Ramírez Maturana; con José Luis Flores Costa; Transportes Verschae Sociedad Anónima (2006) Corte Suprema, 31 de julio de 2006, (Recurso de Casación en la Forma) N° Legal Publishing: 34912.

Olave Olave, Violeta con Empresa Nacional de Transporte Colectivos S.A. (1951): Corte Suprema, 3 de julio de 1951, (Recurso de Casación en el Fondo) RDJ t. 48, sec 1, p. 252-260.

Supermercado de Telas S.A. con Banco de Santiago (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 1997 (Recurso de Apelación) RDJ, t. XCIV, sec. 2, p. 67-67.

"LA ACCIÓN DIRECTA"

Fundamentos, Estado Actual y Conveniencia de su Incorporación a la Legislación Chilena.

Carolina A. Barriga Chávez[1]

RESUMEN: El desarrollo de la responsabilidad civil y su seguro encuentra su fundamento en el principio de reparación integral del daño en la víctima. En este contexto aparece la acción directa, por medio de la cual se reconoce al perjudicado un derecho propio para exigir la indemnización de la compañía aseguradora. Actualmente ella tiene amplia acogida en los diversos sistemas jurídicos pero no ha sido consagrada en el nuestro dado que este no ha experimentado la misma evolución en la materia. Ello sumado a la concepción subjetiva de la responsabilidad, al parecer, sugiere que esta situación se mantenga en dicho estado.

Palabras clave: acción directa, seguro de responsabilidad civil, principio pro víctima,

ABSTRACT: The development of liability and the insurances on this area are grounded on the principle of full compensation for the damage to the victim. In this context appears the direct action, by which the legal system recognizes the injured's own right to sue the compensation from the insurer.

Currently it is extensively used in various legal systems but has not been enshrined in ours since we haven't experienced the same evolution in the field. This actual status coupled with the subjective conception of responsibility seems to suggest that this continues in that same state.

Keywords: Liability, liability insurance, direct action, principle of full compensation

INTRODUCCIÓN

Actualmente, gran parte de los ordenamientos contemplan una acción a favor de la víctima de un hecho dañoso, para que esta pueda demandar directamente de la compañía de seguros la reparación debida. Esta es la llamada "acción directa", por medio de la cual se busca proteger al perjudicado evitando que este se vea expuesto a la insolvencia del responsable del daño.

---

[1] Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Instructora UC. cbarrig@uc.cl.

Aun cuando existe discusión respecto a algunos casos puntuales, podemos decir que nuestro ordenamiento no contempla esta acción. Esta situación ha motivado este estudio, el que busca analizar si esta representaría un beneficio para nuestra legislación. Para ello, revisaremos la evolución que han vivido la responsabilidad civil y su seguro, luego la función y recepción de la acción directa en otros países. Más tarde, veremos la situación de nuestro país en estas materias, para finalmente determinar la conveniencia o inconveniencia de su incorporación a nuestro ordenamiento.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD.

1.1. Evolución e influencia recíproca.

Muchos autores se han referido a la ya innegable relación entre el contrato de seguro de responsabilidad civil y el desarrollo de esta[2]. Se ha reconocido repetidamente la alimentación recíproca entre uno y otro, y el papel fundamental que ha jugado el seguro en la expansión de la responsabilidad.[3]

El influjo del seguro respecto a la reparación de los perjuicios, ha sido relevante en la determinación de los montos indemnizatorios, tanto para la doctrina como para las sentencias de los tribunales de justicia. Para la cátedra[4], el robusto patrimonio de la compañía aseguradora elimina el conflicto de "hacer del autor del daño una nueva víctima"[5], situación que obligaba a moderar las reparaciones, aun cuando esta no lograra resarcir efectivamente el daño. Por otra parte, es admitida su influencia en las sentencias de los tribunales de justicia, que conociendo que el demandado ha contratado un seguro, no dudan en condenar a sumas más altas buscando la completa reparación de la víctima, e incluso a revisar en forma menos exhaustiva los elementos de la responsabilidad.[6]

Importante ha sido también la influencia del seguro en la pérdida de relevancia

---

[2] Véase Domínguez Águila "Desde que han proliferado los seguros y se sabe que detrás del demandado hay una aseguradora, la tendencia ha sido la de aumentar las sumas a pagarse, sin mayor consideración como también la de comprenderse en la sentencia daños antes no cubiertos." (2001), p.10 y ss. También Sánchez (2005) pp.1293 y ss., y Reglero (2006) pp.723 y ss., entre otros.

[3] "La enorme expansión que ha experimentado la responsabilidad civil en los países desarrollados a lo largo del siglo XX no hubiera sido posible, o hubiera seguido un ritmo considerablemente más lento, sin la existencia del seguro." Reglero (2006), p.723.

[4] Tamayo (1999), p.191, Rodríguez Grez (1999) p.91., Barros Bourie (2006) p.1078

[5] López (1995) p.274

[6] En este sentido Domínguez Aguila (2001) p.5, 10, López-Cobo (1999) p.7, Domínguez Hidalgo (2000) p.356, Yzquierdo Tolsada (2001) p.511.

de la culpa, la objetivación de la responsabilidad[7], lo que ha llevado a una "sustitución gradual del concepto de responsabilidad por el de accidente como hecho motivador de la indemnización".[8]

Si bien todo esto ha llevado a algunos a estigmatizar al seguro como el gran culpable[9] de la llamada "crisis de la responsabilidad civil[10]". Debe reconocerse que también ha sido el gran facilitador para la concreción de la reparación integral del daño.[11] La mayor contratación de seguros posibilita la concreción de los fines de la responsabilidad civil ya que, de otro modo, aun habidos todos los elementos de esta, la falta de un patrimonio que pueda responder efectivamente por el perjuicio causado deja la reparación en un mero ideal o buena intención.

Si bien la difusión del seguro de responsabilidad civil ha repercutido y dado lugar a esta evolución, su contratación sólo tendrá lugar en un marco de responsabilidad que lo justifique. Es el caso de muchos países, en especial, en los de economías más desarrolladas, donde la proliferación de los riesgos, sumada a una mayor conciencia indemnizatoria,[12] ha llevado a que la responsabilidad se torne en el "mecanismo de autodefensa de la sociedad frente a la industrialización".[13] Esta realidad constituye, sin duda, un estímulo para la contratación de más y nuevos seguros que permitan al individuo protegerse ante tantos posibles riesgos.[14]

---

[7] Muchos autores se han referido a este efecto del seguro en la responsabilidad, entre ellos, López-Cobo (1999) p.7, Sánchez Calero (2005) p. 1295 y ss., Domínguez Águila (2001).
Reglero Campos, citando a Savatier en una opinión radical, que podría alimentar argumentos alarmistas sobre la evolución de la responsabilidad civil: "Gracias al seguro de responsabilidad, se ha podido, sin injusticia aparente, considerar responsables a individuos a cuyo cargo no ha podido ser establecida culpa alguna, e incluso habiéndose demostrado exentos de toda culpa." (2006) p.723 al pie.
[8] López-Cobo (1999) p.11
[9] Aun cuando es señalado así en forma recurrente, también es ampliamente reconocido que son muchas las variables que han llevado a esta evolución. Los autores señalan, entre otras, la proliferación de los riesgos, una mayor conciencia reparatoria, los altos montos de las indemnizaciones, etc. En este sentido, Tapia (2006) p. 8, Domínguez Hidalgo (2000) pp. 348 y ss., Mosset Iturraspe (1997) p.23 y ss., entre otros.
[10] Tapia (2006) p.8
[11] Fernández (1997) p.40, interpreta este principio: "El resarcimiento ha de procurar establecer las cosas a su estado anterior, recomponiendo el equilibrio roto. Por eso ha de existir la mayor equivalencia entre el daño ocasionado y el equilibrio roto." Stiglitz se refiere a esta regla en relación al seguro señalando, "a través del aseguramiento, no se puede esquivar el postulado esencial de los sistemas de reparación de daños, en cuya virtud si bien la compensación debe ser integral, colocando a la víctima en la situación que gozaba mientras el hecho no se había producido, ello no implica que se pueda constituir en fuente de enriquecimiento." (1997) p.390-391.
[12] Domínguez Hidalgo (2000) p.348
[13] López-Cobo (1999) p. 5
[14] Barros Bourie 2006) p.1077.

1.2. *Visión moderna de la función del derecho de daños y del seguro de responsabilidad.*

Como mencionábamos, para la doctrina clásica la reparación tiene como fundamento la culpa probada,[15] el centro está en la búsqueda del responsable del hecho dañoso, quien deberá resarcir a la víctima por el perjuicio provocado con su propio patrimonio.

La raíz de esta teoría consiste en que el autor del daño debe responder por su infracción a la conducta socialmente esperada, "la vida en sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes."[16]

Esta doctrina se va a ver alterada por una nueva perspectiva que va a poner la mirada sobre la víctima, y toda la atención en la indemnización que esta merece, dejando atrás la visión individualista y subjetiva de la culpa para dar preeminencia a la reparación.[17] Nace el principio de protección del perjudicado, provocando un cambio en la filosofía de la responsabilidad, "ya no se trata de castigar al victimario, sino de reparar a la víctima."[18]

Esta reforma va determinando a la vez una alteración en la función del seguro.[19]

En un principio se entiende que el objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil radica en que "el asegurador pague al asegurado, o por cuenta de éste, las indemnizaciones a que resultare obligado respecto de terceros por los daños y perjuicios objeto de la cobertura."[20] Esta es la concepción original y clásica, aquella en que la función del seguro se concreta en la indemnidad del asegurado[21], quien contrata con el fin de eliminar de su patrimonio el riesgo de responder civilmente por el daño causado a un tercero, traspasándolo a la compañía aseguradora. El perjudicado era ajeno a la convención y no surgía para él ningún derecho sino sólo efectos prácticos.[22]

Finalmente, la evolución en materia de responsabilidad civil tiene eco en el seguro el que, para muchos, torna su fundamento hacia la protección de la víctima. "Es preciso mantener incólume el orden social y el sentimiento de justicia. De allí el imperativo de motorizar un haz de mecanismos de reacción jurídica que persigan la vuelta al equilibrio (al *statu quo* ante) patrimonial. Entre ellos se enrola el contrato de seguro."[23]

---

[15] Domínguez Águila (2001) p.6
[16] Mosset (1997) p. 21
[17] López-Cobo (1999) p. 12.
[18] Rodríguez Grez (1999) p.98.
[19] López-Cobo (1999) p.7.
[20] Barros Bourie (2006) p.1073.
[21] Barros Torres (2001) p.110.
[22] Reglero Campos (2006) p.790
[23] Stiglitz (2008) p.387.

Sumado al objeto inicial del contrato, que busca proteger el patrimonio del asegurado ante el riesgo de responder civilmente por un acto negligente, el seguro "permite hacernos a todos igualmente solventes frente a la producción del siniestro"[24] garantizando a la víctima la indemnización del perjuicio sufrido. De otro modo, la reparación podría verse obstaculizada por un patrimonio incapaz de soportar la obligación.[25]

Esta certidumbre otorgada a la víctima, que antes sólo resultaba como una consecuencia accesoria, pasa a ser reconocida como una función primordial, cumpliendo un rol en la sociedad que, sobre lo buscado por el asegurado, busca facilitar el resarcimiento de la persona que ha sufrido el daño. De acuerdo a esto, si bien el seguro es un contrato entre privados, cumple con un rol social[26] y así empieza a ser concebido[27]. "Cada vez cuenta con mayor aceptación entre la doctrina la postura que sostiene que el seguro de responsabilidad civil tiene como finalidad inmediata la protección de la víctima y como objetivo mediato, el amparo del patrimonio del asegurado. Ello es así, como consecuencia del mayor sentido solidarista[28] que se intenta incorporar al derecho de daños, donde se busca poner el centro de gravedad en la víctima"[29]

Dentro de este marco nace la acción directa, como una herramienta para la concreción del principio pro víctima.

---

[24] Rodríguez Grez (1999) p.91.
[25] Sobrino, señala que además de las tres funciones básicas de la responsabilidad- prevención, sanción y reparación- habría una cuarta, "la no frustración de la indemnizabilidad" (2000) p.306
[26] Venegas y Compiani (1995) p. 744. López-Cobo se refiere también a este rol: "El seguro de responsabilidad civil es una necesidad inherente a toda sociedad industrializada que posibilita el normal desenvolvimiento de las relaciones humanas en general, y aporta la seguridad de que los posibles daños y perjuicios causados en el ejercicio de la actividad asegurada podrán ser resarcidos, o cuando menos paliados, en los términos que se hubieren establecido." López-Cobo (1999) p. 6.
[27] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997. "El seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor no constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados."
[28] La palabra "solidarista" no está reconocida por la Real Academia de la Lengua Española. Aún así, la hemos integrado con el afán de ser fieles a la obra original de donde ha sido citada la oración que la contiene.
[29] Sobrino (2000) p.307

2. LA ACCIÓN DIRECTA.

2.1. Cuestión preliminar.

Hasta antes del reconocimiento de la acción directa, todas las formas para hacer efectivo el crédito requerían que la víctima demandara directamente al asegurado. Ello ponía en riesgo el objeto del seguro, podía ocurrir que el asegurado destinara la indemnización a otros fines o que esta pasara a integrar un patrimonio insolvente "la víctima puede verse preferida por otros acreedores, que se cobrarán antes que ella, y que vendrían a beneficiarse directamente, con el siniestro, que llegará así a enriquecer indirectamente al asegurado, a quien libera de tales deudas".[30]

Con el fin de evitar esta situación los jueces buscaron diversas soluciones, entre ellas, la acción revocatoria, la de enriquecimiento y la que dio lugar a mayor discusión y aplicación, la acción subrogatoria.[31]

Por medio de la acción subrogatoria o indirecta[32], se entendía que la víctima ocupaba el lugar del asegurado para ejercer los derechos de éste ante la compañía de seguros. Esta solución presentaba el inconveniente de permitir que el asegurador opusiera al perjudicado todas las excepciones del deudor, tanto las de la relación de responsabilidad como las que tenía contra la persona del asegurado.[33]

Los ordenamientos lo resolvieron de modo diverso; Suiza otorga un derecho de prenda sobre la indemnización, Italia un privilegio, en el caso de Alemania se prohíben los actos de disposición sobre el monto reparatorio.

En el caso de Francia, "se establece una atribución exclusiva a favor de las víctimas de la indemnización del seguro que ha de inmovilizarse en manos del asegurador en beneficio de aquéllas"[34]. Antes de la dictación de la Ley de Seguros, la Corte de Casación se valía de la estipulación a favor de un tercero para dar lugar a una acción directa.[35] En realidad, el contrato de seguro no responde a esta figura jurídica, por cuanto el asegurado no contrata buscando la satisfacción del interés de un tercero sino la indemnidad de su patrimonio, lo que da lugar a una nueva teoría, la acción directa.

---

[30] Stiglitz (1986) p.678
[31] Sánchez Calero (2004) p.29
[32] El nombre, acción directa, surge en contraste a esta acción. Sánchez Calero (2004) p.29
[33] Alarcón Fidalgo (2004) p.11.
[34] Sánchez Calero (2004) p.33. También Alarcón Fidalgo (2004) p.11.
[35] Venegas y Compiani (1995) p.739.

2.1.1. Concepto.

Hoy entendemos por acción directa "la que compete al acreedor para percibir de un tercero lo que éste adeuda a su deudor, confiere al primero la ventaja de proceder contra el obligado de su deudor sin usar las acciones conferidas a éste, ya que por precepto de ley lo hace *iure propio*".[36]

Podría entenderse como un mero medio procesal para evitar la multiplicidad de juicios, cuestión de simple solución en circunstancias que el asegurador puede actuar en calidad de tercero coadyuvante".[37] Más allá de ello, a través de la acción directa se reconoce un derecho propio de la víctima para exigir al asegurador la reparación del perjuicio sufrido, derecho que, si bien presupone el contrato, no nace de este sino del acto dañoso del asegurado.[38] "El ejercicio de la acción, lo pone en funcionamiento el acreedor en su propio nombre, pues lo que se halla consagrado es su derecho propio."[39] Por lo tanto, el perjudicado tendrá dos derechos, uno corresponde a la obligación entre éste y el asegurado- proveniente del hecho ilícito- y otro respecto al asegurador- que si bien surge de la ley [40] supone la existencia del contrato.[41]

2.1.2. Base jurídica de la acción.

Distintos han sido los fundamentos técnicos para el reconocimiento de este derecho. Se ha dicho que se basa en el enriquecimiento sin causa, entendiéndose que a través del ejercicio de esta acción se evita que el deudor se enriquezca injustamente en perjuicio de la víctima del acto dañoso[42]. Otros ven como único argumento razones de índole práctica.

En el caso de España, la jurisprudencia ha entendido que existe solidaridad entre el asegurado y el asegurador[43], la que tendría como fuente la ley, en el caso de los seguros obligatorios y la voluntad de las partes en el caso de los voluntarios.[44] Stiglitz, siguiendo la teoría francesa, entiende que existen obligaciones conexas o *in solidum*, en virtud de la cual cada deudor se obligará por el todo "sin llevar consigo las

---

[36] Venegas y Compiani (1995) p.742.
[37] Barros Bourie (2006) p.1088.
[38] Yzquierdo Tolsada (2001) p.513.
[39] Stiglitz (2008) p.474. En el mismo sentido Yzquierdo Tolsada (2001) p.513.
[40] Stiglitz(2001) p.474
[41] Alarcón Fidalgo (2004) p.17.
[42] Stiglitz (2001) refiriéndose a las teorías sustentadas por Llambías. p.477
[43] Reglero Campos desarrolla la discusión referente a esta materia, especialmente en relación a la solidaridad impropia: "La Solidaridad Impropia y el alcance de la interrupción de la acción de daños a los responsables solidarios." *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. N°2 2004. pp 4-19
[44] Barros Bourie (2006) p.1089.

consecuencias de la solidaridad". Solución compartida por la Jurisprudencia argentina. Para Diez-Picazo la acción del perjudicado "tiene naturaleza contractual."[45]

2.1.3. Recepción doctrinaria.

La acción directa ha recibido apoyo por gran parte de la doctrina. Se destaca desde la perspectiva de la protección al perjudicado ya que, como decíamos anteriormente, constituye una garantía del crédito[46] que permite que este sea satisfecho inmediatamente, sin necesidad de concurrir junto a otros acreedores y evitando que la reparación quede limitada al patrimonio del autor[47] o que se vea expuesto a su insolvencia[48]. Permite la distribución social del daño[49]. A ello se suma que "se ejerce a nombre propio, sin invocar título alguno del deudor ni declaración judicial previa."[50] Asimismo, resulta beneficiosa para el asegurador, "pues éste puede enfrentarse desde el primer momento a los complejos problemas que presentan determinadas reclamaciones de responsabilidad civil.[51]

2.1.4. La doctrina contraria.

Si bien, en términos generales, la tesis de la acción directa ha sido bien recibida, muchos autores se han manifestado contrarios a su consagración. Se ha argumentado que da lugar a que el perjudicado "reclame en supuestos en los que no lo haría de no estar el causante del daño asegurado, o que aumente la cuantía de su reclamación"[52], ante lo cual, Alarcón Fidalgo ha rebatido que "el incremento de frecuencia y cuantía de reclamaciones es algo que sólo se da al principio, perdiendo poco a poco la agresividad inicial hasta alcanzar límites normales".[53]

Se suma a lo anterior, que la sustitución procesal de la acción directa ha provocado un efecto económico no deseado respecto de la víctima, dado que en aquellos casos en que las aseguradoras se ven expuestas a pagar grandes sumas indemnizatorias se valen de toda su fuerza, perpetuando el proceso y valiéndose de cada excepción y traba posible llevando a gastos en materia litigiosa que difícilmente podrá equiparar

---

[45] Diez-Picazo (1995) p.839
[46] Stiglitz (2008) p.474
[47] Domínguez-Águila (2001) p.6
[48] Art. 118. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil. Ley 17.418.
[49] Salinas Ugarte (2002) P.236
[50] Halperin (1986) p.686
[51] Alarcón Fidalgo (2004) p.22
[52] Sánchez Calero (2004) p.42
[53] Alarcón Fidalgo (2004) p.22.

quien se ha visto perjudicado, "con lo cual el costo del sistema de reparación civil, supera las indemnizaciones pagadas".[54]

Más aun, hay quienes sostienen que la complejidad de su naturaleza se ve reflejada "tanto de la abundancia de resoluciones judiciales (prueba de la frecuente existencia de conflictos jurídicos) como de la disparidad de criterios que, en ocasiones, muestra aquellas, incluso en las más altas instancias."[55]

A su vez, ha encontrado gran oposición en quienes sostienen que el contrato de seguro se celebra en vista a una eventual deuda patrimonial por causa de un acto dañoso, que no constituye una estipulación a favor de otro y que, por lo tanto, no resulta de él ningún derecho a favor de la víctima, quien es sólo un tercero a la relación contractual[56]. Por lo mismo, el tercero no puede invocar la convención a su favor[57]. Al respecto Halperin ha expresado, "querer asegurar ese fin dándole una acción a la víctima, es suprimir todo margen a la voluntad contractual"[58]. La acción directa constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos"[59], que no debe ser generalizado puesto que establece una prioridad de pago. "Si se admitiera la multiplicidad de estos supuestos, se desquiciaría el desenvolvimiento financiero del deudor, que no podría contar con los pagos de sus propios deudores para atender a los compromisos más necesarios, ante la posibilidad de una interferencia de cualquiera de sus acreedores que lo privara del pago esperado".[60]

Si bien la doctrina hoy reconoce la reparación del daño como primera función de la responsabilidad civil, esta cumple también con otras funciones, entre las cuales se encuentra la "prevención de futuros hechos dañosos por el autor."[61] Esta función disuasiva, que tiende a difuminarse en los regímenes de responsabilidad objetiva,[62] cumple un rol de gran relevancia en la protección de la víctima ya que, si bien el seguro intenta compensar el daño sufrido, la mejor de las opciones será siempre, no verse perjudicado.

Resulta ilógico, casi inocente, pensar en que la responsabilidad civil pueda eliminar la ocurrencia de esos daños, pero lo cierto es que se ha estudiado la incidencia

---

[54] Domínguez Águila, (2001) p.11. El autor precisa en el mismo texto que "en Inglaterra se ha podido denunciar que el costo de defensa es del 85% del total de las indemnizaciones pagas y en Francia llega al 100%".
[55] Tapia Hermida (1999) p.1010.
[56] Sánchez Calero (2004) p.42
[57] Stiglitz (2008) p.513
[58] Halperin (1986) p.676
[59] Stiglitz (2001) p.475
[60] Stiglitz (2008) p.475 haciendo mención a lo declarado por Llambías.
[61] Corral Talciani (2003) P.65.
[62] Corral Talciani (2003) p.67

que tienen en la tasa de accidentes los regímenes sin culpa[63] llegando a la conclusión que hay una relación positiva entre los seguros que excluyen la acción de la responsabilidad civil y la ocurrencia de accidentes de tránsito.

En el caso de la acción directa, esta elimina este efecto de la responsabilidad, dado que el causante del daño no sólo no se ve afectado patrimonialmente, sino que ni siquiera es parte en el juicio, eliminando la acción disuasiva tanto para esa persona como para otros integrantes de la sociedad, "Parece lógico que, desde el punto de vista psicológico, la persona que ha obrado dañinamente y en virtud de esta acción se ve conminada a soportar en su patrimonio el costo del daño causado, tratará de evitar en el futuro la conducta descuidada o dolosa que le produjo tal pérdida. Lo mismo puede decirse de los demás miembros de la sociedad que son advertidos de no producir ciertos daños o de ser más cuidadosos para evitar incurrir en los desembolsos de aquellos que han sido condenados por algún hecho culposo o doloso.[64]

Finalmente, la concurrencia de esta acción junto a otras de responsabilidad podría dar lugar a otros problemas técnicos "En principio, ello no debiera plantear dificultades, porque se trata de distintas causas de pedir; sin embargo, ha sido frecuente que se desarrollen presiones para que el sistema de responsabilidad civil observe los mismos principios del seguro y pase progresivamente a ser considerado como garantía de la compensación.[65]

Por tanto, si bien la acción ha tenido gran acogida por parte de la doctrina, su transgresión al efecto relativo de los contratos, sumado a la influencia en un aumento tanto en la cuantía de las reclamaciones como, en general, en el sistema de reparación civil, su efecto no buscado de menguar el efecto disuasivo de la responsabilidad y, finalmente, la confusión respecto a su entidad, nutren aun la oposición de un prestigiado sector de la doctrina.

2.2. *Situación actual de la acción directa.*

En nuestra región la acción ha sido acogida de formas bastante diversas, Argentina consagra la llamada "Citación en Garantía del Asegurador", la que ha dado lugar a una gran discusión en relación a si ésta constituye un instrumento procesal o una acción directa propiamente tal[66]. En Bolivia el perjudicado sólo podrá actuar directamente contra el asegurador en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte

---

[63] Cummins, Phillips y Weiss (2001)
[64] Corral Talciani (2003) p.67
[65] Barros Bourie (2006) P.58 y ss.
[66] Contreras Strauch (2004) p.17

del asegurado.[67] Brasil la contempla únicamente para seguros de carácter obligatorio[68] y en Colombia[69] tiene aplicación general desde 1990.[70]

En cuanto a Europa, en el presente, la acción directa tiene acogimiento en casi todos los países de dicho continente en lo referente al seguro automotriz obligatorio[71], con la excepción de Gran Bretaña e Irlanda.[72] Sólo ha sido reconocida para el seguro de responsabilidad civil general en España, Francia, Bélgica y Luxemburgo.[73] En los tres últimos casos, la acción se ve matizada dado que opera bajo regímenes distintos en lo referente a las excepciones oponibles, según si es un seguro obligatorio o voluntario y en el caso de Francia incluso distingue según si es el obligatorio de vehículos u otro seguro.

Nos detendremos brevemente en el caso de España, dado que es en este país donde la acción recibe la mayor acogida.

2.2.1. El caso español.

España es uno de los casos en que el régimen de acción directa se ha extendido a todos los supuestos de responsabilidad civil.

El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros de ese país establece:

"El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las

---

[67] Art. 1090 del Código de Comercio de la República de Bolivia
[68] Art.788 del nuevo Código Civil de Brasil, promulgado por la Ley 10.406 del 10 de Enero de 2002.
[69] Art.1133 del Código de Comercio (modificado por la Ley 45/90)
[70] El caso de Argentina, Bolivia, Brasil y Colombia. Contreras Strauch (2004) P.16 y ss.
[71] Posición de la UE de 26 de Abril de 2004: "Respecto a la acción directa, se amplía el sistema diseñado en la Cuarta Directiva; ésta prevé que tanto el ejercicio de la acción directa como el procedimiento de oferta motivada operen en supuestos con "elemento extranjero": víctimas de accidentes de circulación ocurridos en un Estado miembro distinto al de su residencia habitual. Para otorgar una mayor protección a la víctima, la posición común propone ampliar a todo tipo de supuestos el derecho de las víctimas a interponer una acción directa contra la entidad aseguradora que cubra la responsabilidad civil del vehículo causante del accidente y extender el procedimiento de oferta motivada, independientemente del Estado miembro de residencia de la víctima y del lugar donde se haya producido el accidente; es decir ambas medidas se aplicarían también en el supuesto de siniestros en los que sean víctimas residentes en el Estado donde se ha producido el accidente." Alarcón Fidalgo (2004) pp. 13 y ss.
[72] "Sin embargo, en el caso de Irlanda, la sentencia condenatoria contra el asegurador puede ser ejecutada directamente contra el asegurador" Alarcón Fidalgo (2004) p.12
[73] Alarcón Fidalgo (2004) p.14

excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Con esta modificación España generaliza esta solución que, con anterioridad, sólo tenía consagración legal para los seguros de responsabilidad de caza, automóviles y energía nuclear. Esta medida responde, a juicio de muchos autores, a un "criterio progresista"[74] que constituye "un buen avance en la tutela del perjudicado" [75].

En general, esta extensión de la acción directa fue bien recibida por los autores,[76] exceptuando lo referido a las excepciones oponibles, ya que la norma consagra la inmunidad del asegurado ante las excepciones del asegurador, salvo respecto a "la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste", dejando con esto, en mejor situación al tercero que al propio asegurado.[77] Esta redacción ha dado lugar a una gran discusión doctrinaria referida a si la norma consagra o no la indemnidad de la acción.[78]

En consecuencia, España ha sido vanguardista en la aplicación de la acción directa llevándola a todas las formas de seguros de responsabilidad civil, tanto voluntarios como obligatorios, y limitando el régimen de excepciones oponibles por parte del asegurador, fortaleciendo así, la situación del perjudicado.

2.3. *La acción directa en nuestra legislación.*

2.3.1. *Estado de la cuestión.*

Comentábamos el impulso que ha tenido la responsabilidad civil en el mundo, especialmente en países desarrollados. Esta evolución no ha visto clara repercusión en Chile. Autores como Diez Schwerter y Rodríguez Grez se han referido a esta situación declarando que "la doctrina, los prácticos y la jurisprudencia siguen aún guiándose por

---

[74] Sánchez Calero (2004) P.29
[75] Alarcón Fidalgo (2004) p.16.
[76] Sánchez Calero (2004) P.29
[77] Reglero Campos (2006) P.796
[78] Dada la extensión de esta discusión es que no nos referiremos a ella. Para un mayor análisis Tapia Hermida (1999) Pp.1009 y ss. El autor concluye: "El asegurador de responsabilidad civil puede oponer a la reclamación del tercer perjudicado dos tipos de excepciones: Por un lado, las impropias, que derivan de la falta de los presupuestos de la acción directa y constituyen vicios esenciales que determinan la inexistencia del contrato de seguro válido que vincule al asegurador con el asegurado causante y responsable del daño o afectan a los requisitos básicos para el nacimiento de la responsabilidad civil del asegurado frente al tercero. Por otro lado, las propias, que afectan bien a la relación de responsabilidad civil o bien a la relación entre el asegurador y el tercero." P.1050. También se refieren a esta Alarcón Fidalgo (2004) P.18 y ss. e Yzquierdo Tolsada (2001) pp.514 y ss.

la obra clásica del decano Alessandri, que tiene ya más de cincuenta años adoptando soluciones que, por lo clásicas, resultan en la hora actual, las más de las veces, inapropiadas"[79], y han criticado "las evidentes falencias de la doctrina nacional y de la jurisprudencia"[80] en materia de responsabilidad.

No hay razones precisas a las que podamos adjudicar esta dilación doctrinaria y jurisprudencial. Podría pensarse que la diferencia de nuestra economía en relación a las de países europeos fuera el origen de ello, pero lo cierto es que, como veíamos, otros países de la región han logrado un gran avance en esta materia[81]. Por otra parte, si bien nuestro desarrollo es menor, lo que podría llevar a que estemos expuestos a menos riesgos, la diferencia no explica la gran distancia que existe en el desarrollo de la responsabilidad civil. Para la profesora Domínguez, uno de los factores a los que se podría atribuir este lento avance "el que no tenemos una industria del seguro desarrollada en la materia, lo que está ciertamente determinado por el hecho de que las condenas pecuniarias se mantienen a niveles bajos o, en otros casos, como acontece en el daño moral, sus montos son inciertos."[82]

Efectivamente, así como ocurre con la responsabilidad, en nuestro país los seguros de responsabilidad civil no han tenido la recepción y extensión que en otros países, ocupando sólo un 4,1 por ciento de participación en el mercado de los seguros generales,[83] "mientras en Argentina llegan al doce o más por ciento y en países desarrollados superan el cincuenta por ciento".[84]

Refirámonos ahora a la recepción legislativa, donde tampoco ha encontrado la acogida esperada, en efecto, no existe regulación especial para el seguro de responsabilidad civil, por lo tanto, se rige por las cláusulas del contrato y en forma supletoria por la normativa general del contrato de seguros (arts 512 y ss Código de Comercio).[85]

---

[79] Rodríguez(1999), p.500
[80] Diez (1997) p.8
[81] En relación a ello, Domínguez Águila comenta "Es verdad que a veces en los autores vecinos hay una simple reproducción de lo que ya es conocido en Francia, España o Italia; pero aun con esas limitaciones, hay un trabajo doctrinario, que se revela en congresos, propuestas legislativas, obras, artículos de revistas." (2001) p.4.
[82] Domínguez Hidalgo (2005) p.818. La autora señala además factores económicos, una menor conciencia del perjudicado, obstáculos a la litigación y la sujeción doctrinaria a las teorías clásicas en la materia.
[83] Estadística correspondiente al año 2009, de acuerdo a información de la Asociación de Aseguradores de Chile.
[84] Domínguez Águila (2001) p.5.
[85] En relación al ordenamiento jurídico del seguro en chile, Baeza (2001) pp.25 y ss.

Excepción a esta regla son el seguro de responsabilidad civil marítimo[86] (arts 1200 al 1202 del Código de Comercio) y los seguros obligatorios.[87]

El año 1995 se presentó un proyecto de ley con el fin de crear una legislación especial, pero éste no llegó a materializarse.

Como para la generalidad de los seguros, la principal fuente de derecho del seguro de responsabilidad civil está constituida por las pólizas, es decir, por los contratos.[88]

Así, la responsabilidad civil en Chile se sigue rigiendo por teorías clásicas y no hay un mercado de seguro desarrollado en esta área, binomio lógico considerando

---

[86] "Esta reglamentación es importante, por cuanto no obstante el desarrollo que han tenido los seguros de responsabilidad civil en general, el relativo a la responsabilidad por riesgos marítimos es el único respecto del cual existen normas legales que lo regulen" Baeza (2001) P.144

[87] A juicio de Tomasello Hart una evidente excepción a nuestro régimen general en relación a la acción directa está dada por el régimen jurídico de la contaminación marina, exceptuando el caso de instalaciones terrestres y supuestos de responsabilidad nuclear (2004, P.37), la que se encontraría consagrada en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, suscrito por Chile y que en su artículo VIII establece que "podrá interponerse cualquier acción para el resarcimiento de daños por contaminación directamente contra el asegurador o contra toda persona que provea la garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario respecto de daños por contaminación…".
El mismo autor advierte que "la existencia de acción directa puede estimarse más aparente que real, puesto que en la contaminación el asegurador u otra persona precisamente ha proporcionado una garantía financiera para cubrir la responsabilidad del propietario, lo cual nos hace recordar los términos del artículo 1201 de nuestro Código de Comercio." (2004) p.44. Para Baeza Pinto, el art.1201 efectivamente admite una acción directa, en cuanto el tercero hubiere otorgado una garantía ("En los seguros marítimos de responsabilidad, se admite sin embargo la acción directa del tercero contra el asegurador, pero limitada a los casos en que este último haya otorgado una garantía para cubrir la responsabilidad del asegurado. Lo anterior tampoco rige en caso que el asegurado tenga derecho a limitar la responsabilidad y el asegurador de ella hubiere constituido el fondo respectivo de limitación" Baeza (2001) p.144). De lo que podríamos concluir que, si bien, la exigencia de una garantía permite cierta discusión en relación a la consagración de la acción directa, estos autores han estimado que la legislación chilena sí la reconoce para el caso de los seguros marítimos de responsabilidad y, en particular, los referidos a contaminación marina.
Con todo, estos argumentos no parecen zanjar la discusión dado que, según lo señalado, en ambos casos se exige lo que nuestro Código de Comercio llama "Carta de Garantía", la que ha sido definida como el "Instrumento por medio del cual el Club (Se refiere al club de protección e indemnización) se compromete con el reclamante a abonarle, en caso de que el demandado no lo haga, la suma demandada tan pronto un tribunal o árbitro declare su derecho frente al asegurado o miembro del Club o por solución amigable." Sabatino Pizzolante (2007) p.6. Del concepto resulta claramente que el perjudicado deberá dirigirse primeramente al asegurado y sólo en caso que este no cumpliera con el pago de la indemnización, podrá recurrir al garante para exigir la reparación debida. Esta exigencia se contrapone con la característica más importante de la acción directa, cual es poder reclamar la reparación directamente a la entidad aseguradora sin necesidad de enfrentar al asegurado.

[88] Baeza (2001) P.27

la alimentación recíproca que comentábamos anteriormente. Finalmente el seguro de responsabilidad civil general aun no cuenta con normativa propia y sólo se ha regulado para materias específicas y en casos muy aislados.

Por tanto, no es de extrañarse que nuestra legislación no haya recogido la acción directa. Debemos, eso sí, referirnos al caso del Seguro Obligatorio de Accidentes Personales (SOAP), respecto al que la doctrina discute si consagra o no esta acción.

2.3.1.1. El Seguro de Accidentes Personales.

La Ley N°18.490, del año 1986 establece un seguro obligatorio para todos los vehículos motorizados.[89] Este seguro tendrá por objeto a cubrir el riesgo de muerte o lesiones sufridas como consecuencia de un accidente de tránsito.

La doctrina ha estimado que, en rigor, este seguro no constituye un seguro de responsabilidad civil sino de daños,[90] por tanto, aun cuando otorga a la víctima la posibilidad de exigir la indemnización directamente de la compañía aseguradora, este no sería un caso de acción directa.

En conclusión, la legislación chilena no consagra la acción directa. Con todo, hay dos casos en que esto resulta discutible; aquellos en que la ley acoge la carta de garantía -en que no parece existir una acción directa propiamente tal por requerir la reclamación previa al asegurado- y en el seguro obligatorio de accidentes personales -que en realidad no correspondería a un seguro de responsabilidad sino de daños, por lo tanto, tampoco daría lugar a un caso de aceptación de la acción-.

3. ¿CONSTITUYE LA ACCIÓN DIRECTA UN BENEFICIO PARA NUESTRA LEGISLACIÓN?

Hemos visto importantes argumentos contra su reconocimiento, entre ellos, la infracción al principio de relatividad de los contratos, el que resulta especialmente relevante para el caso de nuestra legislación.

---

[89] Art.1 Ley 18.490.

[90] En este sentido Baeza (2001) P.187. Barros Bourie aclara la diferencia entre seguros de responsabilidad civil y seguros de daños: "El seguro de daños tiene por objeto cubrir los daños sufridos por el beneficiario, que puede ser el contratante o un tercero; en consecuencia, la obligación del asegurador depende simplemente de que se materialice el riesgo de daño a la persona o a las cosas. Por el contrario, que el daño acaezca en un cierto ámbito de actividad es sólo uno de los requisitos de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, porque se requiere, además que ésta provenga de un hecho del asegurado o de un tercero que dé lugar a responsabilidad, según sea el estatuto aplicable (de responsabilidad estricta o por negligencia)." (2006) P.1074

Aun así, en miras a la protección de la víctima, debemos reconocer que la acción directa cumple un papel crucial. Debemos sí, hacer una distinción. Creemos que dicha acción constituye un verdadero beneficio en el caso de los seguros obligatorios en regímenes de responsabilidad objetiva, dado que es especialmente en este marco que se verifica el rol social del seguro de responsabilidad civil. Por medio de la acción directa se realiza el cometido fundamental de estos seguros, cual es, otorgar a la sociedad tranquilidad patrimonial respecto a determinados riesgos a los que las personas se ven expuestas constantemente, sea en su trabajo, sea utilizando un medio de transporte o en otras actividades que constituyen su diario vivir.

Sin embargo, debemos señalar, que no hemos llegado a la convicción de que la acción directa se justifique para otros supuestos de este seguro, es decir, los seguros voluntarios, y en particular para nuestro país, puesto que el hecho de que estos sólo den lugar a una reparación eventual- en el sentido de que el deudor puede haberlo contratado o no- nos llevan a pensar que en ellos el objeto principal del contrato sigue siendo la indemnidad del patrimonio del asegurado. Por ende, podemos afirmar que consideramos la acción directa como un importante recurso para la concreción de los fines para los que los seguros obligatorios de responsabilidad civil han sido establecidos y que, en ese sentido, resulta de gran conveniencia su consagración.

Ahora bien, lo anterior exige como un requisito fundamental, que el seguro de responsabilidad civil haya logrado una evolución importante, tanto en el desarrollo de su industria como en la comprensión doctrinaria del mismo. Por una parte, resulta esencial para que este llegue a cumplir un rol social que sea entendido e implementado como una solución ante determinadas contingencias.

Difícilmente podrá la acción directa ser un instrumento social eficaz si el seguro que le da sustento no ha sido pensado para este fin.

A la luz de lo estudiado, conocemos la realidad del seguro de responsabilidad civil en nuestro país; sabemos que este no ha logrado en Chile el desarrollo que ha alcanzado en otros países, que aun es entendido según su concepción clásica y que, finalmente, nuestra legislación aun no cuenta con una regulación especial para este.

Con todo lo anterior se hace evidente que la acción directa no representa, en la actualidad, una herramienta social importante para nuestro país y que, conociendo que esa función social es justamente el pilar que la sostiene, no se justifica su introducción a nuestra legislación.

4. CONCLUSIÓN

A través de este estudio, hemos querido analizar si la acción directa, conferida

en otras legislaciones al perjudicado por un hecho dañoso para actuar contra el asegurador, es una herramienta conveniente para ser integrada a nuestro derecho. Esto, justificado por la búsqueda de nuevos instrumentos sociales de protección a la víctima.

Con este afán, es que partimos revisando la responsabilidad civil y el seguro de responsabilidad civil, dado que la acción sólo actúa como un mecanismo para la concreción del fin social que a estos ha sido adjudicado.

Veíamos que el seguro de responsabilidad civil y la responsabilidad propiamente tal, se han influenciado mutuamente. En particular, pudimos analizar el caso de los seguros obligatorios y su función social, la que comparte y se concreta a través de la acción directa.

Por otra parte, comentamos la poca recepción que la evolución de la responsabilidad civil y su seguro han encontrado en Chile y que, probablemente, por eso mismo, nuestra legislación no ha consagrado dicha acción.

Finalmente, atendido el estado actual de la responsabilidad y del seguro en nuestro país, pudimos llegar a la conclusión de que la acción directa no resulta recomendable para nuestro derecho, dado que no podría cumplir el fin social para el que ha sido creada.

Creemos sí, que el seguro de responsabilidad civil obligatorio es un mecanismo eficiente para la protección, tanto de la víctima como del patrimonio del asegurado y que, sin duda, la acción directa constituye una herramienta ágil y oportuna para la concreción de esa reparación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alarcón Fidalgo, Joaquín (2004) "La Acción Directa en Europa, con Especial Consideración de la Situación de España." Revista Chilena de Derecho de Seguros. N°13 pp. 10-23

Badillo Arias, José Antonio (2007) "Situación y Tendencias del Seguro de Responsabilidad Civil". Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. N°11. P.5.

Barros Bourie, Enrique (2006) Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 pp.

Baeza Pinto, Sergio (2001) El Seguro. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp.187.

Barros Torres, José Manuel (2001) "El Seguro de Responsabilidad Civil y las Pólizas Vigentes." Seminario Responsabilidad Civil y Seguros. Actuales Tendencias y Desafíos. Colegio de Abogados de Chile. pp. 107-124.

Contreras Strauch, Osvaldo (2004) "La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil." Revista Chilena de Derecho de Seguros. N°12. pp.15-27.

Corral Talciani, Hernán (2003) Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Pp.423.

Cummins, J. David, Phillips, Richard y Weiss, Mary. (2001) "The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance." The Journal of Law and Economics, vol. 44 http://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/322818 (Fecha de consulta: 3 de Julio de 2010)

Diez-Picazo, Luis y Guillón, Antonio (1995) Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. (Madrid, Editorial Tecnos.) 861 pp.

Diez Schwerter, José Luis (1997), El Daño Extracontractual, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 291 pp.

Domínguez Águila, Ramón (2001) "La Transformación de la Responsabilidad Civil y el Seguro." Seminario Responsabilidad Civil y Seguros. Actuales Tendencias y Desafíos. Colegio de Abogados de Chile. pp.3-17.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000) "Hacia el Futuro: ¿Crisis de la Responsabilidad Subjetiva? Revista Actualidad Jurídica. pp.347-370.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2005) "Los Principios que Informan la responsabilidad Civil en el Código Civil: Versión Original y Mirada del Presente." Sesquicentenario de Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación Tomo II.(Santiago, Editorial Lexis Nexis.) 1517 pp.

Fernández Entralgo, Jesús (1997) Valoración y Resarcimiento del Daño Corporal. (Madrid, Ed. Marcial Pons) 334 pp.

Halperin, Isaac (1986) Seguros. (Buenos Aires, Depalma) 983 pp.

López, Roberto (1995) "Limitaciones a la Íntegra Reparación del Daño." La Responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot) pp. 273-281.

López-Cobo, Claudio (1999) "El Seguro de Responsabilidad Civil General en el Umbral del Siglo XXI. Últimas tendencias". Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. N°1.pp.4-12.

Mosset Iturraspe, Jorge (Director) (1997) Responsabilidad Civil. (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) 619 pp.

Reglero Campos, Fernando (2006) Tratado de Responsabilidad Civil (Madrid, Editorial Aranzadi) 2248 pp.

Rodríguez Grez, Pablo (1999) Responsabilidad Extracontractual. (Santiago, Ed. Jurídica de Chile) 508 pp.

Sabatino Pizzolante, José Alfredo (2007) "La Acción Directa en el Seguro de Protección e Indemnización." Disponible en https://docs.google.com/viewer?url=http://www.uc.cl/derecho/html/publicaciones/normas.pdf&pli=1 (Fecha de consulta: 23 de Mayo de 2010).

Salinas Ugarte, Gastón (2002) "La Responsabilidad Civil y la Acción Directa en el Seguro." La Revista de Derecho: Derecho-Sociedad-Cultura. N°3. Pp.233-252

Sánchez Calero, Fernando (2005) Ley de Contrato de Seguros. (, Editorial Aranzadi S.A.) 2364 pp.

Sánchez Calero, Fernando (2004) "La Acción Directa del Tercero Damnificado contra el Asegurador." Revista Chilena de Derecho de Seguros. N°12. PP.29-62

Sateler Alonso, Ricardo (2004) "Sobre la Acción Directa y la Inconveniencia de su Incorporación al Derecho Chileno." Revista Chilena de Derecho de Seguros N°12. Pp.5-14

Sobrino, Augusto (2000) "El Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil para Automotores" Los Nuevos Daños. Vol.II. Coordinador Carlos A. Ghersi (Buenos Aires, Editorial Hammurabi) 306-327.

Stiglitz, Rubén (1997) Derecho de Seguros. Vol.II. (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot) 590 pp.

Stiglitz, Rubén (2008) Derecho de Seguros.Tomo IV. (Buenos Aires. La Ley) 630 pp.

Tapia Hermida, Alberto (1999) "Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil." Revista de Derecho Mercantil. N°233. Pp.977-1050

Tapia Rodríguez, Mauricio (2006) "El Contrato de Seguro y el Exceso de Responsabilidad Civil". Gaceta Jurídica. N° 311. PP.7-36

Tapia Rodríguez, Mauricio (2007) "Responsabilidad Asegurable en el Derecho Chileno" Revista Chilena de Derecho Privado. N°9. Pp.73-92

Tamayo Jaramillo, Javier (1999) De la Responsabilidad Civil. (Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis).

Tomasello Hart, Leslie (2004) "La Acción Directa en el Régimen Jurídico de la Contaminación Marina". Revista Chilena de Derecho de Seguros. N°13. pp.37-49

Venegas, Patricia y Compiani, María Fabiana.(1995) "La Citación en Garantía del Asegurador." La Responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot) PP.739-747.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. (2001) Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. (Madrid, Dykinson). 545 pp.

NORMAS CITADAS

Ley N° 50, Ley de Contrato de Seguro. (España). Boletín Oficial del Estado, N°250, 17 de Octubre de 1980.

Ley N° 17.418, Ley de Seguros que sustituye el Título VI del Libro II del Código de Comercio de la República Argentina. Boletín Oficial, 06 de Septiembre de 1967.

"EL SEGURO DE LUCRO CESANTE EN CHILE"

GIANINA ANDREA PENNACCHIOTTI VIDAL[1]

RESUMEN:

La presente investigación aborda el Lucro Cesante como materia del contrato de seguro. El Código de Comercio, en su artículo 522, señala qué cosas pueden ser materia del contrato de seguro y qué cosas no, y dentro de estas últimas menciona, entre otras, las "Ganancias o Beneficios Esperados". Esta prohibición ha dado pie para que numerosos autores consideren que el lucro cesante se encuentra comprendido dentro de dicha prohibición, mientras que otros, haciendo eco de la realidad actual y de la objetividad con que hoy en día se pueden calcular las ganancias, no sólo lo consideran permitido, sino que por sobre todo necesario.

Los dictámenes de la Superintendencia de Valores y Seguros, el proyecto de ley que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, y la misma práctica aseguradora plasmada en las pólizas y cláusulas depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros, demuestran que hoy en día es posible asegurar el lucro cesante, sin embargo, mientras la legislación positiva siga siendo la misma, será difícil dar un sí categórico al seguro del lucro cesante en nuestro país.

ABSTRACT:

This investigation focuses on lost profits as an insurance contract matter. The Article 522 of the Commercial Code, points out what things can be the subject of the insurance contract and what cannot be, and within the latter mentioned, among others, the "Earnings of Benefits Expected". This prohibition has given rise to many authors to consider that the loss profit is included within this prohibition; While others, echoing the current reality and objectivity with which today can be estimated earnings, consider it possible and necessary.

The opinion of the Superintendence of Securities and Insurance, the bill that is currently pending in Congress coupled with the insurance practice embodied in the policies and provisions placed in the Superintendence of Securities and Insurance, display that it is possible to secure profits, however has positive law remains the same, it is difficult to give an unequivocal yes to the loss of profit insurance in our country.

[1] Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Abogada. San Sebastián n° 2967, departamento 706, Las Condes, Santiago. gapennac@gmail.com. Este trabajo corresponde a una tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, y se desarrolló en el marco del seminario de investigación sobre el contrato de seguro.

I. Introducción.

Dentro de las múltiples aristas que tiene el contrato de seguro consideramos una de las más importantes aquella que dice relación con qué cosas pueden asegurarse.

El Código de Comercio Chileno, al tratar sobre el seguro, dentro de las disposiciones comunes, nos señala qué cosas pueden ser aseguradas, y qué requisitos deben reunir éstas para poder serlo. Luego, y con el fin de aclarar lo establecido señala qué cosas no pueden ser materia de seguro.

A partir de dichas disposiciones comienzan a generarse dudas respecto a si dentro de las cosas que no pueden ser materia de seguro cabría o no el concepto de lucro cesante ya que si bien el Código de Comercio no se refiere expresamente a él muchos consideran que este concepto cabría dentro de las ganancias o beneficios esperados, cuya aseguración se encuentra prohibido expresamente por el legislador.

En nuestros días, en los que la actividad comercial tiene un rol fundamental, es natural que se busquen mecanismos de resguardo, y no sólo para las mercancías u objetos (bienes físicos), sino también para las utilidades que éstos producen, utilidades sin las cuales perdería sentido todo negocio o empresa.

Es por ello que desde muy tempranos tiempos se han intentado resguardar estas ganancias las que, con el correr de los años, han sufrido un vuelco importante, pasando de ser una posibilidad vaga e indeterminada, a constituirse en algo cierto, real y cuantificable.

Es esta realidad la que nos lleva a preguntarnos qué postura tienen hoy la ley, la doctrina, y la jurisprudencia chilena respecto al seguro de aquellas utilidades que dejan de percibirse, que en adelante llamaremos “lucro cesante”.

El objetivo de esta investigación es analizar y estudiar el seguro del lucro cesante desde lo más básico de su concepto hasta las más modernas manifestaciones legislativas, pasando por las infaltables discusiones doctrinarias, algunos aportes del derecho comparado y las expresiones prácticas del mismo en las pólizas depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros, para finalmente cerrar con una conclusión y algunos aportes personales.

Con este trabajo no pretendemos abrir un debate sobre el tema, ni imponer nuestro punto de vista, sino más bien servir de referencia actualizada para quienes tengan interés o se encuentren inquietos por su situación actual.

II. Cosas que pueden asegurarse según la Ley

Dentro de los elementos esenciales del contrato de seguro, entre los que encontramos el riesgo, la prima y el interés asegurable, está la cosa asegurada.

La cosa asegurada es un elemento esencial del contrato de seguro, ya que resulta indispensable la existencia de un objeto en riesgo de deterioro o pérdida que pueda ser cubierto mediante el contrato.

Por regla general, *"la ley permite el aseguramiento de toda clase de cosas, en la medida en que estén expuestas a sufrir una pérdida o daño"*[2].

El inciso 1° del artículo 522 del Código de Comercio, ubicado dentro del párrafo Segundo denominado "Disposiciones comunes a los Seguros Terrestres y Marítimos" nos señala qué cosas y qué requisitos o condiciones deben reunir éstas para poder ser objeto del contrato de seguro, es así como expresa:

"Pueden ser aseguradas todas las cosas corporales o incorporales, con tal que existan al tiempo del contrato o en la época en que principien a correr los riesgos por cuenta del asegurador, tengan un valor estimable en dinero, puedan ser objeto de una especulación lícita, y se hallen expuestas a perderse por el riesgo que tome sobre sí el asegurador"[3].

Pues bien, los requisitos o condiciones que se desprenden de la disposición antes citada son los siguientes:

a) Que sean cosas *corporales o incorporales*: Desde el punto de vista jurídico positivo, cosa es *"todo lo que es relevante o tomado en cuenta por la ley y que pueda ser objeto de relaciones jurídicas"*[4]. Cuando la cosa es susceptible de apropiación, procurando una utilidad para el hombre pasa a llamarse bien, es así como los bienes son una especie dentro del género cosas[5].

   Según el artículo 565 del Código Civil, los bienes consisten en cosas corporales que *"son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos,*

---

[2] Achurra (2005) p. 78.
[3] Debemos mencionar, que el artículo 522 incurre en un error al no incluir como cosas asegurables el patrimonio y la vida. Es esta omisión la que ha llevado a algunos autores a sostener que la cosa no es un elemento de la esencia del contrato. Otros sin embargo afirman que los artículos 569 y siguientes del mismo Código de Comercio subsanan dicho vacío al referirse al seguro de vida en particular y al de responsabilidad civil (vinculado al aseguramiento del patrimonio). Correa y Silva (1997) p. 52.
[4] Rozas (2004) p. 3.
[5] Rozas (2004) p. 4-6.

como una casa, un libro" o *incorporales "las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas"*.

Como podemos observar la disposición en comento es bastante amplia, por cuanto no sólo considera asegurables las cosas físicas, sino que también los derechos.

b) *Que existan al tiempo del contrato o en la época en que principien a correr los riesgos por cuenta del asegurador*: Respecto a este requisito no cabe mucho más que agregar ya que se trata de uno de los requisitos que debe reunir el objeto de la declaración de voluntad establecido en el inciso primero del artículo 1461 del Código Civil, el que señala: *"no sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan (…)"*.[6] Hacemos presente, que las cosas que *"se espera que existan"* pueden asegurarse sólo en la medida que dicha esperanza aparezca como sustentable, material, determinable y real.[7]

c) *Que tengan un valor estimable*[8] *en dinero*: Es decir, que sean susceptibles de valoración económica; esto para efectos de cuantificar la pérdida y determinar la indemnización a pagar en el procedimiento de liquidación[9] del siniestro[10].

d) *Que puedan ser objeto de una especulación lícita*: Este requisito dice relación tanto con la licitud de la cosa en sí misma, como sería por ejemplo el caso en que la cosa materia del contrato fuera un contrabando o bienes que están fuera del comercio, como con las prohibiciones del artículo 522 del Código de Comercio que más adelante trataremos.[11]

e) *Que se hallen expuestas a perderse por el riesgo que tome sobre sí el asegurador*: Este requisito se relaciona con el concepto de riesgo[12] y con lo estipulado en la póliza de seguro.

Cabe destacar que el inciso final del artículo 522 del Código de Comercio, con el objeto de enfatizar el carácter esencial de los requisitos recién mencionados, señala:

---

[6] Vial (2003) p. 159.
[7] Correa y Silva (1997) p. 54.
[8] Según Recabarren (1955) p. 50, el empleo del término "estimable" da pie para considerar que el valor no es necesario estimarlo de forma absoluta, sino que basta con que se expresen los factores o elementos que permita llegar a determinar el valor exacto.
[9] El Procedimiento de liquidación de siniestro se encuentra regulado en los artículos 18 a 29 del Decreto Supero N° 863 de 1989. Reglamento de los auxiliares del comercio de seguros.
[10] El artículo 513 del Código de Comercio define siniestro como *"la pérdida o el daño de las cosas aseguradas"*.
[11] Achurra (2005) p. 35, Recabarren (1955) p. 53.
[12] El Código de Comercio define el riesgo en su artículo 513 como *"la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados"*.

"El seguro de cosas que no reúnan todas las condiciones expresadas en el inciso primero de este artículo es nulo de pleno derecho".

Más adelante, el mismo artículo 522 del Código de Comercio, en su inciso segundo, con el objeto de reforzar los requisitos que debe reunir la cosa en que recae el interés asegurable, señala qué cosas no pueden ser aseguradas, y es así como expresa:

"Por consiguiente no pueden ser materia de seguro: 1° las ganancias o beneficios esperados; 2° los objetos de ilícito comercio; 3° las cosas íntegramente aseguradas, a no ser que el último seguro se refiera a un tiempo diverso o a riesgo de distinta naturaleza que los que comprende el anterior, y 4° las cosas que han corrido ya el riesgo, háyanse salvado o perecido en él."

Señalados los casos que entrega la ley respecto de las cosas que no pueden ser materia de seguro, nos dedicaremos a ahondar en la primera de ellas, a saber, las ganancias o beneficios esperados.

III. Las Ganancias o Beneficios Esperados y el Lucro Cesante.

Como recién vimos las ganancias o beneficios esperados son el primer ejemplo que nos da el Código de Comercio de las cosas que no pueden ser materia de seguro.

Se estima que esta prohibición proviene de tiempos muy lejanos, plasmándose en diversas disposiciones referidas al Derecho Marítimo[13/14] entre las que destacan el Guidon de la Mer[15/16] y la Ordenanza Marina de Francia de 16811[17/18], en las cuales ya se hablaba expresamente de esta prohibición.[19]

---

[13] El autor nacional Enrique Munita define Derecho Marítimo como un *"Conjunto de principios y preceptos que tienen por objeto regir todas las relaciones que se verifiquen en el mar y todos los contratos y operaciones a que dé o pueda dar lugar el comercio marítimo."* En Humeres (1966) p. 7.

[14] Las primeras manifestaciones del contrato de seguro tuvieron su nacimiento en el comercio marítimo, las que posteriormente se aplicaron por extensión al comercio terrestre.

[15] El Guidon de la Mer es un tratado de Derecho Marítimo, escrito en Rouen, cuyo autor y fecha se desconocen, que colecciona las costumbres y principios referidos a los contratos marítimos que se practicaban en el mediterráneo occidental en los siglos XIV y XV. Gomez y Reus (1983) p. 14.

[16] El artículo 1 del Capítulo XV del Guidon de la Mer prohíbe expresamente el contrato de seguro en lo referente al flete no percibido, al sueldo de los hombres de mar y a los premios de las cantidades dadas a la gruesa.

[17] La Ordenanza de la Marina de Francia de 1681 -*Ordonnance de la Marine*- cuyo artífice fue don Jean-Baptiste Colbert, es considerada como uno de los textos legislativos más importantes de la Francia del antiguo régimen, por cuanto significó la unificación y homogenización del Derecho Comercial marítimo francés tanto público como privado. arranz y serna (2009) p. 843-845.

[18] El artículo 15 del Título VI del Libro III de la Ordenanza de la Marina de Francia señalaba que los propietarios de las naves no podían asegurar el beneficio de sus bienes ni las rentas de los hombres de mar.

[19] Recabarren (1955) p. 31.

Las disposiciones contenidas en dichas ordenanzas y tratados, tras el movimiento de codificación del Derecho, comenzaron a reproducirse e insertarse en los diversos Códigos de Comercio, entre los que encontramos el de Francia de 1807 y de España de 1829, los que contienen expresamente esta prohibición en sus artículos 334, 347 y 359 (Código de Comercio Francés) y artículo 885 (Código de Comercio Español).

Como bien es sabido, nuestro Código de Comercio reconoce como sus principales fuentes el Código de Comercio de Napoleón de 1807 y el Código de Comercio de España de 1829,[20] por lo que no resulta extraño que nuestro Código de Comercio reprodujera en su articulado dicha prohibición.

Por su parte, tienen también un valor clave como fuentes históricas de la prohibición en comento las diversas elaboraciones doctrinarias de la época, las que sirvieron de inspiración para que José Gabriel Ocampo[21] redactara lo que es el actual artículo 522[22] del Código de Comercio. Entre ellas, destacamos las del jurista francés Isidore Alauzet[23], a quien Ocampo citó expresamente en el artículo 665[24] del segundo borrador del proyecto del Código de Comercio[25]. En él, antes de comenzar con la enumeración de las cosas que no pueden ser materia de seguro señala: *"*En ningún caso es permitido hacer asegurar un valor de afección o de conveniencia: la estimación debe representar un valor real. Alauzet tomo 2° N° 645 in fine)"*. Como podemos observar desde sus inicios la prohibición del artículo 522 N° 1 tiene por objeto prohibir el seguro de cosas cuyo valor no es real sino subjetivo.[26]

---

[20] Brahm (2000-09) p. 31-33, Cornejo (1991) p. 131.

[21] José Gabriel Ocampo fue un insigne jurista argentino a quien correspondió redactar el Código de Comercio chileno, todavía vigente. Su trabajo se inició en el año 1852, cuando el Presidente de la República don Manuel Montt le encomendó esta tarea, la que terminaría con la promulgación de dicho cuerpo legal en 1865. Brahm (2009) contraportada.

[22] El origen directo del artículo 522 se encuentra en el artículo 665 del Proyecto de Código de Comercio (sustancialmente idéntico al texto). En cuanto a sus concordancias encontramos los artículos 334, 347 y 359 del Código de Comercio Francés, artículos 386, 399, 743, 781 y siguientes del Código de Comercio Español, artículos 424, 426, 427, 430, 604, 607 y 608 del Código de Comercio italiano, y artículos 496, 499, 514, 521 y 553 del Código de Comercio Portugués. Davis (1967) pp.78.

[23] Isidore Alauzet: Jurista francés (1807-1882). Después de estudiar derecho fue funcionario del Ministerio de Instrucción Pública; en 1832 pasó a la Cancillería donde ascendió hasta jefe de división. Entre 1870 y 1876 fue juez en el tribunal de Seine, para luego pensionarse. Principales obras: Commentaire du Code de Commerce et de la legislation commerciale y Traité general des assurances, Paris 1843. Brahm (2000-09) p.41.

[24] El actual artículo 522 del Código de Comercio equivale al artículo 665 del Proyecto de Código de Comercio elaborado por Ocampo.

[25] En los borradores del proyecto de Código de Comercio, Ocampo señalaba, junto a cada artículo, su fuente o referencia bibliográfica.

[26] Brahm (2009) p. 450.

Es importante destacar que las fuentes históricas recién revisadas juegan un rol fundamental a la hora de interpretar lo dispuesto en el artículo 522 del Código de Comercio, ya que como señala el artículo 19 inciso 2° del Código Civil *"se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento"*, por lo que las mencionadas fuentes son un precedente importante para el análisis y búsqueda del espíritu de esta norma.

Una vez expuestos los antecedentes históricos de la prohibición veamos en qué consisten las ganancias o beneficios esperados.

En primer lugar, podemos decir que la ley no entrega una definición de lo que son las ganancias o beneficios esperados, por esta razón, para comenzar revisaremos que nos dice al respecto el Diccionario de la Real Academia Española.

El Diccionario de la Real Academia Española define "beneficio" como aquella *"ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil"*[27]; y "esperar", como *"tener esperanza de conseguir lo que se desea"*[28]; por lo que, basándonos en las dos definiciones precedentes, podríamos comenzar diciendo que "beneficio esperado" es aquella ganancia económica que se tiene la esperanza de conseguir.

Veamos a continuación algunas definiciones aportadas por la doctrina nacional y extranjera:

Recabarren los define como *"todo aquello que el titular de un bien supone le va a redituar"*[29].

Halpering como *"aquella que se puede esperar verosímilmente según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales; conforme a los preparativos realizados y al tiempo del siniestro."*[30]

Weens señala que *"cuando se habla de ganancias, no se entiende por esto una esperanza vaga e indeterminada de ganancia, sino un beneficio que debe normalmente realizarse, si el riesgo contra el cual se asegura no se produce. Sin el siniestro, la esperanza se convertirá en realidad."*[31]

---

[27] Consultado en www.rae.es, el 11 de mayo de 2010.
[28] Consultado en www.rae.es, el 11 de mayo de 2010.
[29] Recabarren (1955) p. 26.
[30] Halperin (1966) p. 368.
[31] Weens (1927) p.163.

Lo que viene ahora es preguntarnos si dentro de las ganancias o beneficios esperados podemos incluir al lucro cesante, o si por el contrario, corresponden a conceptos distintos, para ello resulta indispensable detenernos en entender qué es el lucro cesante.

Dentro de las múltiples clasificaciones que tienen los daños[32] encontramos la de daño emergente y lucro cesante[33], es así como el artículo 1.556 del Código Civil señala *"la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (…)"*.

En palabras de René Abeliuk, entendemos por daño emergente el *"empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de una persona"*[34] y por lucro cesante *"la utilidad que deja de percibirse"*[35].

Por su parte, los autores chilenos Contreras Strauch, Gómez Balmaceda, Arellano Iturriaga, Kliwadenko Malic, Sanguinetti Emmanuelle y Castillo Faura, en su libro "Aspectos Jurisdiccionales del Seguro", entregan una definición de lucro cesante más ajustada a la materia que nos ocupa, en la que denominan como lucro cesante *"la privación de una ganancia o utilidad a la que una persona tiene derecho, en virtud de un crédito que actualmente le pertenece o de una actividad que genera ingresos ciertos y determinables en forma objetiva"*[36]. Como podemos ver estos autores resaltan el carácter objetivo del concepto.

A partir de los conceptos de beneficios esperados y lucro cesante antes entregados, es pertinente analizar qué grado de similitud existe entre ellos, ya que como señalamos, para el caso de ser considerados análogos, resultaría forzoso concluir que el lucro cesante es una de las materias que no pueden ser objeto de seguro, de las establecidas en el artículo 522 del Código de Comercio; mientras que, de considerarlos conceptos extraños, o al menos diferenciados, nos encontraríamos frente a un argumento fuerte para afirmar que el lucro cesante no está comprendido dentro de las cosas que no pueden ser objeto del contrato de seguro.

---

[32] Según Meza Barros, daño es *"todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extra patrimonial"* Meza Barros (1997) p. 248.
[33] Según Rodríguez Grez los daños se pueden clasificar en: daño real y virtual; cierto y daño eventual; directo e indirecto; actual y futuro; probado y presuntivo; patrimonial y extrapatrimonial; daño emergente y lucro cesante; daño previsto e imprevisto; compensatorio y moratorio; intrínseco y extrínseco; material y moral. Rodríguez (2003) pp. 218 y ss.
[34] Abeliuk (2008) p. 248.
[35] Abeliuk (2008) p.248.
[36] Contreras et al. (1998) p. 112.

Revisemos, de manera somera, las distintas posturas doctrinarias que existen al respecto:

Para un sector de la doctrina, mayoritariamente española y argentina, los conceptos de beneficios esperados y lucro cesante son considerados análogos[37]. Esto se desprende de la manera en cómo se refieren a unos y otros, puesto que ambos conceptos son utilizados de manera indistinta. Así, por ejemplo, Sánchez Calero en su libro "Instituciones de Derecho Mercantil", al tratar el tema del seguro de beneficio esperado señala: *"En este seguro* – de beneficio esperado- *el interés cubierto radica en la posibilidad prevista o esperada de un aumento patrimonial. El daño se produce cuando desaparece esa posibilidad (lucro cesante)"*[38]. En el mismo sentido, Rodrigo Uría, al tratar el tema del seguro del lucro cesante, da como ejemplo el seguro de beneficio probable en el transporte[39], que resulta bastante similar al término beneficio esperado, y así existen numerosos ejemplos que por motivos de extensión nos limitaremos en citar.

Hacemos presente, que para esta parte de la doctrina extranjera no hay inconveniente en considerar a ambos conceptos como análogos, puesto que en sus actuales legislaciones no existe una prohibición, como en la nuestra, al seguro de beneficios esperados, por el contrario, en ellas existen disposiciones expresas que lo permiten, como lo son, por ejemplo, la sección V de la Ley Española del Contrato de Seguros[40], la cual trata ampliamente sobre el seguro del lucro cesante, incluso otorgando una definición del mismo en su artículo 63[41]; del mismo modo, la Ley de Seguros Argentina 17.418 también se refiere al seguro del lucro cesante en sus artículos 61[42], 88[43] y 126[44];todo ello sumado a las múltiples modalidades de este tipo de seguros en dichos países, como lo son el seguro de interrupción de actividad de la empresa, el seguro de pérdida de alquileres, seguro de beneficio probable en el transporte, seguro

---

[37] En este sentido: Del Caño Escudero (1971) p. 529, Halperin (1966) p. 368, Sánchez Calero (2000) p. 408, y Uría (2000) p. 798.
[38] Sánchez (1970) pp. 448.
[39] Uría (2000) pp. 798.
[40] Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
[41] Artículo 63 Ley 50/1980: *"En este seguro el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad, de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato".*
[42] Artículo 61 Ley de Seguros Argentina: *"El asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato el daño patrimonial causado por el siniestro sin incluir el lucro cesante, salvo cuando haya sido expresamente convenido".*
[43] Artículo 88 Ley de Seguros Argentina: *"Cuando en el seguro de incendio se incluye el resarcimiento del lucro cesante no se puede convenir su valor (…)".*
[44] Artículo 126 Ley de Seguros Argentina: *"Cuando se trate de mercaderías, salvo pacto en contrario, la indemnización se calcula sobre su precio de destino, al tiempo que regularmente debieron llegar. El lucro esperado sólo se debe incluir si media convenio expreso".*

de paralización en el buque, aeronave o automóvil, seguro contra el mal tiempo, el seguro contra el pedrisco, seguro de cancelación de espectáculos por incomparecencia del artista, seguro de riesgo en el empleo, seguro de subsidio por privación del permiso de conducción y seguro de obtención de resultados deportivos.[45]

Para el otro sector de la doctrina, compuesto por casi la totalidad de nuestros autores nacionales, existe una clara diferencia entre beneficios esperados y lucro cesante.

Sergio Baeza Pinto, principal exponente de la legalidad del seguro del lucro cesante en nuestra legislación, sostiene que se trata de "esencias distintas", señalando que *"la ganancia esperada tiene un valor subjetivo; el lucro cesante tiene un valor real. La ganancia esperada es la que el comerciante ha imaginado obtener; el lucro cesante es determinado en su cuantía por un contrato o por las condiciones reales del mercado"*[46].

Por su parte, Osvaldo Contreras Strauch sostiene que el lucro cesante, a diferencia de las ganancias o beneficios esperados, no consiste en una mera expectativa de ganancia, sino en un *"derecho real, concreto, válido y vigente, que le permite obtenerla o reclamarla"*.[47/48]

Hacemos presente que, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina extranjera, la doctrina nacional se ha empeñado en resaltar las diferencias entre ambos términos con el objeto de evitar que el lucro cesante quede comprendido dentro de la prohibición establecida en el artículo 522 inciso segundo N° 1 del Código de Comercio.

III. Posturas y fundamentos en torno a la licitud del lucro cesante como materia del contrato de seguro.

Para un sector de la doctrina (nacional y extranjera) el lucro cesante no es susceptible de ser materia del contrato de seguro, esto por los argumentos que a continuación se indican[49]:

a) El artículo 522 del Código de Comercio, en su inciso 2° N° 1, prohíbe expresamente el seguro de ganancias o beneficios esperados, lo cual incluye, por lógica al lucro cesante, término que se le ha otorgado con el único objeto de sustraerlo de

---

[45] Bataller et al. (2007) p. 247, Garrigues (1987) p. 329, Meilij (1994) p. 94, Uría (2000) pp. 798 y Verdera (2002) p. 728-732
[46] Baeza (1949) p. 75.
[47] Contreras (1982) p. 142.
[48] En el mismo sentido Achurra (2005) p. 170.
[49] Basados principalmente en Baeza (1949) p. 74-75.

aquella disposición[50], pero que obedece al mismo concepto, encontrándose por tanto, expresamente prohibido por el legislador.

b) El mismo artículo 522 del Código de Comercio expresa: *"Pueden ser aseguradas todas las cosas corporales o incorporales, con tal que existan al tiempo del contrato o en la época en que principien a correr los riesgos por cuenta del asegurador (...)"*, por lo que, siendo el lucro cesante no más que una mera expectativa, debe considerarse como inexistente[51], luego no susceptible de ser materia del contrato de seguro, ya que *"no se puede hacer asegurar lo que no se tiene riesgo de perder y de ninguna manera la ganancia que se deja de hacer"*[52,53].

c) Si el asegurado se encontrara totalmente cubierto del daño que le pudiere ocasionar un siniestro, no tendría ningún interés en la conservación del objeto asegurado[54], por lo que no actuaría con la debida diligencia para evitar un siniestro, cuya ocurrencia, más que una desgracia, sería para él un suceso afortunado[55].

d) Muy ligado al argumento recién expuesto, se sostiene que este tipo de seguro impulsaría al asegurado a provocar intencionalmente siniestros, lo cual incrementaría este tipo de actuar doloso, causando un perjuicio general a la economía y un fuerte encarecimiento de las primas.[56]

e) El artículo 517 del Código de Comercio expresa: *"Respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia"*; de tal modo que un seguro de esta naturaleza constituiría un factor de enriquecimiento para el asegurado, con lo que se atentaría contra el principio indemnizatorio[57] que caracteriza al contrato de seguro.[58]

---

[50] En este sentido, Baeza, en su artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, titulado "Legalidad del lucro cesante en nuestra legislación"(1949), sostiene que *"en el hecho, ha sido posible cubrir el lucro cesante, gracias al uso de fórmulas poco explicitas"*.
[51] Bedarride, J. en Camus (1953) p. 405.
[52] Pothier, Robert Joseph, en Escriche (1847) p. 333.
[53] Duque Domínguez, J.F. en Verdera (2002) p. 721.
[54] En este sentido, Valín, J. en Camus (1953) p. 406, señala: *"pagado el flete o asegurado su pago, desaparece el interés del naviero por evitar que suceda el acontecimiento, que sólo afectará pecuniariamente al asegurador. Lo mismo se dice del cargador"*.
[55] En este sentido, Grün Et Joliat (1828) señala: *"el beneficio que el asegurado puede esperar de la venta de sus mercaderías está sujeto a suertes tan diversas, que el siniestro será a menudo un suceso afortunado para el asegurado, desde que obtendrá, de manera cierta e invariable lo que no pasaba de ser precario, y le asegurará una ganancia que no era para él sino una esperanza"*.
[56] Achurra (2005) p. 38, Baeza (1949) p. 74, Camus (1953) p. 400.
[57] Dentro de los principios generales del contrato de seguro, como los de buena fe, interés asegurable, subrogación, contribución y causa mediata, se encuentra el principio de indemnización. Este principio, cuya base se sustenta en el artículo 517 del Código de Comercio, establece que el seguro debe limitarse a reparar los perjuicios sufridos por el siniestro, sin comprender ganancia, enriquecimiento ni lucro para el asegurado. Achurra (2005) p. 37-38.
[58] En este sentido Baeza (1949) p. 74, Camus (1953) p. 400, Emerigon, Balthazard-Marie, en Escriche (1847) p. 333, Ramírez (1944) p. 47 y Recabarren (1955) p. 29.

f) El artículo 589 del Código de Comercio señala: *"el asegurador responde de la pérdida o daño de los frutos, más no de que las viñas, arboledas, sementeras o plantaciones los han de producir en tal o cual cantidad"*. De este artículo, se desprende que sólo se considerarán como indemnizables las pérdidas efectivas, sin tomar en consideración las expectativas del agricultor.[59]

g) Resulta difícil determinar con precisión el monto equivalente al lucro cesante[60], lo cual constituye un peligro para el asegurador, quien podría verse perjudicado al cubrir más allá del daño efectivamente causado.[61]

h) El hecho de que en la práctica existan pólizas que permiten el seguro del lucro cesante, no da pie para que sean consideradas válidas, ya que, por el contrario, constituyen un caso de costumbre contra ley[62] y de nulidad absoluta.[63]

i) Antiguamente, se argumentaba también en base a lo expresado en los artículos 1.218 N°2[64] y 1.220[65] inciso segundo del Código de Comercio, ambos hoy sustituidos por la Ley 18.680 de 11 de enero de 1988.[66]

Para otro sector de la doctrina, el lucro cesante si es susceptible de ser materia del contrato de seguro por los siguientes argumentos:

a) En Derecho Privado, y de acuerdo con el principio de "autonomía de la voluntad", puede hacerse todo aquello que no se encuentra prohibido por la ley[67]; de tal modo que al no haber el legislador prohibido expresamente el seguro de lucro cesante en el artículo 522 del Código de Comercio, no existirían motivos para entenderlo así.[68]

---

[59] Baeza (1949) p 74, Camus (1953) p. 400
[60] Bedarride, en: Camus (1953) p. 405, considera que por esta razón, este tipo de seguro constituiría una verdadera apuesta.
[61] Verdera (2002) p. 712.
[62] Costumbre contra ley es *"aquella que deja sin aplicación o infringe un precepto legal"*. Ducci (2009) p. 101.
[63] Recabarren (1955) p.57.
[64] Artículo 1.218 expresaba: *"Fuera de las cosas expresadas en el N° 2 del artículo 522, no pueden ser asegurados: N°2 el flete no adquirido del cargamento existente a bordo"*.
[65] Artículo 1.220 expresaba: *"El cargamento también podrá ser asegurado, previa la deducción expresada, por íntegro valor que las mercaderías tengan en el puerto de la expedición al tiempo de su embarque, incluso los gastos causados hasta ponerlas a bordo y la prima del seguro"*. Lo que éste y el artículo 1.218 expresaban, en palabras simples, era que para efectos del seguro, se excluía el aumento del precio del cargamento durante el viaje, lo cual demostraba que la intención del legislador era precisamente no asegurar dichas ganancias.
[66] La Ley 18.680, del 11 de enero de 1988, sustituyó la legislación marítima comercial de Chile en su totalidad, y promulgó el nuevo libro III del Código de Comercio, denominado De la Navegación y Comercio Marítimo.
[67] Vial (2003) p. 56.
[68] Baeza (1949) p. 76.

b) Los preceptos prohibitivos, así como las leyes de excepción, las que establecen incapacidades legales y otras, tienen una interpretación restrictiva, esto significa que el precepto no puede aplicarse extensivamente ni servir de base para una interpretación analógica[69]. Es por ello, que las prohibiciones establecidas en el artículo 522, en particular la N° 1-ganancias o beneficios esperados- no puede ni debe extenderse al campo del lucro cesante.[70]

c) Nuestro Código de Comercio es posterior al Código Civil, por lo que al momento de dictarse el primero, ya existía el término lucro cesante, el cual no fue utilizado en la redacción del artículo 522, lo que indica que *"no hubo intención de derogar, con relación al seguro, la norma general sobre indemnización de perjuicios, ya que no puede atribuirse a los doctos juristas que lo redactaron, imprecisión en sus ideas ni desconocimiento de los términos que usaron"*.[71]

d) Se estima que es incorrecto el argumento que considera que el lucro cesante no puede ser materia de seguro por no cumplir con el requisito de existir al tiempo del contrato, ya que el lucro cesante constituye una ganancia que si existe, que es determinable en base a elementos objetivos, y al cual una persona tiene derecho en virtud de un crédito que actualmente le pertenece.[72/73]

e) También se estima incorrecto el argumento que considera que el lucro cesante no puede ser materia de seguro por que dejaría al asegurado en mejor situación que si el siniestro no se hubiere producido, puesto que *"asegurando el beneficio esperado, no quedaría (el asegurado) en mejor situación, sino en una situación igual a aquella que tendría si el siniestro no se hubiera realizado"*.[74]

f) En cuanto al principio de indemnización[75], esta parte de la doctrina sostiene que el seguro es un contrato que tiene por objeto indemnizar daños, y la indemnización de perjuicios, desde los lejanos tiempos del Derecho Romano,

---

[69] Ducci (2009) p. 94-95.
[70] Baeza (1949) p. 76.
[71] Baeza (1949) p. 76.
[72] Según Camus (1953) p. 406, *"Un crédito que no tiene más existencia real que la posibilidad de expresarse en dinero, como objeto material, es susceptible de ser asegurado" y agrega, "Económicamente el crédito y la ganancia están en la misma situación jurídica; una y otra, en consecuencia podrían ser asegurables. Y si se aceptan el seguro de crédito sin discutir la existencia de la cosa, cabe hacer lo mismo respecto de las ganancias o beneficios esperados"*.
[73] Camus (1953) p. 405, Contreras et al. (1998) p. 112, Correa y Silva (1997) p. 54, Halperin (1966) p. 369.
[74] Palma Rogers, Gabriel, en: Camus (1953) p. 405.
[75] Según Gircado (2004) p. 139 *"la aparente rigidez del citado principio choca frontalmente con la realidad del mercado asegurador, donde se observa una notoria dificultad en el procedimiento de determinación y liquidación del daño (v. art. 38 LCS), por lo que hay que comprender tal principio en su justa medida", (…) dotándolo de la suficiente "elasticidad funcional"*.

según la legislación universal y el artículo 1.556 del Código Civil comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, por lo que ambos daños deben ser resarcidos en un plano de igualdad.[76/77]

g) En cuanto al artículo 589 del Código de Comercio, éste se refiere a los beneficios esperados propiamente tales, por lo que no constituye un obstáculo para asegurar el lucro cesante, el cual obedece a un concepto distinto.

h) Respecto al impedimento consistente en la supuesta dificultad para determinar el monto de la indemnización[78] esta parte de la doctrina lo considera errado en virtud de los siguientes artículos del Código de Comercio que demuestran lo contrario.[79]

h.i) El artículo 524 del Código de Comercio, que dice relación con los establecimientos de comercio y los muebles de una casa que pueden ser asegurados, en su inciso final señala: *"en uno y otro caso el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro"*, de lo que se desprende, sobre todo para el caso de las mercancías de los establecimientos de comercio, que el valor que se les debe asignar es el que tienen al momento del siniestro, lo cual incluye las utilidades que generarían dichas mercancías.

h.ii) El artículo 535 del mismo Código de Comercio, en sus incisos primero y segundo, también fija la forma en cómo deben valorarse los objetos asegurados, la cual señala debe ser *"hasta la concurrencia del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro"*.

---

[76] Según Recabarren (1955) p. 43, dentro del Código de Comercio no existe una disposición que exija que en materia de seguros la indemnización deba reducirse al daño emergente, por lo que en virtud del artículo 2 del mismo Código, deberán aplicarse las disposiciones que el Código Civil establece para esta materia.

[77] En este sentido: Achurra (2005) p. 170, Baeza (1949) p. 76, Camus (1953) p. 405, Contreras et al. (1998) p. 113, Ramírez (1944) p. 48 y Verdera (2002) p. 715.

[78] *En este sentido,* Verdera *(2002) p. 726, señala: "Si existían en el pasado elementos suficientes para valorar el curso normal de los factores de ganancia en el futuro (como sucede en el caso de la actividad empresarial ya desarrollada en años precedentes), la determinación de este daño no es demasiado difícil. En cambio, si los factores que podían propiciar ese beneficio eran, en el ámbito de la actividad económica del asegurado, novedosos y carentes de antecedentes (como si se trata de una operación aislada y distinta a las habituales de ese sujeto), las dificultades de concreción se acrecientan considerablemente. Mas ello no puede servir de justificación para negar de raíz la indemnizabilidad del lucro cesante: siempre cabrá aplicar el criterio de las ganancias verosímilmente probables teniendo en cuenta el curso normal de los acontecimientos, recurriendo, en su caso, a la comparación con otros negocios similares en la misma zona o en una zona parecida."*

[79] En este sentido: Baeza (1949) p. 80, Bataller et al. (2007) p.246, Meilij (1994) p. 94, Recabarren (1955) p. 43 y Verdera (2002) p. 715.

h.iii) El artículo 565 del mismo Código, reitera lo expuesto en las letras "h. i" y "h. ii" anteriores, al señalar que "la indemnización a que se obliga el asegurador se regla, dentro de los límites de la convención, sobre la base del valor que tenga el objeto asegurado al tiempo del siniestro".

i) El artículo 518 del Código de Comercio señala que *"Pueden celebrar un seguro todas las personas hábiles para obligarse. Pero de parte del asegurado se requiere, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos (...)"*. Como se puede observar del artículo recién citado, el asegurado puede revestir, entre otras, las calidades de usufructuario, acreedor y administrador de bienes ajenos, todos casos en los que el objeto asegurado es el lucro cesante. Si por ejemplo se destruye la cosa gozada en usufructo, el usufructuario no pierde la materialidad de la cosa -que es de cargo del nudo propietario-, sino la utilidad que obtenía de esa cosa; lo mismo ocurre con el caso del acreedor, en que si se destruye la cosa del deudor afecta al cumplimiento de la obligación, éste no pierde la materialidad de la cosa, sino que el capital y los intereses-utilidades-; para finalizar, para el caso del administrador de bienes ajenos, éste no pierde dichos bienes, sino el beneficio que le reportaba su administración.[80]

j) Finalmente, argumentan que una limitación de esta naturaleza es contraria al fin económico de seguridad que persigue el contrato de seguro, puesto que el asegurado sólo obtendrá plena seguridad si puede asegurar a la vez la cosa y el provecho que de ella puede lograr, es decir, si puede asegurar el daño entero a que está expuesto.[81]

Por su parte, la Superintendencia de Valores y Seguros sostiene que interpretando el artículo 522 N° 1 de acuerdo a la realidad social, económica y comercial *"no puede referirse sino a aquellas ganancias o beneficios vagos e indeterminados, pero no puede alcanzar a ganancias reales y susceptibles de comprobación, que se producirían de manera cierta si el riesgo contra el cual se asegura no se produce"*.[82]

Señala además, que *"aquellas ganancias o beneficios esperados que tienen un valor subjetivo, esto es, que corresponden a lo que el comerciante ha imaginado obtener,*

---

[80] Baeza (1949) p. 76.
[81] Baeza (1949) p. 73, Del Caño Escudero (1971) p. 529.
[82] Oficio N° 2.952, de 14 de mayo de 1966, Dictámenes Mercado de Seguros 1928-1999, Superintendencia de Valores y Seguros. p. 210.

es lo que se encuentra prohibido asegurar por la ley; pero no así, aquellas ganancias o beneficios que constituyen "lucro cesante", esto es, la ganancia o utilidad que, según regulación habría producido la cosa, de no haber perecido.[83]

Agrega que en el concepto de lucro cesante existe predominio de factores objetivos, constituyendo *"aquella suma que, efectivamente, ha dejado de ganar el dueño de los bienes productivos"*[84], la cual se determina minuciosamente, de acuerdo a las circunstancias del mercado o las estipulaciones del contrato y no de manera azarosa o caprichosa.

Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia es cuidadosa en señalar que la indemnización no debe sobrepasar la reparación integral, es decir, no debe procurarle al asegurado utilidades que no hubiera obtenido de no haberse producido el siniestro, esto para evitar que el asegurado lucre con el riesgo.[85]

IV. Situación actual del Seguro del Lucro Cesante en Chile. Análisis desde el punto de vista práctico, legislativo y doctrinario.

Desde el punto de vista práctico, la Superintendencia de Valores y Seguros ha autorizado ya desde el año 1940[86] que las aseguradoras emitan seguros que cubran el lucro cesante.[87]

En la actualidad, los principales ejemplos de la aceptación de este tipo de seguros en el Mercado de Seguros están dados por la Póliza de Perjuicios por Paralización y la Cláusula de Pérdida de Ingresos por Arriendo.

La Póliza de Perjuicios por Paralización, comúnmente denominada "P por P", fue incorporada al Depósito de Pólizas bajo el Código POL 1 05 021[88] y aprobada por resolución del 10 de mayo de 2005 a petición de la Asociación de Aseguradores de Chile A.G.

---

[83] Oficio N° 3.513, de 5 de mayo de 1969, Dictámenes Mercado de Seguros 1928-1999, Superintendencia de Valores y Seguros. p. 214.
[84] Oficio N° 3.513, de 5 de mayo de 1969, Dictámenes Mercado de Seguros 1928-1999, Superintendencia de Valores y Seguros. p. 214.
[85] Oficio N° 3.513, de 5 de mayo de 1969, Dictámenes Mercado de Seguros 1928-1999, Superintendencia de Valores y Seguros. p. 214.
[86] El día 13 de septiembre de 1940, por medio de la Circular N° 267 de la Superintendencia de Valores y Seguros, entró en vigencia la primera póliza de "Seguro sobre perjuicios por paralización a causa de incendio"
[87] En este sentido: Contreras et al. (1998) p. 114 y Recabarren (1955) p. 55.
[88] Anteriormente se usaba la POL 1 93 026 aprobada por la resolución 067 del 31 de marzo de 1993.

Esta póliza cubre la pérdida financiera que sufre el asegurado como consecuencia de la detención o entorpecimiento (total o parcial) de su actividad normal a consecuencia de la ocurrencia de un incendio u otro riesgo adicional[89] cubierto por la póliza de incendio (POL 1 90 006) a la cual se asocia[90]. Su objetivo es permitir la continuidad del negocio frente a un siniestro.[91]

En palabras generales, los perjuicios cubiertos por la Póliza de Perjuicios por Paralización comprenden: i) el margen de contribución (beneficio bruto que se deja de percibir)[92], y ii) los gastos extraordinarios en que el asegurado deba incurrir (aumento de costos de explotación)[93]; todo lo cual se calcula según lo dispuesto en el artículo 11 de la póliza.[94/95]

Podemos decir que hoy en día esta póliza tiene una amplia aplicación y prometedoras proyecciones, por cuanto no sólo constituye un elemento importante para empresas productivas y de servicios sino que también para la economía del país.

La Cláusula de Pérdida de Ingresos por Arriendo, adicional a la póliza de incendio, Código POL 1 03 014; Póliza de seguro de incendio, Código POL 1 05 020 fue incorporada al depósito de pólizas bajo el Código CAD 1 03 031 y aprobada por Resolución de 4 de junio de 2003 a petición de la Asociación de Aseguradores de Chile.

---

[89] Dentro de los riesgos adicionales que se pueden contratar en la Póliza de Incendio encontramos entre otros los siguientes: Daños materiales causados por construcción o demolición de edificios colindantes (CAD 1 90 005), Daños materiales causados por aeronaves (CAD 1 90 007), Daños materiales causados por rotura de cañerías o por desbordamiento de estanques matrices (CAD 1 90 009), Daños materiales a consecuencia directa de huelga o desorden popular (CAD 1 90 013),Daños materiales por salida de mar (CAD 1 90 016), Avalanchas, aluviones y deslizamientos (CAD 1 90 017), Daños materiales causados por sismo (CAD 1 90 019),Daños materiales causados por peso de nieve o hielo (CAD 1 90 024), Colapso de edificio (1 92 029), Daños materiales causados por viento, inundación y desbordamiento de causes (CAD 1 98 093), etcétera.

[90] Como podemos ver, se trata de una póliza accesoria a la póliza de incendio, en efecto, el artículo 1° inciso segundo de la misma expresa: *"Es condición para que exista un perjuicio indemnizable con cargo a la presente póliza, que haya ocurrido un siniestro cubierto por dicha póliza de incendio"*, por lo que debemos tener presente que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".
Cabe hacer presente, que en otras legislaciones, como por ejemplo la española, el contrato de seguro de lucro cesante puede concretarse tanto como contrato autónomo como también un pacto añadido a otro contrato de distinta naturaleza (artículo 63, Ley 50/1980).

[91] Holmgren (2010)

[92] Gastos fijos más utilidad neta operacional que se estima generará el negocio durante el período asegurado.

[93] Consistentes en todas aquellas acciones que deba realizar el asegurado con el objeto de alcanzar la normalidad operativa.

[94] Texto completo de la póliza consultada en: http://www.svs.cl/sitio/inc/seguros_deposito_consulta.php ,15 de mayo de 2010.

[95] Faraggi (2006), Holmgren (2010)

Esta cláusula cubre las rentas de arrendamientos que el asegurado[96] deja de percibir a causa de un siniestro indemnizable por el seguro, por los montos y periodos pactados en las Condiciones Particulares.[97]

Al igual que la Póliza de Perjuicios por Paralización, esta Cláusula es sumamente usada y aceptada, principalmente en los seguros de Hogar, en los cuales se entiende normalmente incorporada.

Desde el punto de vista legislativo, la situación actual en Chile es bastante lejana a la realidad que se da desde el punto de vista práctico.

Como es sabido, el título VIII- "Sobre el contrato de Seguro" del libro II del Código, en donde se encuentran las normas sobre la cuales se desarrolla esta investigación, no ha sufrido modificación ni actualización alguna desde la dictación del mismo Código en 1865.[98]

En estos casi 145 años, la realidad económica ha obligado a que en la práctica el contrato de seguro se distancie cada vez más de las normas que lo regulan[99], llegándose incluso a usos y costumbres que van contra el texto expreso de la ley, pero que son observadas por las partes por que obedecen a una necesidad económica práctica imperativa.

La inquietud por una renovación comenzó a tomar matices formales en 1990, año en que la Superintendencia de Valores y Seguros formó una comisión de especialistas redactora de un anteproyecto de nueva Ley sobre el Contrato de Seguro, el cual fue enviado al Parlamento en 1993, momento desde el cual no se registraron avances, hasta que fuera retirado por el poder ejecutivo el año 2000.

Más tarde, el año 2003, el Ministerio de Justicia decidió reimpulsar esta iniciativa nombrando una comisión para que revisara y actualizara el anteproyecto, iniciativa que nuevamente, y por motivos que se desconocen, no prosperó.[100]

Finalmente, don Osvaldo Contreras Strauchh[101], sobre la base del camino ya

---

[96] Quien es normalmente dueño de un edificio.
[97] Texto completo de la Cláusula consultada en http://www.svs.cl/sitio/inc/seguros_deposito_consulta.php,15 mayo de 2010.
[98] La única modificación que ha sufrido el Código de Comercio en materia de seguros, corresponde a las normas que regulan los seguros marítimos, las cuales fueron reemplazadas por otras en virtud de una reforma del Código de Comercio del año 1988. Cornejo (1991) p. 137.
[99] Correa y Silva (1997) p. 1.
[100] Sistema de tramitación de proyectos del Congreso Nacional, Boletín N° 5185-03. Sobre Contrato de Seguro (en línea). Consultado en http://sil.congreso.cl, el 17 de mayo de 2010.
[101] Profesor de Derecho Comercial y Presidente del Comité Iberolatinoamericano de AIDA (Asociación Internacional de Derecho de Seguros).

recorrido, e incorporando los últimos avances en doctrina y legislación mundial, elaboró un nuevo anteproyecto de ley, el que sirvió de base para la moción presentada por la Cámara de Diputados[102] el día 10 de julio de 2007, y que se encuentra actualmente en tramitación en la misma cámara, en etapa de primer trámite constitucional, siendo su último avance hasta ahora la radicación en la Comisión de Economía[103] y citación de dicha comisión para su estudio[104] el día12 de octubre del 2010.[105/106]

Dicho proyecto de ley, contiene cambios fundamentales y esclarecedores en la materia que nos convoca, a saber, dentro del epígrafe *"Principales características y ventajas del proyecto respecto de la legislación vigente"*, la sección segunda, numerando vigésimo quinto señala: *"El artículo 551*[107]*, zanjando una antigua discrepancia que la doctrina había ya resuelto, deja constancia que el lucro cesante puede cubrirse mediante un pacto expreso al respecto"*[108]. En otras palabras, el mentado proyecto abre las puertas al seguro del lucro cesante, estableciendo como único requisito el que sea estipulado de manera expresa.

Como podemos ver, no resulta extraña esta conclusión, ya que, como quedó demostrado en esta investigación, los más importantes autores sobre el contrato de seguro en Chile, los señores Sergio Baeza Pinto y Osvaldo Contreras Strauch, fueron también quienes encabezaron este proyecto, por lo que sus ideas sobre la legitimidad el seguro del lucro cesante quedaron plasmadas en el mismo; legitimidad que ya es reconocida en diversos ordenamientos del Derecho Comparado, los cuales buscan la unificación del derecho del contrato de seguro.[109]

Por su parte, la sección segunda del proyecto, referida a los seguros de daños, dedica el párrafo 6 al "Seguro de Pérdida de Beneficios", señalando en el Artículo 578 su concepto y alcances del modo que sigue: *"Por el seguro de pérdida de beneficios, el*

---

[102] Moción de los Diputados Jorge Burgos V., Alberto Cardemil H., Edmundo Eluchans U., Sergio Ojeda U., Patricio Vallespín L., y Mario Venegas C., y de los ex Diputados Juan Bustos R., Marcelo Forni L., Renán Fuentealba V., y Eduardo Saffirio S. Consultado en: http://www.camara.cl/trabajamos/comision_citaciondet.aspx?prmID=2010-41, el 7 de noviembre de 2010.
[103] El día 10 de Julio de 2007.
[104] Dirigida por don Gonzalo Arenas Hödar (Presidente) y el abogado secretario son Roberto Fuentes Innocenti. Consultado en: http://www.camara.cl/trabajamos/comision_citaciondet.aspx?prmID=2010-41, el 7 de noviembre de 2010.
[105] Consultado en: http://www.aach.cl/website/content/bin/735/resumen%20proyecto%20de%20ley%2018_08_2008.pdf, el 1 de noviembre de 2010 y http://www.camara.cl/trabajamos/comision_citaciondet.aspx?prmID=2010-41, el 7 de noviembre de 2010.
[106] Sistema de tramitación de proyectos del Congreso Nacional, Boletín N° 5185-03. Sobre Contrato de Seguro (en línea). Consultado en http://sil.congreso.cl, el 17 de mayo de 2010.
[107] Artículo 551 del Proyecto de Ley: *"Para que el lucro cesante del asegurado esté cubierto, deberá ser pactado expresamente"*.
[108] Sistema de tramitación de proyectos del Congreso Nacional, Boletín N° 5185-03. Sobre Contrato de Seguro (en línea). Consultado en http://sil.congreso.cl, el 17 de mayo de 2010.
[109] Bataller en Romer (2008) p.497.

asegurador se obliga a indemnizar al asegurado la disminución de ingresos, utilidades que hubiera alcanzado en la actividad descrita en la póliza, de no haberse producido el siniestro. El asegurador puede, además, cubrir los gastos generales que haya de seguir desembolsando el asegurado cuando el establecimiento quede paralizado total o parcialmente a consecuencia del siniestro".

Hacemos presente, que por motivos obvios se elimina del texto el término "esperados", y se suprime derechamente la prohibición establecida en el artículo 522 N°1, abriendo paso a un nuevo Seguro de Pérdida de Beneficios, cuyo objeto concuerda con la actualmente vigente póliza de perjuicios por paralización.

Como podemos apreciar, este es el desenlace legislativo esperable de largos años de estudios y debates respecto del tema. Por el momento, sólo nos queda esperar que este proyecto, que no sólo se encarga de esclarecer el tema del seguro del lucro cesante, sino muchos otros de igual relevancia, llegue pronto a buen puerto.

Para finalizar, desde el punto de vista doctrinario, no es mucho lo que podemos decir, ya que son pocos los autores chilenos que se han dedicado a estudiar el tema del seguro del lucro cesante[110]. Los principales aportes y publicaciones sobre la materia datan de los años 50 y 60, sin que se registren nuevos materiales influyentes en las últimas décadas.

Por otra parte, la discusión respecto de este tema ha sido bastante pobre, por cuanto la postura de los principales autores es unánime en considerar como legitimo el seguro del lucro cesante pese a la prohibición legal establecida en el artículo 522 N°1.

Al no existir nuevos autores, ni publicaciones que le hagan frente a esta postura, sumado al proyecto de ley que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso Nacional del cual ya hicimos mención, el debate en Chile se considera hoy en día prácticamente cerrado.

V. Conclusiones.

La historia del seguro del lucro cesante, debido a las rígidas limitaciones legales a las cuales se ha visto asociado, ha estado llena de discrepancias y vaguedades. Sin embargo, con el paso del tiempo, es posible observar como los diversos criterios y prácticas se han ido unificando en torno a aceptar este tipo de seguros.

---

[110] Principalmente Sergio Baeza, Osvaldo Contreras y Juan Achurra.

Esta aceptación se basa, principalmente, en que se ha llegado a la conclusión de que los términos "Ganancias o Beneficios Esperados" y "Lucro Cesante" obedecen a conceptos distintos; las Ganancias o Beneficios Esperados están determinados por factores subjetivos, que dicen relación con la utilidad que el propietario de la cosa espera obtener mediante su comercialización, mientras que en el Lucro Cesante, por el contrario, se encuentra determinado por factores objetivos, los que permiten establecer la suma que efectivamente ha dejado de percibir el dueño de las cosas a causa del siniestro.

Antiguamente, las ganancias de un determinado negocio no eran más que meras expectativas, por lo mismo, era fácil encuadrarlas dentro del concepto de ganancias o beneficios esperados; sin embargo, hoy en día, las ganancias se pueden determinar con tal objetividad y certeza, que ya no encajan dentro de este concepto, por lo que no existe razón para continuar considerándolas dentro de dicha categoría.

Pese a lo anterior, el hecho de que el Código de Comercio no contenga una disposición expresa que aclare este punto, sumado al peso de una historia que por años consideró prohibido el seguro de beneficios, han hecho que por inercia se siga obedeciendo a una prohibición que ya no encaja con la realidad actual.

Si bien las trabas legales persisten, podemos apreciar aires de renovación por cuanto no sólo existe un proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional que consagra expresamente el seguro del lucro cesante, sino que también la Superintendencia de Valores y Seguros, en sus diversos dictámenes, se ha mostrado partidaria en aceptarlo, autorizando diversas pólizas y cláusulas que se encuentran actualmente en vigencia.

Por su parte, como quedó demostrado, las posturas doctrinarias en Chile son unánimes en aceptar este tipo de seguros, siendo superada la discusión sobre su procedencia hace ya bastantes años. De igual modo, la doctrina extranjera sigue el mismo ritmo, el que, a diferencia de lo que ocurre con nuestro país, ya se encuentra consagrado en sus diversas disposiciones legales.

Como podemos ver, tanto el proyecto de ley que se encuentra actualmente en el Congreso Nacional, como las posturas de la Superintendencia de Valores y Seguros y de la doctrina moderna, así como también la propia práctica aseguradora reflejada en las pólizas y cláusulas depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros, demuestran un interés claro en abrir paso al seguro del lucro cesante. Pese a lo anterior, el único impedimento que existe para que este tipo de seguros pueda funcionar de manera abierta, sigue siendo la legislación positiva, y mientras ésta no cambie, será difícil que el seguro del lucro cesante alcance un mayor desarrollo en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Abeliuk Manasevich, René (2008): Las Obligaciones. Tomo I. Quinta edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 604 pp.

Achurra Larraín, Juan (2005): Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín. Tomo I. Recopilación de trabajos, estudios y Publicaciones (Santiago, Asociación de Aseguradores de Chile. Universidad de Los Andes, Centro de Derecho de Seguros) 273 pp.

Achurra Larraín, Juan (2005): Derecho de Seguros, Escritos de Juan Achurra Larraín. Tomo III. Apuntes y Sentencias (Santiago, Asociación de Aseguradores de Chile. Universidad de Los Andes, Centro de Derecho de Seguros) 280 pp.

Arranz De Andrés, Consuelo y Serna Vallejo, Margarita (2009): Estudios de Derecho Español y Europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria (Cantabria, Ediciones Universidad de Cantabria, España) 1080 pp.

Baeza Pinto, Sergio (1949): "La Legalidad del seguro del lucro cesante en nuestra legislación", en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 46, pp. 73-81.

Baeza Pinto, Sergio (2001): El Seguro (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 511 pp.

Bataller Grau, Juan; Latorre Chiner, Nuria; Olavarría Iglesia, Jesús (2007): Derecho de los seguros privados (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.) 391 pp.

Brahm García, Enrique (2000-09): José Gabriel Ocampo y la Codificación Comercial Chilena. Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Tomo I (Santiago, Universidad de los Andes, Colección Jurídica) 600 pp.

Camus Foncea, José Tomás (1953): El Seguro de Ganancias. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago) Universidad de Chile, Escuela de Derecho. pp. 391-414.

Contreras Strauch, Osvaldo (1982): Derecho de Seguros (Santiago, Impresora Camilo Henríquez Ltda.) 346 pp.

Contreras Strauch, Osvaldo; Gómez Balmaceda, Rafael; Arellano Iturriaga, Sergio; Kliwadenko Malic, Igor; Sanguinetti Emmanuelle, Franco; Castillo Faura, Ximena (1998): Derecho Comercial. Seguros. Aspectos Jurisdiccionales del Seguro (Santiago, Asociación de Aseguradores de Chile) 369 pp.

Contreras Strauch, Osvaldo (2004): Instituciones de Derecho Comercial. Notas y materias para un curso (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) 470 pp.

Cornejo Fuller, Eugenio (1991): "El Código de Comercio Chileno y sus principales reformas", en Centenario del Código de Comercio (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 131- 142.

Correa Díaz, Daniel y Silva Besa, Eduardo (1997): El Contrato de Seguro. Análisis del proyecto de ley que reforma en contrato de seguro. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago) Universidad de Central, Escuela de Derecho. 141 pp.

Davis, Arturo (1967): Código de Comercio. Orígenes, concordancias, jurisprudencia. Tomo II (Santiago, Ediciones Abatros Chilena) 301 pp.

Del Caño Escudero, Fernando (1971): Derecho Español de Seguros. Obra adaptada al programa de oposiciones para ingreso en el cuerpo técnico de Inspección de Seguro y Ahorro (Madrid, Imprenta Góngora, S.L.) 854 pp.

Ducci Claro, Carlos (2009): Derecho Civil. Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 448 pp.

Escriche, Joaquín (1847): Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I (Madrid, Librería de la Señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Editores) 948 pp.

Faraggi W., Alberto (2006). "Aspectos relevantes de la nueva Póliza de Perjuicios por Paralización" (fecha de consulta: 9 de junio de 2010). Disponible en http://www.mundoseguro.net/prese/21-junio-06/Faragi.pdf

Garrigues, Joaquín (1987): Curso de Derecho Mercantil. Tomo IV (Madrid, Editorial Temis Bogota) 1820 pp.

Gircado perandones, Pablo (2004) "La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio en el contrato de seguro", en: Revista de Derecho Mercantil, n° 251, pp. 139-198.

Gomez De La Serna, Pedro y Reus García, José (1863): Código de Comercio. Concordado y anotado. Precedido de una Introducción Histórico-Comparada (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación) 758 pp.

Grün, Alphonse (1828): Traité des assurances terrestres et de l´assurance sur la vie des hommes (Paris, Chez les auteurs) 455 pp.

Halperin, Isaac (1996): Contrato de Seguro (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 596 pp.

Halperin, Isaac (1997): Lecciones de Seguros (Buenos Aires, Editorial Depalma) 120 pp.

Holmgren, Helga (2010): Exposición El seguro de "perjuicio por paralización". Segunda Jornada de Derecho de Seguros. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile y AIDA Chile.

Humeres Magnan, Luis (1966): Derecho Marítimo. Colección de Apuntes de Clases N°7, tomados del curso del profesor don Enrique Munita Becerra (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 337 pp.

Meilij, Gustavo Raúl (1994): Manual de Seguros (Buenos Aires, Editorial Depalma) 243 pp.

Meza Barros, Ramón (1997): Manual de Derecho Civil: De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 372 pp.

Ramirez Vera, Elucindo (1944): El principio indemnizatorio en el seguro de cosas en nuestra legislación. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana) Universidad de Chile, Escuela de Derecho. 95 pp.

Recabarren Valenzuela, Patricio (1955): Seguro de beneficios esperados. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Editorial Universitaria S.A.) Universidad de Chile, Escuela de Derecho. 69 pp.

Rodríguez Grez, Pablo (2003): Responsabilidad Contractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 337 pp.

Romer, Wolfgang (2008): "La reforma del derecho del contrato de seguro en la Republica Federal Alemana" en: Revista de Derecho Mercantil, n° 270, pp. 1515-1539.

Rozas Vial, Fernando (2004): Los Bienes (Santiago, Editorial Lexis Nexis) 425 pp.

Sánchez Calero, Fernando (1970): Instituciones de Derecho Mercantil (Valladolid Clares) 593 pp.

Sánchez Calero, Fernando (2000): Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II (Madrid, Editorial Mc Graw Hill) 584 pp.

Uría, Rodrigo (2000): Derecho Mercantil. Vigésimo séptima edición. Revisada en colaboración de María Luisa Aparicio (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.) 1115 pp.

Verdera , Rafael (2002) : "Seguro de lucro cesante", en: Cuñat Edo, Vicente; Ballarín Hernández Rafael; Embid Irujo, José Miguel, Verdera Server, Rafael; Martínez Sanz, Fernando; Sotillo Martí, Antonio; Hernández Martí, Antonio; Hernández Martí, Juan; Boquera Matarredona, Josefina; Olavarría Iglesia, Jesús; Viciano Pastor, Javier; Boldó Roda,

Carmen; Lois Caballé, Ana; Palao Moreno, Guillermo; Salinas Adelantado, Carlos; Bataller Grau, Juan; Latorre Chiner, Nuria; Marimón Durá, Rafael; Ferrando Villalba, María Lourdes; Espinosa Calabuig, Rosario; Navarro Atienza, María Luisa; Evangelio Llorca, Raquel; Brel Pedreño, América (2002): Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro (Valencia, Tirant lo Blanch) 1.216 pp.

Vial del Rio, Víctor (2003): Teoría General del Acto Jurídico (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 407 pp.

Weens, Charles (1927): L´ Assurance de Chosses Contrat D´Indemnité (Paris, Recueil Sirey) 453 pp.

BIBLIOGRAFIA ELECTRÓNICA CITADA

http://www.aach.cl/website/content/bin/735/resumen%20proyecto%20de%20ley%2018_08_2008.pdf [fecha de consulta: 1 de noviembre de 2010].

http://www.camara.cl/trabajamos/comision_citaciondet.aspx?prmID=2010-41 [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2010].

http://www.svs.cl/sitio/inc/seguros_deposito_consulta.php 1[fecha de consulta: 5 de mayo de 2010].

www.rae.es [fecha de consulta: 11 de mayo de 2010].

NORMAS CITADAS

Código Civil Chileno.

Código de Comercio de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 22 de mayo 1931, Ley de Seguros.

Decreto Ley Nº 3057 de 1980, que modifica el D.F.L. Nº 251.

Decreto Supremo N° 863 de 1989, Reglamento de los auxiliares del comercio de seguros.

Ley de Seguros Argentina 17.418, de 30 de Agosto de 1967.

Ley 18.680, del 11 de enero de 1988.

Ley N° 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Ordonnance de la Marine. Du mois d´ Auft 1681. Comentée & Conferée fur les anciennes Ordonances, Le Droit Romain, & les nouveaux Reglemens. Paris.

NORMATIVA ADMINISTRATIVA CITADA

Circular N° 267, de 13 de septiembre de 1940. Superintendencia de Valores y Seguros.

Circular N° 689, de 19 de febrero de 1987. Superintendencia de Valores y Seguros.

Circular N° 937, de 5 de abril de 1990. Superintendencia de Valores y Seguros.

Dictámenes Mercado de Seguros 1928-1999. Superintendencia de Valores y Seguros.

Norma de Carácter General N° 124, de fecha 22 de noviembre de 2001, de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio N° 2.952, de 14 de mayo de 1966. Superintendencia de Valores y Seguros.

Oficio N° 3.513, de 5 de mayo de 1969. Superintendencia de Valores y Seguros.