Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Tendencias actuales

Ramón Domínguez Águila
Alfredo Sierra Herrero
Hernán Corral Talciani
María Sara Rodríguez Pinto
Bruno Caprile Biermann
Jorge Baraona González
Marcelo Nasser Olea

María Sara Rodríguez Pinto
Francisca Barrientos Camus
EDITORAS

2011

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 20

Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

Tendencias actuales

Ramón Domínguez Águila
Alfredo Sierra Herrero
Hernán Corral Talciani
María Sara Rodríguez Pinto
Bruno Caprile Biermann
Jorge Baraona González
Marcelo Nasser Olea

María Sara Rodríguez Pinto
Francisca Barrientos Camus
Editoras

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 20 (2011)

Cuadernos de Extensión Jurídica 20 (2011)
Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales

CIP - Universidad de los Andes

Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Tendencias actuales / María Sara Rodríguez Pinto, Francisca Barrientos Camus, editoras.
p. – (Cuadernos de Extensión Jurídica; 20)
Incluye notas bibliográficas.

1.- Responsabilidad por Accidentes del Trabajo – Chile.
2.- Responsabilidad Civil – Aspectos Jurídicos – Chile.
3.- Empresarios – Situación Jurídica – Chile.
I. Rodríguez P., María Sara, ed. II. Barrientos Camus, Francisca, ed. - III. s.

CDD 22
344.83022 2011 RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani
Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.
Secretaria de redacción: Tatiana Vargas Pinto.

ISSN: 0717-6449
ISBN: 978-956-7160-62-4
Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 196.371

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2011 Universidad de los Andes
Impresión: Andros Impresores
Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Doctor en Derecho
Universidad de Toulouse
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción y
Universidad del Desarrollo

ALFREDO SIERRA HERRERO
Doctor en Derecho
Universidad Santiago de Compostela
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de los Andes

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO
Doctora en Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

BRUNO CAPRILE BIERMANN
Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General
Universidad de París II
Profesor de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo y
Universidad Católica de la Ssma. Concepción

Jorge Baraona González
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil y Decano
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

Marcelo Nasser Olea
Doctor en Derecho
Universidad de los Andes
Profesor de Derecho Romano
Universidad de los Andes

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 13

LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO. HISTORIA Y VISIÓN GENERAL DE SU RÉGIMEN ACTUAL
Ramón Domínguez Águila

I. Introducción 21
II. Primera etapa de la evolución: hacia una responsabilidad objetiva por riesgo 22
III. El sistema actual. Visión general 28
1. El sistema legal 28
2. La situación actual desde la práctica jurisprudencial 30
a. La acción del trabajador 31
b. La acción de los causahabientes 35

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR POR ENFERMEDADES PROFESIONALES DE SUS TRABAJADORES. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL
Alfredo Sierra Herrero

I. Antecedentes 37
II. Noción de enfermedad profesional 37
III. Cuestiones laborales relativas a la enfermedad profesional 38
1. Cambio de lugar de trabajo 39
2. El despido indirecto 40
IV. Daño moral 42
1. Accidentes del trabajo 42
2. Enfermedad profesional 44
A) Contaminación por plomo. Corte de Santiago 29 diciembre 2006, Rol 1048-2002. Salinas Rivera con Corporación Nacional del Cobre de Chile 45

B) Epicondilitis crónica. Corte de Concepción 28 octubre 2009, Rol 176-2009. Salazar Carrarco con Wackenhut 46

CONCURRENCIA DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACCIDENTES DEL TRABAJO

Hernán Corral Talciani

I. Acción y regímenes de responsabilidad 49
II. Concurso de acciones del mismo trabajador accidentado 52
1. Procedencia del "cúmulo de opción" 52
2. Probable desinterés del trabajador de recurrir a la responsabilidad extracontractual 53
3. Advertencias sobre la fundamentación de la demanda 56
III. Concurrencia de acciones por pluralidad de demandados: subcontratista y empresa principal 57
1. La acción de responsabilidad contra el subcontratista y la empresa principal en el antiguo art. 64 del Código del Trabajo 57
2. Responsabilidad de la empresa principal en el actual art. 183 del Código del Trabajo 60
3. ¿Pueden ejercerse las acciones de responsabilidad contra el subcontratista y la empresa principal? 61
IV. Concurrencia de acciones en caso de pluralidad de demandantes: Trabajador lesionado y víctimas por repercusión 63
1. Planteamiento del supuesto 63
2. Titularidad de las víctimas por repercusión.. 63
3. Aplicación del régimen extracontractual a las víctimas por repercusión 64
4. Concurrencia de acciones de trabajador lesionado y de las víctimas por repercusión 64
V. Concurrencia de acciones en caso de muerte del trabajador: herederos y víctimas por repercusión 65
1. Los herederos del trabajador fallecido como titulares de la acción de responsabilidad 65

a) Distinción entre actuación *iure proprio* y *iure hereditatis* 65
b) Régimen aplicable a los herederos..... 65
c) Limitación de la acción de los herederos: intrasmisibilidad del daño moral 66
2. Víctimas por repercusión en caso de muerte del trabajador 71
a) Identificación de las víctimas por repercusión 71
b) Régimen de responsabilidad aplicable a estos titulares 71
c) Tribunal competente y procedimiento 72
d) Prescripción de la acción 75
e) Aplicabilidad del art. 2330 del Código Civil: culpa de la víctima..... 76
3. Procedencia de la acumulación de acciones de herederos y de víctimas por repercusión 77
VI. Principales conclusiones..... 79

LAS TENDENCIAS EN DAÑO MORAL POR MUERTE O LESIÓN CORPORAL DE UN TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y LABORAL
María Sara Rodríguez Pinto
I. Definitiva admisibilidad del daño moral por lesiones o muerte en accidentes del trabajo 83
1. Fuentes que consagran esta admisibilidad.. 83
2. Naturaleza de esta responsabilidad y problemas de competencia 84
II. Tendencias en cuanto al contenido del daño moral..... 87
III. Incipiente desarrollo del daño corporal como categoría autónoma del daño moral..... 88
IV. Prueba y avaluación de daños en materia de accidentes del trabajo 90
1. El daño emergente se entiende indemnizado por las prestaciones del seguro obligatorio de la Ley N° 16.744..... 90
2. Se exige rigurosa prueba del lucro cesante. El quantum de la indemnización se limita al monto de los perjuicios acreditados..... 90

3. No se exige prueba del daño moral. El quantum de la indemnización se reserva a la discrecionalidad de los juzgadores..... 91
V. Factores de modificación y exoneración de la responsabilidad del empresario 92
1. La imprudencia de la víctima atenúa la responsabilidad, artículo 2330 92
2. El incumplimiento de la obligación de seguridad del empresario agrava su responsabilidad, hasta ser responsable de la culpa levísima en materia contractual..... 93
3. El finiquito no libera de responsabilidad al demandado 95
VI. ¿Tendencia a utilizar el daño moral como herramienta punitiva?..... 95
VII. Jurisprudencia citada 96
Corte Suprema 96
Cortes de Apelaciones..... 101

EL LUCRO CESANTE POR MUERTE O INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA: ASPECTOS RELEVANTES
Bruno Caprile Biermann
I. Introducción 103
II. La procedencia de la reparación del lucro cesante futuro..... 113
1. Lucro cesante futuro: certeza del daño versus juicio de probabilidad..... 113
1° La reparación del lucro cesante futuro ante la doctrina..... 115
2° La reparación del lucro cesante futuro ante la jurisprudencia..... 118
a) Los fallos que rechazan la reparación del lucro cesante futuro 119
b) Los fallos que acogen la reparación del lucro cesante futuro 128
2. La pérdida de la chance de una ganancia futura 132
III. El régimen 133
1. La avaluación 133
2. La prueba 143
IV. A modo de conclusión 145

LA CULPA DE LA VÍCTIMA EN LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO: DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS
Jorge Baraona González

I. Encuadramiento dogmático 147
1. Los deberes de protección del empleador: la seguridad en el trabajo 147
2. Su naturaleza: contractual o extracontractual 149
2.1. La naturaleza contractual de estos deberes 149
2.2. El carácter legal de estos deberes 151
3. El art. 69 de la Ley N° 16.744 151
4. El deber de dar protección a los trabajadores ¿es una obligación de medios o actividad o de resultado? 153

II. Las cuestiones que plantea la culpa o hecho de la víctima en los accidentes del trabajo 159
1. Sólo se estudia el comportamiento de la víctima de frente a la pretensión indemnizatoria 159
2. Precisión conceptual importante: víctima y perjudicado 159
3. Una aproximación general: los deberes de las partes 160
3.1. Deberes básicos del empleador 160
3.1.1. Los deberes del trabajador: obediencia, veracidad, lealtad. Un deber peculiar: la mitigación de daños 162
3.1.2. La culpa de la víctima como factor de atenuación o exoneración de responsabilidad 163
a) un hecho (comportamiento) activo imprudente de la víctima 164
b) comportamiento que debe tener la virtualidad de constituirse en causa exclusiva del daño 164
c) o alternativamente que el comportamiento de la víctima, sin ser causa exclusiva del daño, al menos concurra a producirlo 164
3.1.3. Elementos para detectar el hecho de la víctima en la responsabilidad por accidentes del trabajo 165

3.1.3.1. La cuestión causal 165
a) Imputación objetiva 165
b) Cambio de criterio: ¿una golondrina no hace verano? 167
3.1.3.2. La culpabilidad de la víctima 168
3.1.3.3. Estándar de culpa de que responde el empleador 170
c) Un caso extremo 172
3.2. La distribución de la responsabilidad cuando interviene el hecho o la culpa de la víctima en conjunto con la del empleador 174
III. Una mirada a la jurisprudencia chilena 175
1. Rebaja de la indemnización por una exposición imprudente de la víctima 175
a) La mezcladora de caucho usada como moledora de carne 175
b) No uso del arnés de seguridad en andamios 176
2. Exoneración por falta de culpa del demandado. ¿el albur judicial? 177
a) el volcamiento del tractor 177
b) la picadora de papeles 177
c) el muchacho que se ahoga intentando sacar una vaca del tranque 179
d) camionero imprudente 179
e) una caída de 9 metros 180
IV. Principales conclusiones 181

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
Marcelo Nasser Olea
I. Cobertura de la cláusula adicional patronal 183
II. La desafortunada referencia a la responsabilidad "extracontractual" contenida en la letra A número 1 de la cláusula adicional patronal 188
III. El problema de las exclusiones de la cláusula adicional patronal 190
IV. La necesidad de una sentencia ejecutoriada que determine la existencia de un accidente del trabajo 192

PRESENTACIÓN

Los días 17, 19 y 24 de noviembre de 2009 se llevó a cabo el X Seminario de Actualización en Derecho de Daños, organizado por el Departamento de Derecho Civil y Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Siguiendo con la tradición propia de los Seminarios de Actualización en Derecho de Daños se ofreció discusión y análisis sobre un tema relevante de responsabilidad civil. En esta oportunidad el tema elegido fue: "La responsabilidad del empresario en los accidentes del trabajo: modernas tendencias". El tema correspondía a la actualización del VI Seminario realizado por esta Facultad el año 2004. Los trabajos presentados en ese Seminario fueron posteriormente editados por Jorge Baraona González y Pedro Zelaya Etchegaray en el año 2005, dando lugar al título "La responsabilidad por accidentes del trabajo" (Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10. Universidad de los Andes, 2005).

Tal como se sostenía en aquella oportunidad, los accidentes del trabajo son una realidad dolorosa pero innegable. Esta realidad, cinco años después de la publicación del Cuaderno de Extensión Jurídica N° 10 continúa manifestándose en nuestra sociedad, con efectos dispares. Por ello, el Departamento de Derecho Civil y Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes estimó conveniente reexaminar el tema de los accidentes del trabajo y ponerlo al día de las reformas legales y los desarrollos jurisprudenciales del período.

Así, por ejemplo, podemos señalar que en estos años se ha consolidado la doctrina que ve en el artículo 69 de la Ley N° 16.744 una dualidad de regímenes de acciones civiles, según si acciona el trabajador o las demás víctimas. Si la acción la intenta el trabajador, debe dirigirse contra el empleador por la vía contractual en los Juzgados del Trabajo. En este caso, el procedimiento se sustanciará conforme a las reglas especiales de los procedimientos laborales. Cuando demandan las otras víctimas, la acción es extracontractual y se sigue ante los Juzgados de Letras con jurisdicción en lo civil, cuya tramitación se rige por las reglas del procedimiento ordinario.

Destacamos la colaboración del profesor Ramón Domínguez Águila, que efectuó un profundo análisis de la evolución histórica y del esquema regulatorio actual de la responsabilidad civil derivada de los accidentes del trabajo. En su exposición nos explica cómo el sistema de protección instituido en Chile es uno de los más favorables al trabajador, incluso más que los de aquellos países que cuentan con una larga tradición jurídica y sistemas sofisticados de protección social.

Es sabido que la Ley N° 16.744 de 1968 de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales consagra un doble sistema de reparación. Por una parte, la Ley recoge los principios de la seguridad social. Por otra, mantiene para los interesados una acción complementaria de reparación civil que es desconocida en otros países. La acción de reparación establecida en el artículo 69 de la Ley N° 16.744 de 1968 consagra una acción responsabilidad civil en beneficio de las víctimas. Para el profesor Domínguez esta acción satisface plenamente el principio de reparación integral del daño; y junto con ello tuvo el mérito histórico de reconocer expresamente la reparación del daño moral.

Respecto de la naturaleza de la indemnización debida, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo, el profesor Domínguez considera que si la acción la intenta el trabajador el régimen es contractual (salvo en la prescripción); en cambio, si la acción la ejercen las víctimas por repercusión se siguen las normas extracontractuales. Si el mismo trabajador intenta la acción, el régimen es subjetivo; es decir, se configura por culpa o dolo del autor del daño. Sin embargo, la jurisprudencia tiende a obviar esta dificultad atribuyendo responsabilidad estricta al empresario por medio de la noción de obligación implícita de seguridad, *que aparece en el artículo 182 del Código del Trabajo. Con la modificación de la Ley N° 20.123 de 2006 esta noción se hace extensiva a todos los trabajadores, sean contratistas o subcontratistas (artículo 183-E Código del Trabajo). El autor llega a la conclusión que la objetivización se ha producido elevando la responsabilidad del empleador a culpa levísima, lo que deja entrever la idea de que el trabajador merece una protección especial al estar sujeto a un deber propio de seguridad. En las últimas páginas de su trabajo el profesor Domínguez critica la dualidad de regímenes a que están sujetos el trabajador y otras víctimas, abogando por la unificación del sistema, ya que no existiría inconve-*

niente dogmático para que el tercero funde su acción en el incumplimiento contractual.

El profesor de Derecho del Trabajo de esta Facultad Alfredo Sierra Herrero expuso el tema de la responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales poniendo énfasis en un enfoque jurisprudencial. En su exposición, el profesor Sierra hace una distinción entre las enfermedades profesionales y los accidentes del trabajo, que resulta muy clarificadora para entender la procedencia y calificación del daño moral en cada caso particular. En efecto, en los accidentes del trabajo sólo sería necesario verificar que éste se produzca "a causa o con ocasión del trabajo" (artículo 5° Código del Trabajo). Si se trata de una enfermedad profesional basta que ésta se origine de "una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo" (artículo 7° Código del Trabajo). Para exigir el daño moral es necesario comprobar una conducta culposa o dolosa de la empresa (artículo 69 Ley N° 16.744).

El autor explica que los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales poseen una regulación legal casi idéntica, pero la jurisprudencia de los tribunales los diferencia claramente. En este sentido, la responsabilidad derivada de los accidentes del trabajo en que la víctima pide indemnización del daño moral es, en la práctica de los tribunales, objetivada *por los fallos judiciales, que elevan la obligación de seguridad a categoría de obligación de resultado. En cambio, la responsabilidad derivada de enfermedades profesionales continúa siendo muy difícil de configurar judicialmente, pues los tribunales la mantienen en el terreno de la responsabilidad subjetiva, imputable a culpa o dolo del empleador.*

El profesor Sierra explica, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, que las enfermedades profesionales producen una serie de otras consecuencias. Por ejemplo, el cambio de lugar de trabajo a otras faenas donde los trabajadores no estén expuestos al agente causante de la enfermedad (artículo 71 Ley N° 16.774), que se conoce como el derecho a la reubicación del trabajador. La segunda consecuencia es que por medio de la enfermedad profesional el trabajador puede poner término a su contrato de trabajo utilizando la figura del "despido indirecto" (artículo 171 Código del Trabajo). El despido indirecto lo facultaría para obtener la indemnización por años de servicio, más el recargo del 50%, la indemnización sustitutiva del aviso previo y la correspondiente a la vulneración de derechos fundamentales

en el procedimiento de tutela laboral (artículo 489 Código del Trabajo).

En esta ocasión, el profesor Hernán Corral desarrolla el tema de la concurrencia de acciones en los daños causados por accidentes del trabajo. El profesor Corral, partidario de favorecer el cúmulo de opción, afirma que el cúmulo de acciones se da sólo en el supuesto del trabajador demandante. Sin embargo, el autor aprecia que en la práctica no existe interés del trabajador por recurrir a la responsabilidad extracontractual, salvo si busca el resarcimiento de los daños no previstos (por la limitación del artículo 1558 del Código Civil). Pero en este último supuesto ocurre que la jurisprudencia ha neutralizado esta ventaja al entender que siempre el daño causado por el accidente era previsible a la época del contrato.

Respecto de la supuesta concurrencia de acciones entre legitimados pasivos, es decir, cuando concurren el contratista y el dueño de la obra, el profesor Corral opina que aunque se haya permitido la figura bajo el imperio del antiguo artículo 64 del Código del Trabajo, con la entrada en vigor del artículo 183, letras B y E, del Código del Trabajo queda claro que la responsabilidad de la empresa principal respecto de los trabajadores del subcontratista es autónoma y por culpa propia, que deriva del incumplimiento de una obligación legal. Así, no habría cúmulo contra el empleador responsable y la empresa principal. Si se trata de la concurrencia de acciones entre legitimados activos (trabajador y víctimas por repercusión), este autor excluye el cúmulo de acciones, ya que a las víctimas por rebote les corresponde demandar únicamente en sede civil.

Al finalizar su exposición el profesor Corral hace una interesante distinción entre los herederos iure hereditatis *e* iure proprio. *A los herederos* iure hereditatis *no les son aplicables ni las reglas ni el procedimiento contemplado en el Código del Trabajo. En este punto, el profesor Corral aboga por la intransmisibilidad del daño moral sufrido por el trabajador, sea el que se causa por la muerte instantánea o el que se genera al trabajador que luego muere. Si los herederos actúan* iure proprio, *pese a que estos herederos continúan con la personalidad del causante y su reparación se rige por el estatuto extracontractual. Para clarificar esta situación el profesor Corral pone un ejemplo de la jurisprudencia: si los herederos firman un acuerdo recibiendo una cantidad de dinero como reparación por el accidente, aunque se le denomine finiquito, no se rige por las normas laborales.*

La profesora María Sara Rodríguez trabajó en la actualización del estudio del profesor Corral, publicado en el Cuaderno de Extensión Jurídica N° 10 de 2005 sobre el daño moral por lesiones corporales y muerte en el ámbito de los accidentes del trabajo. La profesora Rodríguez nos muestra la forma en que la jurisprudencia ha ido consolidando ciertas tendencias al punto de elevarlas a la categoría de doctrina judicial. Una de estas doctrinas judiciales se manifiesta en la acción del trabajador. Si demanda el trabajador esta acción se rige por el estatuto de la responsabilidad contractual, y la acción de las víctimas por rebote se rige por las prescripciones del derecho común. Más o menos a partir del año 2005 las acciones erróneamente deducidas en otra sede comienzan a rechazarse sistemáticamente por falta de competencia, especialmente en sede laboral.

Con respecto al daño moral, la profesora Rodríguez explica que la jurisprudencia ha consolidado la admisibilidad del daño moral en caso de lesiones o muerte en los accidentes del trabajo. Dentro de las categorías del daño moral, se aprecia la tendencia a considerar daño moral: 1) el detrimento, lesión, menoscabo, que se conoce como pretium doloris *(precio del dolor); 2) la lesión a los derechos inherentes de la personalidad; 3) la lesión de cualquier interés legítimo; 4) el perjuicio estético y la pérdida del agrado de vivir. Además, esta autora nos comenta el desarrollo de una interesante línea jurisprudencial tendente a estimar que el daño corporal sería una categoría autónoma del daño moral.*

A juicio de la profesora Rodríguez la avaluación del daño moral continúa en el terreno de la más amplia discreción judicial. Los tribunales no exigen prueba ni sobre la especie ni sobre la cuantía del daño moral. Incluso más, se vislumbra una tendencia a utilizar el daño moral como una herramienta punitiva, mediante la generosa invocación del principio de "reparación integral del daño". Y en general, respecto del sistema de responsabilidad, se ha consolidado la idea de entender que la obligación de seguridad es una obligación de resultado. El finiquito no libera de responsabilidad al empleador.

Desde la perspectiva del lucro cesante, el profesor Bruno Caprile analiza el tema del lucro cesante por muerte o incapacidad del trabajador en la jurisprudencia. En este trabajo el profesor Caprile estudia con precisión el tema del lucro cesante futuro, esto es, el posterior a la sentencia que se dicte en el juicio de responsabilidad civil. Por ejemplo,

conceder una indemnización al trabajador tomando en consideración la edad de jubilación o su capacidad productiva. A diferencia de lo que ocurre con el lucro cesante pasado, que se manifiesta en los daños sufridos hasta la dictación de la sentencia.

El profesor Caprile nos informa que los fallos que acogen la reparación del lucro cesante futuro de alguna manera diluyen la exigencia de la certeza del daño al acoger un juicio de probabilidad para determinar el monto de la indemnización. Esta dificultad puede ser superada demandado subsidiariamente otra categoría distinta al lucro cesante futuro: por pérdida de chance de una ganancia futura. Además, el profesor Caprile examina una serie de parámetros que tienen por finalidad determinar el quantum *de la indemnización. Uno de los métodos más usados consiste en la multiplicación del monto de los ingresos al momento del accidente por el tiempo que resta de vida laboral útil, conocido como el sistema multiplicado o lineal, que a juicio del profesor Caprile es absolutamente insuficiente y muy precario. También considera el método de capital rentable, amortizable o matemático financiero, el método concreto y la multiplicación de los métodos. Sobre este punto, el profesor Caprile aboga por utilización de métodos combinados.*

Continuando con las exposiciones de este Seminario, el profesor y Decano de esta Facultad, don Jorge Baraona González, volvió sobre el tema del hecho o culpa de la víctima en los accidentes del trabajo, ya tratado en el Cuaderno de Extensión Jurídica N° 10 de 2005. El profesor Baraona realizó una acuciosa labor de actualización de la jurisprudencia existente desde 2005 en adelante y repasó los criterios dogmáticos que hay que tener en cuenta para configurar la causal de hecho o culpa de la víctima como eximente o atenuante de responsabilidad civil. En esta ocasión, el articulista examina con detención el tema de la aplicabilidad del artículo 2330 del Código Civil a las normas de la responsabilidad contractual. Esto implica que desde la perspectiva de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se trasladaría una norma de la responsabilidad extracontractual a la contractual en beneficio del trabajador. Así, si demanda el trabajador en los Juzgados del Trabajo, la tendencia jurisprudencial sería excluir la citada norma por ser parte de la responsabilidad extracontractual, lo que es criticado por el profesor Baraona. Su argumento estriba en consideraciones generales, toda vez que la eximente o atenuante del artículo 2330 del Código Civil se basa en un

principio general y no en un estatuto de la responsabilidad en particular. Desde un ámbito más general, el autor reconoce que existe una dualidad entre las acciones del trabajador y de las demás víctimas. Sin embargo de lege ferenda *propugna una unificación de ambos estatutos, en el mismo sentido que lo propuso el profesor Domínguez Águila. De otra forma habría una discriminación entre las víctimas.*

La última intervención del Seminario de Actualización de Derecho de Daños estuvo a cargo del profesor Marcelo Nasser, que examino el tema del seguro de responsabilidad civil del empresario por daños a los trabajadores a causa de un accidente del trabajo, y muy especialmente la cláusula de responsabilidad civil patronal. Esta cláusula supone la cobertura de los riesgos del empleador en la eventualidad de ser condenado por un tribunal a indemnizar un accidente del trabajo. Esta cláusula contiene lo que él denomina "riesgo indemnizatorio", esto es, el riesgo eventual de ser condenado. Junto con esto, la cláusula además asegura la cobertura de la defensa judicial, que contempla los honorarios profesionales de los abogados y demás personas que participen en la defensa del asegurado. Así, el profesor Nasser nos informa la utilidad y conveniencia de incluir la cláusula de responsabilidad civil patronal en los seguros de responsabilidad civil.

La cláusula de responsabilidad civil patronal sólo opera a posteriori, *lo que significa la dictación de una sentencia condenatoria contra el empleador por accidentes del trabajo. Esta cláusula técnicamente no cubre los daños ocasionados al trabajador, sino que el perjuicio que ese hecho le puede acarrear al empleador. En este caso el riesgo se configura por la eventualidad de ser demandado. Asimismo, el interesante estudio del profesor Nasser nos muestra las principales limitaciones que contiene la cláusula. Por ejemplo, que no cubre las enfermedades profesionales sino estrictamente los accidentes del trabajo que se producen en el recinto del trabajo. Además el autor nos sugiere una serie de modificaciones a la cláusula más acordes con las modificaciones que han sufrido las leyes laborales. Esto se manifiesta en la necesidad de reformar la referencia a la responsabilidad "extracontractual" y "la relación laboral".*

Pensamos que la actualización del tema de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales constituye un tema de gran interés y relevancia práctica. La reedición del Cuaderno de Extensión N° 10 será, por tanto, un aporte para abogados y jueces. Gracias a las actualizaciones de los

trabajos anteriores y las nuevas colaboraciones de los autores que participaron en el Seminario de 2009, este Cuaderno será una guía de utilidad en el estudio de la responsabilidad civil derivada de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

María Sara Rodríguez Pinto
Francisca Barrientos Camus
Editoras

Santiago, 7 de octubre de 2010

LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO. HISTORIA Y VISIÓN GENERAL DE SU RÉGIMEN ACTUAL

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Doctor en Derecho
Universidad de Toulouse
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción y
Universidad del Desarrollo

I. INTRODUCCIÓN

Las acciones por accidentes del trabajo forman parte importante de lo contencioso actual en los tribunales, en especial en los últimos años. De examinarse los ingresos tanto en tribunales laborales cuanto en tribunales del fuero civil podría pensarse que no existe en el país un sistema protector de los trabajadores, porque en otros países no se da esa conflictividad.

Sin embargo, un atento examen del sistema imperante en la materia revelará que ello no es así y que, por el contrario, el régimen legal aplicable a los accidentes del trabajo ha evolucionado en el curso del siglo XX hasta llegar a un sistema que es de los más favorables que puedan darse, si se le compara con otros existentes incluso en países de mayor tradición jurídica.

En efecto, esa evolución muestra que desde un régimen inicial de culpa probada hemos llegado a un doble sistema de reparación, que por una parte recoge los principios de la seguridad social y, por otra, mantiene para los interesados una acción complementaria de reparación que es desconocida en otros países.

II. Primera etapa de la evolución: hacia una responsabilidad objetiva por riesgo[1]

Hasta los primeros años del siglo XX y luego de dictado el Código Civil, los accidentes del trabajo no tienen un régimen legal distinto al de cualquier hecho dañoso regido por la norma común. Los repertorios jurisprudenciales dan cuenta de la existencia de numerosos accidentes, especialmente en la zona salitrera. Son frecuentes las sentencias que se pronuncian sobre acciones de trabajadores o de causahabientes por accidentes ocurridos en esos establecimientos industriales, como también en trabajos portuarios. Pero en esos casos se aplican las normas del Código Civil relativas a delitos y cuasidelitos, es decir, las del Título XXXV del Libro IV, sin entrar en debates sobre la naturaleza de la relación laboral que pasa desapercibida, bastando la existencia de un daño causado por culpa ajena. No hay, desde luego, ninguna cuestión sobre la distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual según quien sea el actor, distinción que, por lo demás, sólo ha venido a plantear problemas en materia de accidentes del trabajo en los últimos años, a pesar de las copiosas páginas que las obras dedican a la cuestión del cúmulo u opción de responsabilidades.

Así, ya en el año 1906 se hace responsable del daño sufrido por un trabajador que en la operación de descarga recibe el golpe de una "lingada" de carbón de mayor número de sacos que lo acostumbrado al caer sobre una lancha en que trabajaba por cortarse el cable que sostenía la carga y que estaba en mal estado ya advertido por otros trabajadores, aplicándose la responsabilidad por el hecho ajeno[2]. Se resuelve que importa negligencia de parte del dueño de una salitrera o de su administrador el hecho de permitir o no impedir que los trabajadores transiten al lado de los cachuchos de salitre hirviendo, cuando no están defendidos por rejas protectoras y así son responsables del daño causado a la madre de un trabajador que muere por las quemaduras que recibe al caer en uno de esos cachuchos, estableciendo así, sin decirlo, ya una obligación de seguridad implícita, en tiempos que la teoría de tales obligaciones ni siquiera se diseñaba[3], y un atisbo de daño moral cuando de éste nada se sabía. Otro tanto resulta de la sentencia que establece la responsabilidad cuasidelictual para la empresa naviera que mantiene a bordo aparatos para carga y descarga que no ofrecen seguridad para sus operarios[4].

---

1 Una pormenorizada exposición de la historia del sistema de responsabilidad por accidentes del trabajo se encuentra en el trabajo del profesor José Luis Diez Schwerter, "Responsabilidad Civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile: evolución, funcionamiento y propuestas de racionalización (primera parte)", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 223-224 (2008), págs. 251 y sgts.

2 Corte Tacna. 31 diciembre 1904, *Rev. de Der.*, t. 3, sec. 2, pág. 109.

3 Corte Suprema. 10 de octubre 1906, *Rev. de Der.*, t. 2, sec. 1ª., pág. 412.

4 Corte Tacna. 4 septiembre 1905, *Rev. de Der.*, t. 4, sec. 2ª. pág. 8.

O de aquella otra que hace responsable a la empresa ferroviaria por el hecho de sus descendientes que atropellan a uno de los trabajadores al no anunciar la locomotora su aproximación haciendo sonar su campana[5]. Y otras sentencias podrían citarse en el mismo sentido.

No porque no existan normas especiales para los accidentes del trabajo deja de existir la preocupación doctrinaria por ellos y es así como la Revista de Derecho y Jurisprudencia publica en su tomo IV un artículo sobre: "Jurisprudencia Civil. Ley de Accidentes del Trabajo", de P. Gonzáles del Alba sobre la ley española de 30 de enero de 1900, que resulta toda una novedad para su tiempo en nuestro país. Incluso se elaboran algunos trabajos de memorias sobre los accidentes del trabajo[6].

Se aplican, a falta de normas especiales, las normas del Código Civil sobre cuasidelitos, como si fuera el estatuto común de la responsabilidad, sin que nadie pensara en ese entonces que lo fuera la responsabilidad contractual o que ésta debiera aplicarse si había relación contractual entre la víctima y el empleador responsable.

Pero empiezan a diseñarse ya ideas sobre una futura legislación en la materia, denunciándose como una profunda desigualdad la necesidad del trabajador de tener que probar la culpa del empleador para obtener una indemnización[7].

Es así que se presentan al menos tres proyectos de ley sobre la materia, uno de 1904 del diputado Alejandro Huneeus, de 1907 del diputado Bonifacio Veas y de 1909 del diputado Alfredo Barros Errázuriz que, de un modo u otro, seguían legislaciones que ya se habían adoptado en países europeos.

Fue este último proyecto, el del diputado Errázuriz, el que se convirtió en ley que fue la primera existente en el país sobre el punto, la Ley N° 3.170 de 30 de diciembre de 1916. En ella se define como accidente del trabajo "toda lesión corporal sufrida por el obrero o empleado por el hecho o con ocasión directa del trabajo que ejecuta, proveniente de la acción repentina y violenta de una causa externa a la víctima y que le hubiere producido incapacidad para el trabajo" (art. 2 inc. final). En ella se adopta la tesis entonces de moda en la materia propulsada en Francia por Saleilles y más tarde Josserand de la responsabilidad por riesgo.

Claro está que la cobertura no era total. Desde luego debían excluirse los accidentes debidos a fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo que el obrero o empleado ejecute y los provenientes de delito

5 Corte Tacna. 27 octubre 1906, *Rev. de Der.*, , t. 3, sec. 2ª. pág. 93.

6 Así, la de don Luis Malaquías Concha sobre la dictación de un Código del Trabajo i de la previsión social, Santiago, 1907, que trata de ellos; la de Z. Polle Jorje, sobre *Accidentes del Trabajo*, U. de Chile 1906; A. Urzúa U., *Los accidentes del trabajo*, Universidad de Chile 1907; Alfredo Riesco Riesco, *Contribución al estudio sobre los accidentes del trabajo*, U. de Chile, Santiago 1910.

7 Víctor Celis M., "Algunas consideraciones sobre legislación social en materia de accidentes del trabajo", en *Rev. de Der.*, t. 14, primera parte, pág. 31.

o culpa grave imputables a la víctima o a un extraño. Pero la prueba de ellas correspondía al patrono. Las prestaciones eran de asistencia médica, "botica" y "entierro" y pensiones frente a situaciones de incapacidad temporal permanente ya sea parcial o total, y entre los beneficiarios, además del trabajador, se incluía al cónyuge sobreviviente y cuestión curiosa para su época a los hijos, fueran legítimos, naturales o ilegítimos ya reconocidos. Se excluían las enfermedades profesionales que no se consideraban dentro de la idea de accidentes del trabajo. Pero se permitía cumplir las obligaciones del patrono por medio de asociación mutua o sociedad chilena de seguro de acuerdo al reglamento respectivo y las indemnizaciones que pagaran ellas servirían de abono a las que decretara el juez si fueren menores (art. 11). Se contenía una responsabilidad estricta y tarifada para el resarcimiento de los daños, en cuanto no permitía obtener, en principio, más indemnizaciones o prestaciones que las que figuraban en la ley, sin derecho a perseguir otras indemnizaciones (art. 15 inc. 2), con lo que se impedía todo recurso al derecho común para obtener indemnizaciones suplementarias, salvo el caso de que se probara al empleador culpa grave, en la cual podía el trabajador optar por el derecho común abandonando los derechos que le confería la ley, aunque fueron pocos los casos en que ello ocurrió efectivamente. Como dijo un autor que comentó la ley, ésta ofrecía dos caminos para conseguir el pago: "uno fácil y seguro y el otro largo y costoso y de resultado problemático"[8].

También se podía ocurrir al derecho común si el accidente se debía a culpa de un tercero, en cuyo caso la acción tanto del trabajador como de sus causahabientes enumerados en la ley podían dirigir su acción para la plena indemnización conforme al derecho común, y si había sentencia en su contra quedaba liberado el patrón de su obligación de reparación (art. 15 cinc. 3).

Una circular del ministro Enrique Zañartu, de 27 de junio de 1917, por la que se remiten a diversos funcionarios ejemplares del Reglamento para aplicación de la ley, señala los propósitos de la misma. El ministro se centra en recordar que hasta entonces los accidentes del trabajo se regían por las reglas generales del Código Civil y que tal sistema era muy desventajoso para el trabajador. "En efecto, la esperiencia demuestra que, de una manera invariable, el reconocimiento de este derecho y el pago de la indemnización correspondiente, quedan en la práctica subordinados a las continjencias de un juicio ordinario, largo, costoso y difícil, en el cual la víctima necesita además, para obtener sentencia favorable, demostrar plenamente la culpabilidad del patrono; y como la prueba judicial de esta culpabilidad, no sólo es difícil, sino casi imposible en la mayoría de los casos, el resultado inevitable es que el obrero sufre la incapacidad o la muerte, sin que la industria contribuya de modo alguno a reparar las

[8] Alba F., Carlos, ob. cit. pág. 12.

consecuencias económicas de los accidentes y a aliviar la miseria de las víctimas y de sus familias". Agregaba el señor Zañartu que las estadísticas demuestran que sólo diez de cada cien accidentes del trabajo se producen por culpa del patrono. Para remediar esa situación la nueva ley se funda en la idea de riesgo profesional, abandonando la de culpa probada.

La jurisprudencia tuvo ocasión numerosa de aplicar esa ley y suscitó una preocupación doctrinaria, publicándose incluso en 1917 una obra dirigida por E. Frías Collao con el título "Legislación sobre Accidentes del Trabajo".

Era un primer paso, pero incompleto. Desde luego, tanto la Cámara como el Senado rechazaron la idea de un seguro obligatorio "porque exige una organización social y administrativa especial", dijo la Comisión de Legislación y Justicia, y porque, se señaló en otra comisión, "sólo puede aplicarse en naciones donde el desarrollo de la civilización ha organizado a la clase obrera en condiciones serias y estables y donde tiende a normalizarse la organización industrial"[9]. En la recordada circular del Ministro señor Zañartu se indica que el seguro contra accidentes del trabajo constituye el complemento lógico e indispensable de todo régimen basado en la idea de riesgo profesional y que además protege a pequeños empresarios "para quienes un solo accidente puede ser causa de la ruina de su empresa o industria". Pero agrega que la ley se apartaba de la exigencia del seguro obligatorio y optaba por desarrollar el seguro libre y facultativo "y particularmente del seguro mutuo patronal que, sin duda, es el que mejor se adapta a la peculiar naturaleza y condiciones del nuevo régimen legal".

Por otra parte, la ley estableció un sistema procesal de denuncias de accidentes ante jueces de subdelegación para levantar las pruebas y hechos del caso y luego una acción de indemnización sujeta al procedimiento sumario, gozando el trabajador del privilegio de pobreza y la posibilidad de una pensión provisional durante la secuela del juicio (art. 75).

La ley tuvo vigencia hasta el 8 de septiembre de 1924, en que se dicta la Ley N° 4.055 que introduce importantes innovaciones al sistema de accidentes del trabajo.

Desde luego, mantiene la idea de responsabilidad por riesgo profesional; pero abarca también las enfermedades profesionales, es decir ,"las causadas de una manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realice el obrero o empleado y que le produzca incapacidad" (art. 3).

No cabe duda que se consagraba una responsabilidad objetiva, pues para nada debía considerarse la culpa o dolo del empleador y sólo se excluían "los accidentes debidos a fuerza mayor extraña y sin relación con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima" (art. 2). Cubría la responsabilidad el pago de prestaciones económicas que

9 Frías Collao, ob. cit. pág. 210.

allí se prefijaban, la asistencia médica, la "botica" y los funerales, pero además indemnizaciones según las situaciones de incapacidad laboral o muerte debiendo iniciarse un procedimiento judicial que la misma ley reglamentaba.

Una regla de interés, porque inicia la tradición que se ha mantenido en la materia, es aquella de que "la responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario".

Otra regla esencial era aquella según la cual "sin perjuicio de la responsabilidad del patrono, la víctima del accidente o los que tengan derecho a indemnización podrán reclamar de terceros causantes del accidente, la indemnización total del daño sufrido por ellos con arreglo a las prescripciones del derecho común" (inc. 1).

La indemnización obtenida conforme a la acción de derecho común liberaba al patrón de su responsabilidad en la parte cubierta por el tercero. Además la acción contra el tercero responsable podía ser ejercida por el patrono a su costa y a nombre de la víctima o de quienes tenían derecho a indemnización si éstos no la ejercieren dentro de los noventa días contados desde el accidente. Y aun se dejaba a salvo la acción de derecho común por cualquier otro daño no cubierto.

Sin embargo, la ley no había previsto el caso en que el patrón hubiere obrado con dolo o culpa. ¿Podía ser demandado conforme al derecho común de la responsabilidad? Como la ley nada decía, cuando la cuestión se planteó a los tribunales, la respuesta fue diversa según las sentencias. Más aún si la cuestión había sido objeto de discusión en el Parlamento y se había desestimado una propuesta de incluir la posibilidad de una acción de derecho común en ese supuesto[10].

En 1931 se dicta el DFL N° 178 de 28 de mayo de ese año que fue lo que se llamó Código del Trabajo que refundió e incorporó en materia de accidentes del trabajo la Ley N° 4.055, salvo su título III. Pero esa incorporación no fue automática y hay algunas diferencias.

Trata de los Accidentes del Trabajo el Título I del Libro II. Y allí ya se encuentra establecido el deber de protección que pesa sobre el empresario para proteger eficazmente la vida y salud de sus obreros y empleados. En suma, la misma regla del actual art. 184 del Código del Trabajo. Obliga a tomar medidas de higiene y seguridad y disponer de elementos para prestar en caso de accidentes una adecuada atención médica y farmacéutica (ya no se habla de botica). El Título II trata directamente de los accidentes del trabajo. Entre las normas que los regulan, se contiene la responsabilidad objetiva del patrón o empleador. "Exceptúanse los

[10] Se trataba de la propuesta del diputado Ramírez Frías en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de 25 de agosto de 1920.

accidentes debidos a fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo, y los producidos intencionalmente por la víctima". La prueba de esas excepciones incumbe al empleador. Pero además ello no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o explotación industrial (art. 256). Pero no hay responsabilidad de subcontratistas o subempresarios con menos de tres obreros al momento del accidente, subsistiendo la responsabilidad del empresario o propietario según el caso (art. 257). También hay responsabilidad por las enfermedades causadas de una manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que realice el obrero o empleado y que le produzca incapacidad, regulándose las indemnizaciones por enfermedades profesionales por las mismas normas que las de los accidentes del trabajo.

Se reproduce la responsabilidad conforme al derecho común de los terceros responsables, es decir, la misma norma de la ley precedente.

El sistema incluye prestar al trabajador asistencia médica y primeros auxilios, reembolso de productos farmacéuticos y hospitalización (art. 266). Se incluye una clasificación de los accidentes según sus resultados e incapacidad que producen. Y se tarifan las indemnizaciones estableciéndose el pago de tiempo de remuneraciones según la incapacidad. Pero en caso de muerte se confiere una acción a la cónyuge sobreviviente para obtener una renta vitalicia del 30% del salario anual de la víctima y los hijos menores de 16 años, sean legítimos o ilegítimos, hasta que cumplan esa edad tienen derecho a una pensión igual al 40% del salario anual si hubiere cónyuge con derecho a renta vitalicia y del 60% en caso contrario (arts. 286, 287 y 288). A falta de hijos se da una pensión menor a los ascendientes y descendientes legítimos o ilegítimos que a la fecha del accidente vivían a expensas del accidentado fallecido y también en caso de falta de ellos, quienes vivían a expensas del accidentado.

Las obligaciones impuestas por ese título quedaban cumplidas por los patrones, mientras se instituyere un seguro obligatorio asegurando el riesgo profesional en instituciones autorizadas legalmente para ese fin (art. 294). Ese seguro obligatorio general no se creó nunca bajo la vigencia de ese sistema de reparación, hasta la dictación de la Ley Nº 16.744 de 1968.

Pero la responsabilidad conforme al derecho común quedaba más restringida que la ley precedente pues sólo se concedía frente a terceros responsables (art. 260).

El sistema no era completo porque no había acción concedida por otros daños o indemnización completa conforme al derecho común y la jurisprudencia, un tiempo vacilante, terminó por establecer que el único sistema de reparación era el previsto en el Código, de forma que aunque el accidente se produjere por culpa o dolo del empleador no había acción complementaria.

Tal era el sistema de reparación de los accidentes del trabajo subsistente hasta 1968.

III. El sistema actual. Visión general

Es la Ley N° 16.744 de 1 de febrero de 1968 la que rige el sistema de accidentes del trabajo.

Pero el sistema actual en su examen resulta diverso, según se examinen los textos o se le aprecie en el hecho jurisprudencial. En efecto, en pocos ámbitos como éste se da la transformación de la regla legal por vía jurisprudencial, según observaremos y se hace muy real el conocido brocardo según el cual "la ley reina pero la jurisprudencia gobierna".

Deberemos pues distinguir el sistema legal y su aplicación práctica, para dar cuenta somera del sistema vigente en esta materia.

1. El sistema legal

En la Ley N° 16.744 de 1968 se contiene, como en ningún otro ámbito y seguramente antes que en otro, la plena consagración del principio de reparación integral del daño.

En efecto, por una parte la ley contiene un sistema de seguridad social para las prestaciones por accidentes del trabajo y, por otra, un sistema de responsabilidad para los daños no cubiertos por el primero.

a. En lo que concierne al sistema de seguridad social, se constituye en base a un seguro obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (que ya venía establecido en la Ley N° 10.383 que creaba el Servicio de Seguro Social hoy refundido en el INP) con amplia cobertura ya que comprende a los trabajadores por cuenta ajena cualquiera sea el tipo de labores que ejecuten, manuales o intelectuales y cualquiera sea la naturaleza de la empresa en que trabajen, incluyendo al servicio doméstico y a los aprendices (art. 2 N° 1); pero también a los funcionarios de la administración civil del Estado, municipalidades e instituciones descentralizadas del Estado, los estudiantes que desempeñen trabajos que signifiquen ingresos para el plantel respectivo, los trabajadores independientes y trabajadores familiares (art. 2). Se comprenden también los estudiantes por los accidentes que sufran con ocasión de sus estudios o en su práctica educacional (art. 3).

Para los efectos de la ley, se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte, los ocurridos en el trayecto de ida o de regreso de las labores, los sufridos por los dirigentes sindicales con ocasión del desempeño de sus funciones, excluyéndose solamente los accidentes debidos a fuerza mayor extraña sin relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima, correspondiendo la prueba de las excepciones al organismo administrador.

Es que el seguro está a cargo de organismos administradores que son, según el texto de la ley, el Servicio de Seguro Social, el Servicio Nacional

de Salud, las Cajas de Previsión (hoy desaparecidas) y las Mutualidades de Empleadores, sin fines de lucro. Se financia por cotizaciones de los empleadores y otros ingresos como multas que apliquen los organismos administradores (art. 15).

Las prestaciones son pensiones e indemnizaciones. Las prestaciones dependen de la gravedad del resultado del accidente, el que se clasifica en cinco categorías que van desde los que produzcan invalidez temporal a la muerte. Hay prestaciones médicas que incluyen la hospitalización y los medicamentos, prestaciones por incapacidad consistentes en un subsidio al trabajador, a menos que éste se niegue a seguir el tratamiento o impide su curación; prestaciones por invalidez para quienes sufran disminución de su capacidad de ganancia entre un 15% y un 70% y, por último, prestaciones por supervivencia en caso de muerte para el cónyuge, sus hijos, incluyendo a los adoptivos (ya ley no distinguía entre las diversas filiaciones mucho antes que el Código Civil fuera modificado al respecto), los ascendientes o demás descendientes que causen asignación familiar y que consisten en pensiones vitalicias para el cónyuge y aun la madre de los hijos de filiación no matrimonial, pensiones para los hijos que estudien y hasta los 24 años. Pero son incompatibles con las prestaciones y pensiones de los organismos de previsión y los beneficiarios pueden optar entre ellas.

La ley contiene todo un sistema de evaluación, revisión y revaluación de las incapacidades y normas sobre prevención de los riesgos profesionales.

No parece importante, en esta visión general, retrazar en detalle las prestaciones y pensiones que se fijan y los requisitos para obtenerlas. Lo que interesa es que se trata de prestaciones económicas que se hacen al trabajador lesionado o que es víctima de una enfermedad profesional por el hecho de serlo, sin proceso judicial y sin atender a ningún elemento subjetivo de atribución de la carga de reparación. No se trata entonces de un sistema de responsabilidad civil, sino de uno de seguridad social[11], ya que pesa la obligación de pago de las reparaciones sobre el sistema de seguros y en especial la entidad administradora y no sobre el autor del daño. Por otra parte, no se pretende con esas prestaciones obedecer al principio de reparación integral del daño, sino cumplir con los fines de supervivencia propios a un sistema de seguridad social.

b. Pues bien, como esas prestaciones y pensiones no reparan todo el daño causado, junto al sistema de seguridad social la ley establece en el art. 69 un sistema ahora de responsabilidad civil. El conocido art. 69 manda que si el accidente o enfermedad se debe a culpa o dolo de la

[11] Para la diferencia entre ambos conceptos, véase Ramón Domínguez Águila, "Responsabilidad Civil y Seguridad Social", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, N° 10, Santiago, 2005, pág. 23 y sgts., esp. pág. 35.

entidad empleadora o de un tercero, además de las acciones penales que procedan, por una parte el organismo administrador tiene derecho a repetir las prestaciones que ha pagado contra el autor del accidente; pero por otro lado, y es la regla más importante, "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" (letra b).

Se trata entonces de una acción complementaria que satisface, ahora sí, el principio de reparación integral y tuvo el mérito, en su tiempo, de consagrar legalmente la reparación del daño moral en una materia que puede estar regulada por el contrato.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DESDE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

El art. 69 letra b) ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia que diseña un régimen actual de la responsabilidad por accidentes del trabajo que aparece bastante más complejo de lo que resulta del simple entendimiento literal de la norma.

Desde luego, esa norma se ve complementada por lo prevenido en el art. 420 del Código del Trabajo, de acuerdo al cual son de la competencia de los juzgados del Trabajo letra f) "Los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° 16.744".

De aquí ha resultado un sistema que queremos delinear en las siguientes conclusiones: en materia de accidentes del trabajo, la Ley N° 16.744 manda dirigirse al derecho común para reglar la acción indemnizatoria de responsabilidad civil complementaria al sistema de seguridad social. Pero ese derecho común no es el mismo según quien deduzca la respectiva indemnización. En efecto, ante la existencia de dos regímenes reparatorios en nuestro derecho común, como son el contractual y el extracontractual que mantienen sustanciales diferencias, la regla del art. 420 del Código del Trabajo ha permitido ya claramente desde tres sentencias sucesivas de la Corte Suprema el año 2003[12], no contradichas más tarde, distinguir entre la acción intentada por la propia víctima directa del accidente, es decir

[12] Sobre las cuales, véase nuestro comentario en *Rev. Der. U. de Concepción*, N° 211, pág. 259. Se ha seguido resolviendo que los tribunales laborales no son competentes para conocer de acción de víctimas indirectas: Corte Suprema, sentencias de 28 noviembre 2007, rol civil 4232-06; 12 de octubre 2006, rol civil 743-2005; 28 marzo 2006, rol civil 4256-2005; Corte Copiapó 15 septiembre 2008, rol civil 52-2008; Corte Valdivia 13 de marzo 2008, rol civil 62-2008. Pero sí son competentes para conocer de acción del trabajador que es contractual: Corte Valparaíso 18 de diciembre 2008, rol civil 617-2007; Corte Antofagasta 21 de agosto 2008, rol civil 146-08.

el trabajador, a la que ha de aplicarse el régimen contractual (salvo en la prescripción) de la acción intentada por las víctimas por repercusión, que sigue las normas extracontractuales.

a. La acción del trabajador

Es, como se acaba de decir, netamente contractual y, según el art. 69 de la Ley N° 16.744, sin duda fundada en la culpa o dolo del empleador. Por lo tanto, deberían aplicarse los conceptos de la responsabilidad subjetiva del ámbito civil, pues ese es el derecho común. Mas aquí ha intervenido la jurisprudencia para producir una paulatina desfiguración del sistema subjetivo, cuestión que ha sido tratada por nuestra doctrina y que aquí no haremos sino retrazar en sus grandes líneas[13].

La transformación de una acción claramente subjetiva, pues así resulta del texto de la ley, se ha operado por medio del sutil modo del reconocimiento de las llamadas obligaciones implícitas.

El ilustre profesor francés Gerard Lyon-Caen, en un lúcido artículo en los *Archives de Philosophie du Droit* que trata de la noción de obligación, ha podido escribir que "Se está fundado al hablar de obligación implícita a partir del momento en que una de las partes del contrato está obligada a una prestación positiva o a una abstención –más comúnmente a un comportamiento que, en primer lugar, no está formalmente o explícitamente enunciado en el texto escrito del contrato y no puede entonces derivar de la voluntad claramente expresada por las partes–, en segundo lugar no ha sido tampoco impuesto por el régimen legal del contrato. En la práctica esta obligación es 'descubierta' por el juez sin pretenderse sin embargo que él sea verdaderamente su autor"[14].

Entre nosotros, y en esta materia, esa obligación implícita es la de seguridad, que aparece en el texto del art. 184 del Código del Trabajo; pero entendida en términos tales que determinan de hecho que una responsabilidad subjetiva mantenga únicamente de ésta la calificación pues, en la práctica, el único modo de escapar de ella para el empleador es a través de la prueba, que por lo demás se le impone, de la causa extraña: culpa exclusiva de la víctima exclusiva o parcial y caso fortuito o fuerza mayor. Recientemente ha podido resolverse que esa obligación es de la esencia del contrato de trabajo y que su fundamento está en el deber general de protección de la vida y salud de los trabajadores y con una

[13] Sobre ello, José Luis Diez Schwerter, "La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes N° 10, Santiago, 2005, pág. 73 y sgts.

[14] G. Lyon-Caen, L'Obligation implicite, en *Arch. Phil. Droit*, t. 44, L'Obligation, pág. 109, Paris, 2000.

trascendencia superior a la de una simple obligación cuyo cumplimiento queda entregado a pautas que son de orden público[15].

Tratándose de una responsabilidad contractual, se aprovecha la llamada presunción de culpa del art. 1547 del Cód. Civil[16]; pero siendo casi imposible al empleador excluirla por la prueba del empleo de la debida diligencia, la que por lo demás, mediante una simple imposición jurisprudencial, es elevada a la categoría de culpa levísima[17], no obstante de tratarse de un contrato bilateral, es decir, sujeto de acuerdo al art. 1547 del C. Civ. a la culpa leve. Así entonces, los deberes de seguridad se extreman hasta el punto de que se le incorporan como contenido variadas exigencias reglamentarias; pero sin que el cumplimiento de ellas tampoco exonere de responsabilidad. Vale decir, su incumplimiento acarrea responsabilidad bajo la noción de "culpa contra la legalidad"; pero su solo cumplimiento no permite excluirla. Tomaremos el examen que de esa jurisprudencia se ha hecho en una excelente memoria por un licenciado de la U. de Concepción[18]: la obligación de seguridad consiste en adoptar medidas pertinentes de forma que el hecho mismo del accidente es prueba que las adoptadas no fueron suficientes[19]. Ellas comprenden obligaciones de previsibilidad, incluyendo la de los desastres naturales y el hecho de terceros o de otros trabajadores, sin que basten como medidas de seguridad las órdenes del empleador. Ello implica una constante supervigilancia de las labores[20]. Debe existir adecuada y permanente capacitación; pero ésta por sí sola no permite tener por cumplida la obligación de seguridad y exonerar de culpa[21]. Debe dotarse al trabajador de implementos de segu-

15 Corte Suprema, 27 de diciembre 2006, rol civil 2224-2005.

16 Sin embargo, en sentencia de 6 de diciembre de 2007, rol civil 2031-2007, la Corte Suprema resuelve que el trabajador debe señalar y probar cuáles obligaciones de cuidado fueron incumplidas para que el empleador pueda acreditar que sí las cumplió, lo que implica alterar el peso de la prueba contractual.

17 Se ha resuelto que la culpa de que debe responder el empleador es de la levísima. Así, Corte Chillán 19 julio 2007, rol civil 44-2007; Corte Santiago 29 agosto 2003, *Gaceta Jurídica* N° 278, pág- 282; Corte Concepción 10 julio 2002, *Fallos del Mes* N° 506, pág. 5267, Corte Suprema desestima recursos en su contra en sentencia de 20 de enero 2003; Corte Santiago 9 julio 2002, *Fallos del Mes* 510, pág. 960, Corte Suprema desestima recursos en su contra el 12 de mayo de 2003, etc.

18 Ricardo Alberto Concha Machuca, *Algunos aspectos de la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo ante la jurisprudencia*, Concepción, 2005.

19 El solo hecho del accidente hace presumir la culpa, dice Corte Concepción el 24 de septiembre 2007, rol civil 138-2007.

20 Así por ej., en Corte Punta Arenas 22 de octubre 2002, *Fallos del Mes* 508, pág. 278. Corte Suprema desestima casación en sentencia de 25 de marzo de 2003.

21 No basta la capacitación por medio de charlas para cumplir la obligación de seguridad resuelve la Corte de Concepción el 4 de diciembre de 2007, rol civil 405-2007, y también el 24 de septiembre de 2007, rol civil 138-2007. Más responsable es el empleador si no capacita al trabajador, por ejemplo, en el uso de una máquina nueva: Corte Santiago 5 de octubre 2005, rol civil 8078-2004. Y es también responsable si omite dar instrucciones para que el trabajador no obedezca órdenes dadas por un tercero, Corte Copiapó 19 de junio 2007, rol civil 12-2007.

ridad de forma que no mantenerlos implica infracción del deber legal[22]. La prevención implica el deber de vigilancia y las medidas exigibles son impuestas por el art. 184 del Cód. del Trabajo, pero la obligación de seguridad no se agota en esa regla[23]. Deben existir reglamentos de seguridad; pero su sola existencia no basta para acreditar que se tomaron las medidas preventivas. El empleador tiene una obligación de información de la forma en que se desempeñarán las funciones y de los riesgos que se incurre. Deben observarse las instrucciones, reglamentos y circulares de organismos técnicos, cumplirse con el manual de instrucciones de cada empresa; pero cumplir con lo que manda la ley o el reglamento no es suficiente. Con todo, la obligación de seguridad y de adoptar medidas adecuadas para proteger al trabajador es para las labores contratadas y no para otras que el trabajador asuma sin habérselas ordenado[24].

En suma, el trabajador no es concebido así como una persona racional y sujeta a un deber de propia seguridad. La idea de responsabilidad hacia uno mismo, tan propia, por ejemplo, de la doctrina alemana, no rige en materia de accidentes del trabajo, de acuerdo a la conclusión que se deriva del examen jurisprudencial.

Es sólo si el empleador ha sido capaz de probar la culpa de la víctima que puede obtener la exoneración: total si la culpa es causa única y exclusiva del resultado[25], parcial por aplicación del art. 2330 en caso de existir concurso de causalidad. El caso fortuito es raramente admitido como causal de exoneración[26]. Y más raramente es admitida la sola prueba de haber usado de la diligencia debida, es decir, la ausencia de culpa[27].

La obligación de seguridad así entendida rige no sólo para los trabajadores directos de la empresa, sino luego de la modificación de la Ley N° 20.123 de 2006, para todos los trabajadores que laboran en una empresa, sean ellos de contratistas o subcontratistas (art. 183-E Cód. del Trabajo).

Bajo la letra primitiva del Código del Trabajo, alguna jurisprudencia había hecho una extensión de la regla del art. 64 a la responsabilidad por accidentes del trabajo respecto de los contratistas y subcontratistas. Esa regla colocada en el capítulo VI del Título I del Libro I, sobre Protección de las Remuneraciones, había sido entendida como estableciendo también una responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra por la responsabilidad

22 Corte Suprema 24 junio 2004, *Fallos del Mes* 523, pág. 1185.

23 La Corte Suprema en sentencia de 24 de junio de 2004, *Fallos del Mes* 523, pág. 1185 dice que el empleador queda obligado por el contrato a cumplir todas las leyes que rigen la materia y es esta legislación la que establece el deber u obligación de seguridad.

24 Corte Suprema 29 de marzo 2005, *Fallos del Mes* 531, pág. 391.

25 Situaciones en que se ha exonerado al empleador por culpa exclusiva del trabajador no son infrecuentes. Entre las sentencias más recientes, Corte Santiago 31 de agosto 2009, rol civil 8738-2008; Corte Concepción 30 de marzo 2006, rol civil 2728-2005.

26 Así, caso de fuerza mayor en sentencia de Corte Santiago, 28 de noviembre 2007, autos rol civil 1868-2007.

27 Sentencias que admiten esa prueba: Corte Suprema 28 de junio de 2006, rol civil 5381-2004; Corte Antofagasta 27 de mayo 2008, rol civil 958-2007.

de los accidentes del trabajo bajo el pretexto que hace referencia a las "obligaciones laborales y previsionales" de los contratistas y subcontratistas. El hecho que se ubicare en un título que se refiere a la protección de las remuneraciones no había impedido aquel entendimiento.

Bajo la Ley N° 20.123 el art. 183-B es más preciso pues establece una responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de sus trabajadores, "incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral". Los contratistas lo son a su vez en iguales términos por las obligaciones de los subcontratistas y la empresa principal si no se puede hacer efectiva la responsabilidad del contratista.

La redacción de la regla permite dudar hoy en día de la subsistencia de la responsabilidad por accidentes del trabajo ocurrida a los trabajadores de contratistas y subcontratistas; pero no parece que la práctica pueda detenerse por esas dudas teniendo en cuenta por lo demás la obligación de seguridad impuesta por el art. 183-E.

El monto de las reparaciones ha ido aumentando sensiblemente en el examen jurisprudencial del último tiempo, aunque siendo el daño moral el más demandado y casi siempre el único establecido es imposible fijar parámetros objetivos al respecto.

La jurisprudencia se ha negado sistemáticamente, salvo excepciones, a admitir el pago a título de lucro cesante, la pérdida de las remuneraciones por el tiempo futuro y hasta la edad posible de jubilación u otra, bajo el supuesto de que se trata de un daño incierto, confundiendo la certeza del daño con la del establecimiento de su monto, y no parece que la idea de pérdida de oportunidad pudiera mejorar el juicio jurisprudencial[28]. Con ello se ve claramente ofendido el principio de reparación integral, aunque el sistema de seguridad social que ya hemos diseñado mitigue claramente este aspecto.

Por último, la prescripción aplicable a esta acción es la del art. 79 de la Ley N° 16.744, según la jurisprudencia mayoritaria, no obstante que esa regla se refiere a las "prestaciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales" y se cuentan los cinco años desde la fecha del accidente o del diagnóstico, de la enfermedad[29]; pero en caso de neumocosis son quince años desde el diagnóstico. Digo no obstante, porque es sólo con un esfuerzo interpretativo que la indemnización por accidente del trabajo haya de considerarse una prestación de la ley. La ley señala en que consisten sus prestaciones y entre ellas no está la indemnización

[28] Sobre esta cuestión y la jurisprudencia al respecto, véase nuestro trabajo presentado en las Jornadas de Derecho Civil que se llevaron a cabo en la Universidad de Concepción en agosto de 2009 y en curso de publicación: "Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro".

[29] Así, entre las más recientes, Corte Suprema 30 de octubre 2007, rol civil 4978-2007; Corte Punta Arenas 6 de octubre 2008, rol civil 15-2008 y Corte Concepción 4 diciembre 2007, rol civil 405-2007.

por accidente. Pero como es la ley la que concede la acción, por esa vía se llega a esa prescripción que de otro modo sería la común de cinco años para materia contractual del art. 2514 del Código Civil.

b. La acción de los causahabientes

Para estos la situación es claramente distinta. Su acción es calificada sin duda de extracontractual y sujeta por ende a prueba de la culpa del demandado. En varias sentencias la Corte Suprema ha señalado que ellos no pueden pretender la protección de las normas laborales, de forma que a ellos no se extienden las obligaciones de seguridad ya revisadas[30]. Su acción es la de derecho común extracontractual y ellos no pueden pretender que se les apliquen las obligaciones de seguridad que emanan del contrato de trabajo. Se ven notablemente desfavorecidos en su acción.

La solución jurisprudencial es criticable en el ámbito de los principios. El límite del efecto obligatorio del contrato no puede permitir olvidar que en el caso, la causa inicial del hecho es la misma, sea que la acción se intente por el trabajador o por sus causahabientes y no parece existir inconvenientes lógicos en que un tercero se funde en un incumplimiento contractual que le afecta para pretender reparación. Pero tal no es la solución chilena, sin que ni en jurisprudencia ni aún en la doctrina exista un examen acabado del efecto del contrato frente a terceros.

Ha existido también dificultad para la prescripción de la acción, aunque parece existir mayoría en que ella se rige por el art. 2332 del Código Civil, es decir, cuatro años desde la perpetración del hecho porque se trata de una simple acción por hecho ilícito y no de prestaciones de la Ley N° 16.744.

Estas dificultades de la acción propia del causahabiente han determinado la búsqueda por los litigantes de medios para sustraerse a ella con el fin de situar la cuestión en el ámbito laboral, tanto para escapar a los límites de la acción cuanto para aprovechar las ventajas procesales que brinda al actor el proceso laboral. De allí la tendencia a deducir demanda no por daño propio, sino como herederos de la acción dejada supuestamente por el causante trabajador a sus herederos, en particular por daño moral. Recientemente la Corte Suprema ha puesto atajo al evidente abuso que ello implica, negando carácter transmisible a la acción por daño moral, regla que si bien es general ha sido librada a propósito de un accidente del trabajo[31].

30 Así en las sentencias Corte Suprema 17 de noviembre 2003, rol civil 33337-2002 y 19 de agosto de 2003, *Gaceta Jurídica* 278, pág. 252, y las iniciales referidas en nuestro comentario citado en nota 12.

31 Corte Suprema 27 junio 2007, *Fallos del Mes* 546, pág. 1204. Véase nuestro comentario a esa sentencia en Revista de Derecho, Universidad de Concepción N° 219-220, pág. 257. Misma doctrina en sentencia Corte Suprema 27 de noviembre 2007, rol civil 6196-2006.

Este me parece ser un panorama comprensivo en sus grandes líneas del actual sistema de reparación de los accidentes del trabajo en nuestra legislación.

Tiempo sería de hacer un examen crítico para diseñar un sistema más conforme con normas de equidad y racionabilidad. Pudiera pensarse en una vía de establecer un sistema de seguridad social más integral, que comprendiera el daño moral y se abandonara totalmente el sistema de responsabilidad civil. Pero ello implicaría aceptar, entre otras cuestiones, una limitación al principio de reparación integral para establecer baremos a los montos de reparación, único medio que un sistema de seguridad social funcione en forma adecuada y económicamente financiable. Otra vía sería la de establecer un sistema de responsabilidad; pero con un régimen común para todas las acciones reparatorias, con una mayor acogida al principio de autorresponsabilidad, pues el actual régimen a que se somete forzadamente el sistema subjetivo desalienta el comportamiento responsable de los trabajadores y termina por alentar conductas irresponsables, ajenas a todo deber de autocuidado. Es evidente también que el sistema procesal debe ser unificado para todas las acciones de responsabilidad por accidentes del trabajo pues la actual diferencia entre jurisdicción laboral y civil, según quien accione, no parece lógica ni igualitaria. Pero, en todo caso, no es posible dejar de tener presente que, a pesar de todo, el actual sistema respeta cabalmente el principio de reparación integral del daño.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR POR ENFERMEDADES PROFESIONALES DE SUS TRABAJADORES. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

ALFREDO SIERRA HERRERO
Doctor en Derecho
Universidad Santiago de Compostela
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de los Andes

I. ANTECEDENTES

La enfermedad profesional es una materia que nuestra doctrina no analiza en términos particulares, sino que más bien enmarca dentro del gran título de los "accidentes del trabajo". En buena medida condicionada, en que la mayoría de los casos que conoce la jurisprudencia se refieren a accidentes, y a que ambas figuras –accidente del trabajo y enfermedad profesional– poseen una regulación en paralelo (casi idéntica) contemplada la Ley N° 16.744 (en adelante "LAT"), lo que lleva a pensar que los criterios aplicados son los mismos. Sin embargo, es posible observar de la jurisprudencia de nuestros tribunales que existen algunos aspectos que son compartidos, y otros donde existen claras diferencias, según se dará cuenta en la presente exposición.

II. NOCIÓN DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

Cómo se sabe, la enfermedad profesional se define como aquella "causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte" (art. 7 Ley N° 16.744); de este modo, para que una enfermedad se considere profesional es indispensable que haya tenido su origen en los trabajos que entrañan el riesgo respectivo, aun cuando éstos no se estén desempeñando en la época del diagnóstico (art. 16 DS 109). Se dispone que un reglamento enumerará las enfermedades que deberán considerarse

como profesionales; esta lista tendrá que revisarse, por lo menos, cada tres años (inc. 2°, art. 7 LAT)[1]. Con todo, esta enumeración sólo tendrá carácter enunciativo, toda vez que el afectado podrá acreditar ante el respectivo organismo administrador (p. ej., Mutual de seguridad) el carácter profesional de una enfermedad que no estuviere contemplada en ella, y que se hubiere contraído como consecuencia directa de la profesión o del trabajo realizado (inc. 3°, art. 7 LAT).

La gama de enfermedades profesionales es sumamente amplia, desde algunas de menos importancia en las cuales es posible la recuperación (p. ej., tendinitis, laringitis profesional por afonía, etc.), hasta otras que pueden ser muy graves, donde el daño sufrido suele ir en aumento con el tiempo (p. ej., asbestosis, silicosis, etc.).

Como dato anecdótico, les puedo comentar que ha habido casos de empresas –seguramente preocupadas por aumento de demandas por estos temas– que han incluso preguntado a la Dirección del Trabajo sobre la responsabilidad que les cabe por la "obesidad" de sus trabajadores. Así, en el Dictamen Ord. N° 5415 de 20 de diciembre de 2006 se expone acerca de una consulta relativa a si una empresa tendría responsabilidad por las enfermedades que pudieren afectar a sus trabajadores por razones de "sobrepeso o mala alimentación derivada de conductas personales", y ello pese a "las medidas adoptadas por la empresa al respecto a través de su casino y nutricionistas". La Dirección responde que los hábitos de alimentación y de vida de los trabajadores fuera de la empresa no irrogarían responsabilidad a la misma, a menos que ante una condición riesgosa del trabajador por exceso de peso no se tomarán medidas en cuanto a trabajos o lugares apropiados para evitar accidentes o daños a la integridad del trabajador; de este modo, concluye que el empleador no puede admitir el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad[2].

III. Cuestiones laborales relativas a la enfermedad profesional

Sin perjuicio que este seminario apunta más bien a las responsabilidades que impliquen indemnizaciones por daño moral, me parece de sumo interés tratar, por estar estrechamente relacionadas con dicho punto,

[1] Este Reglamento se contiene en el Decreto Supremo N° 109 de 1968, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

[2] Esto último se fundamenta en el art. 187 CdT, a cuyo tenor "no podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad. La calificación a que se refiere el inciso precedente, será realizada por los organismos competentes de conformidad a la ley, teniendo en vista la opinión de entidades de reconocida especialización en la materia de que se trata, sean públicas o privadas".

ciertas cuestiones de carácter laboral que pueden plantearse cuando se constata una enfermedad profesional. Al igual que tratándose de los accidentes del trabajo, en esta materia la norma base es el art. 184 del Código del Trabajo, en adelante "CdT", que le da el cariz contractual a las responsabilidades que emanan de la eventual falta de protección de los trabajadores en esta clase de materias.

1. CAMBIO DE LUGAR DE TRABAJO

El art. 71 LAT señala que los afectados por alguna enfermedad profesional deberán ser trasladados, por la empresa donde presten sus servicios, a otras faenas donde no estén expuestos al agente causante de la enfermedad. Esta norma debe ser complementada por jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de Seguridad Social y de la Dirección del Trabajo, según la cual el ejercicio del derecho a reubicación del trabajador afectado por una enfermedad no puede ser en "detrimento de sus condiciones remuneratorias, atendidas las que correspondan al cargo del cual fue trasladado, debiendo mantenérsele sus ingresos no obstante el nuevo cargo que desempeñe con motivo del traslado forzoso"[3]; en esa línea, se afirma que una eventual disminución de remuneración por cambio de faena no debe ser cubierta por el organismo previsional del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales[4].

Incluso, se considera que los aumentos de remuneraciones que se concedan a los trabajadores que se desempeñan en el cargo del trabajador reubicado (afectado por una enfermedad profesional) deben también favorecer a este último, en la medida que tales aumentos hayan sido concedidos en relación al cargo en sí y no a merecimientos propios de quienes lo sirven[5].

Con todo, como el objetivo de esta doctrina administrativa es que no haya disminución de ingresos por el cambio de funciones, se entiende que si en el nuevo cargo –donde el trabajador fuere reubicado– se obtiene una mayor remuneración, los aumentos salariales del puesto primitivo sólo debieran aplicarse en la medida que excedan la remuneración del nuevo cargo[6].

De todas formas, se indica que dicho criterio se entiende sin perjuicio de lo que las partes hayan podido convenir sobre la materia, atendidas las circunstancias, como también lo precisa la doctrina aludida[7].

---

3 Dictamen Dirección del Trabajo Ord. N° 1511/89 de 3 de abril 1998, que a su vez se fundamenta en el Ord. N° 3168 de 22 de abril de 1991 de la Superintendencia de Seguridad Social. En el mismo sentido, Dirección del Trabajo Ord. N° 2483 de 1 junio 1998.

4 Dictamen Dirección del Trabajo Ord. N° 1511/89 de 3 de abril 1998.

5 *Ibíd.*

6 Dictamen Dirección del Trabajo Ord. N° 3675/277 de 10 de agosto de 1998.

7 Dictamen Dirección del Trabajo Ord. N° 1511/89 de 3 de abril 1998. En el mismo sentido, Ord. N° 3675/277 de 10 de agosto de 1998.

Para finalizar, quiero subrayar que en este apartado sólo he sistematizado la jurisprudencia administrativa, sin detenerme en efectuar un análisis crítico de ella, pues, como les decía, el objeto principal de esta exposición está dedicado a la responsabilidad empresarial por daño moral. De todas formas, quisiera hacer la siguiente reflexión: la exigencia de trasladar al trabajador afectado por una enfermedad a otras faenas (art. 71 LAT) no será posible cumplir muchas veces en empresas pequeñas, toda vez que no van existir "otras faenas" donde poder efectuar la reubicación, y menos seguir el criterio administrativo de mantener la remuneración del cargo por el cual fue contratado. Piensen, por ejemplo, en una oficina pequeña de dos abogados, cuyo junior sufre de un lumbago crónico que le impide prestar sus servicios, ¿en qué otra función se podría situar a este trabajador? La respuesta es simple, en ninguna lamentablemente.

2. EL DESPIDO INDIRECTO

Un supuesto interesante que se plantea con la enfermedad profesional (y no necesariamente tratándose de una enfermedad grave) consiste en que el trabajador decida poner término a su contrato por medio del denominado despido indirecto (cfr. art. 171 CdT), para lo cual invocaría el incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, consistente en la falta de observancia del deber de protección respecto a sus trabajadores (cfr. art. 184 CdT).

Por medio de esta decisión el trabajador trataría de obtener: las indemnizaciones por años de servicios, más un recargo de un 50%, y la indemnización sustitutiva del aviso previo. A estas indemnizaciones –clásicas de nuestro orden laboral– debemos sumar una adicional, que se agregó con el nuevo procedimiento[8] –en el denominado procedimiento de "tutela laboral"–, que se aplica en caso de que se hubiere producido una vulneración de derechos fundamentales con ocasión de un despido[9].

En la práctica, esta vía ha coincidido con casos en que los trabajadores han reclamado ser objeto de acoso o *mobbing* laboral, lo que consideran les ha producido una enfermedad profesional de carácter psicológico, como puede ser una neurosis laboral o depresión laboral. En este sentido, una interesante sentencia de la Corte de Concepción señala que si bien el acoso mencionado no está tipificado como causal de término del contrato de trabajo, a diferencia del acoso sexual, ello "no implica que dentro de la obligación de debido cuidado de la vida y salud del trabajador no se contemple la de velar porque no se cometan, en el ámbito de la empresa, actos que atenten en contra de la estabilidad psíquica de los trabajado-

8 Ley Nº 20.087.

9 En cuanto a que la indemnización sancionatoria por vulneración de derechos fundamentales (cfr. art. 489 CdT) se aplica también en caso de despido indirecto, *vid.* 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 17 diciembre 2009, RIT 24-2009.

res, ya sea en forma directa o permitiendo o no evitando que éstos se produzcan"[10]. En cuanto a la posibilidad de demandar el daño moral, por este motivo y por esta vía (despido indirecto), la misma sentencia sostiene que "el despido indirecto, de por sí, no implica la imposibilidad de que exista daño moral, pues el mismo artículo 171 del Código del Trabajo permite reclamar del empleador, simultáneamente con la acción por despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho, entre las cuales se encuentra la del daño moral ocasionado, pago que sólo será procedente cuando no haya quedado debidamente resarcido con el pago de los recargos a la indemnización por años de servicios que el inciso 1° del artículo aludido indica"[11]. Para evitar cualquier duda sobre este punto, se añade que "aun cuando dicha posibilidad sólo está regulada respecto de las causales del artículo 160 letras a) y b) del Código del Trabajo, ello no puede interpretarse como la imposibilidad de intentar una acción tendiente a indemnizar el daño moral que se pueda haber ocasionado por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del empleador, pues ello importaría una discriminación no admitida por la legislación"[12].

Obviamente, en este tipo de supuestos, el punto clave consistirá en determinar si "la afección psíquica que sufre el trabajador tiene una causa común y no profesional"[13], toda vez que si no existe relación de causalidad entre el daño sufrido y el actuar del demandado –empleador–, corresponderá desestimar la pretensión de indemnización del daño moral[14].

Por su parte, en relación con casos de tutela laboral donde se haya alegado por el trabajador maltrato laboral, que a su vez originó una enfermedad psíquica, les puedo comentar de una sentencia del tribunal del trabajo de Punta Arenas, que se pronuncia sobre la vulneración de derechos fundamentales de una trabajadora con ocasión de un despido por necesidades de la empresa (no se trata de un despido indirecto); en la demanda se reclamaba no sólo la indemnización adicional mencionada en un comienzo, sino también el daño moral. El tribunal decide desestimar estas pretensiones pues llega a la convicción de que la trabajadora había adquirido dicha depresión con anterioridad a su ingreso a la empresa debido a una causa "extra laboral", que estaría relacionada con el

10 Corte de Concepción 8 enero 2008, Rol 375-2007.

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*

13 Corte de Concepción 8 enero 2008, Rol 375-2007.

14 *Ibíd.* Se trata de una trabajadora que decide poner término a su contrato por medio del despido indirecto, pues entiende que ha sido objeto de un acoso laboral que le ha ocasionado una afección psíquica. Conviene apuntar que la sentencia desestima la demanda, pues se considera que no se acreditó en el proceso una enfermedad profesional, más aún, teniendo en cuenta que un informe de la Superintendencia de Seguridad Social se determinaba que la afección de la trabajadora era de origen común. En cambio, entendiendo que una enfermedad de este tipo fue provocada por la actuación de la empresa, *vid.* Corte de Rancagua 22 noviembre 2007, Rol 224-2007.

fallecimiento de su padre[15]. Un dato relevante consistió en que se habían prestado servicios por sólo dos semanas, lo que a juicio del tribunal resultaba insuficiente para justificar una depresión severa.

IV. Daño moral

Tratándose de casos de enfermedades profesionales de cierta entidad que pueden ocasionar una lesión importante o la muerte, el trabajador o sus familiares suelen optar por demandar a la empresa reclamando la indemnización por el daño moral sufrido. Como les decía, el número de sentencias que atiende a esta materia es reducido en comparación con aquellas que resuelven casos de accidentes del trabajo. A pesar de ello, me parece que existen indicios claros de diferencia en el tratamiento jurisprudencial de los dos supuestos de la LAT, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Previo a exponer esta situación, quisiera repasar brevemente el estado de la cuestión en nuestros tribunales respecto de los de accidentes del trabajo, para luego hacer referencia a los casos de enfermedades profesionales.

1. ACCIDENTES DEL TRABAJO

Como se sabe, el destinatario de esta clase de regulación es en buena parte el empleador. A este respecto, el CdT contiene un libro dedicado a la "protección de los trabajadores", y cuyo primer artículo deja claro la idea de que aquél es el principal "responsable"[16] o "deudor"[17] de seguridad frente a sus dependientes, al disponer que deberá "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales" (art. 184 CdT)[18-19]. Se entiende que esta obligación

[15] Juzgado Laboral de Punta Arenas 16 agosto 2008, RIT 3-2008. En un sentido similar, *vid.* Juzgado Laboral Concepción 16 noviembre 2009, RIT 13-2009.

[16] *Vid.* Diez Schwerter, José Luis: "La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales", AAVV, *La responsabilidad por accidentes del trabajo* (edit. J. Baraona González y P. Zelaya Etchegaray) (Cuadernos de Extensión Jurídica-Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2005), p. 78.

[17] Corte Suprema 6 diciembre 2007, Rol 6066-2007.

[18] Para algunos autores, aun cuando no existiera una norma como el art. 184 precitado, los deberes de protección del empresario podrían deducirse de la aplicación extensiva del art. 1546 del Código Civil, que contempla el principio fundamental de la "buena fe contractual"; *vid.* Baraona González, Jorge: "La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas", AAVV, *La responsabilidad por accidentes del trabajo* (edit. J. Baraona González y P. Zelaya Etchegaray) (Cuadernos de Extensión Jurídica-Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2005), p. 125.

[19] Se debe tener en cuenta el Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud, mediante el cual contempla las "condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares

empresarial supone "el sentido más amplio de protección poniendo en la esfera de las responsabilidades del empleador el cumplimiento efectivo del precepto"[20]; así la implementación de las medidas precitadas debe permitir a "un individuo común actuar conforme a pautas lógicas previamente diseñadas, para el caso que deba en un lapso de tiempo escaso adoptar actitudes para evitar o paliar un accidente"[21]. Con todo, la empresa no sólo deberá adoptar las acciones para resguardar la vida y salud de los trabajadores propios, sino también de aquellos que sean dependientes de empresas contratistas o subcontratistas (art. 183 E CdT)[22].

El criterio jurisprudencial mayoritario entiende que, sobre la base del "deber general de protección que se impone al empleador" (art. 184 CdT)[23], el solo acontecimiento de un accidente deviene en una "presunción" de culpa en contra de aquél, toda vez que por tratarse de una responsabilidad contractual, tal circunstancia lo obliga a disponer en favor del trabajador de todas las medidas de seguridad y a proporcionarle todos los elementos necesarios para prevenir cualquier tipo de accidente mientras ejecuta sus labores[24]. De modo que a dicho presunto responsable corresponde probar que ha empleado la debida diligencia para impedir el acto u omisión que origina el daño[25]; y si no se logra probar tal "diligencia" se deduce la culpa empresarial, ya que se pone de manifiesto un fracaso de las medidas que se han debido adoptar para proteger la vida o salud de sus trabajadores[26]. En definitiva, conforme a este razonamiento judicial, el deber empresarial sería de "resultado": si se produce un daño derivado de un accidente, se tiene que deducir que tal deber se ha incumplido[27]. Con todo, el empleador no tendrá responsabilidad si el accidente se origina por "caso fortuito", es decir, "un imprevisto no imputable al deudor y cuyas consecuencias no

---

de trabajo"; establece igualmente los límites permisibles de exposición ambiental a agentes químicos y físicos, como también los límites de tolerancia biológica para trabajadores expuestos a riesgo ocupacional. Así también el Decreto Supremo N° 72, de 1985, del Ministerio de Minería, sobre condiciones de seguridad en la actividad minera.

20 Corte de San Miguel 23 mayo 2001, cit. Diez, *op. cit.*, p. 77.

21 Corte de Santiago 30 diciembre 1999, cit., *ibíd.*

22 En este orden, se dispone que los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra o 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 la seguridad y la salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados cualquiera sea su dependencia (cfr. art. 66 bis LAT). El contenido de este sistema de gestión se describe a su vez en el Decreto N° 76, publicado en Diario Oficial el 18 de enero de 2007. Se exige entre otras cuestiones que este sistema cuente con un "Plan o programa en materia de seguridad y salud laboral", que detalle las medidas de prevención, plazos en que éstas se ejecutarán y sus responsables, las acciones de información y formación, los procedimientos de control de riesgos, planes de emergencia, y la investigación de accidentes (cfr. art. 8.3 Decreto N° 76).

23 Corte Suprema 13 junio 2006, Rol 4514-2005.

24 Corte Suprema 14 diciembre 2006, Rol 53-2005.

25 Corte Suprema 13 marzo 2008, Rol 6637-2007.

26 Corte de Concepción 10 julio 2002, cit. Diez, *op. cit.*, p. 78.

27 Baraona, *op. cit.*, p. 132.

son posibles de evitar", en términos que ninguna persona en las mismas circunstancias "habría podido preverlo ni evitarlo"[28].

Como puede observarse, la jurisprudencia chilena ha ido perfilando una responsabilidad por accidentes del trabajo crecientemente objetiva[29], lo cual siguiendo a Baraona no nos parece acertado, pues la acción que contempla el art. 69 LAT exige la concurrencia de "culpa o dolo", cuestión que confirma que se trata de un supuesto de imputación subjetiva, de manera que tienen que cumplirse los requisitos básicos de responsabilidad clásicos: a) que exista daño por causa típica: "accidente del trabajo o enfermedad profesional"; b) que el empleador haya actuado con culpa o dolo para generar el accidente; y c) que la acción la entable algún legitimado, esto es, una víctima o tercero "causalmente" dañado por el accidente o enfermedad. Por tanto, no hay razón para considerar que, a la luz del ordenamiento chileno, la sola presencia del accidente implica la infracción del contrato o la ley[30]. En este contexto, concordamos con el autor precitado en el sentido que el deber de seguridad o de protección laboral es una obligación de "actividad o diligencia"; así, acreditado que el empleador ha empleado el cuidado debido, se demostraría que ha cumplido con su obligación de otorgar seguridad a sus trabajadores[31]. Un criterio distinto, supone imponer un deber de organizar la empresa que signifique evitar todo tipo de accidente, lo que constituye un deber de cumplimiento "prácticamente imposible"[32].

2. ENFERMEDAD PROFESIONAL

En el caso de las enfermedades profesionales me parece que la jurisprudencia de los tribunales superiores analiza con mayor cuidado el cumplimiento de los requisitos de responsabilidad clásicos antes indicados, en particular la existencia de una relación de causalidad.

Ello motivado por la diferencia en la forma como se producen y como se manifiestan el accidente del trabajo y la enfermedad profesional. En efecto, cuando se produce un accidente en una empresa no existe duda respecto a que éste ocurrió en un lugar que pertenece al ámbito de acción empresarial; ahora bien, sobre cuáles fueron los motivos, grado de diligencia o no de la empresa o del trabajador, son cuestiones que el tribunal deberá tomar en cuenta para determinar las responsabilidades del caso. Pero, según hemos visto, dada esta tendencia jurisprudencial

28 Corte de Santiago 28 noviembre 2007, Rol 1868-2007.

29 Baraona, *op. cit.*, p. 132. En este orden, cabe agregar que son contados los casos donde la intervención culpable de la víctima es considerada como una causa que excluye o al menos atenúa la responsabilidad empresarial.

30 Baraona, *op. cit.*, p. 133. En este sentido, *vid.* Corte Suprema 13 marzo 2007, Rol 924-2007.

31 *Op. cit.*, p. 132.

32 *Ibíd.*

que sigue un criterio objetivo de la responsabilidad, el dato clave será la ocurrencia del accidente, ya que este solo hecho va condicionar en buena medida la suerte de la empresa en el juicio.

En cambio, sobre la enfermedad profesional más que decir que se produjo "en una empresa", corresponde hablar que se manifestó "en un momento determinado"; de ahí que el plazo para reclamar las prestaciones a que se refiere la LAT se cuenta a partir desde que la enfermedad ha sido diagnosticada (cfr. art. 79)[33]. Obviamente, si se manifiesta en esa empresa, lo primero que nos lleva a pensar es que las causas se encuentran en las labores desarrolladas en ese momento (y que las ha ejecutado durante un tiempo). Pero no puede descartarse que el trabajador haya adquirido dicha enfermedad en otro lugar, o bien que ésta se ha provocado por razones físicas propias de la persona sin que la empresa tenga responsabilidad en ello.

A continuación analizaremos algunas sentencias de nuestros tribunales superiores donde se llega precisamente a esa conclusión.

A) Contaminación por plomo. Corte de Santiago 29 diciembre 2006, Rol 1048-2002. Salinas Rivera con Corporación Nacional del Cobre de Chile.

Se trataba de un trabajador que prestó servicios para Codelco (División Chuquicamata) por aproximadamente unos 10 años, y que alegó haber sufrido una contaminación por plomo en dicho trabajo. De acuerdo a los antecedentes del proceso no existe discusión en cuanto a que el trabajador sufre de una intoxicación por plomo. No obstante, Codelco sostiene que dicha intoxicación no se puede haber producido en sus instalaciones, ya que ha cumplido con todas las medidas de protección y seguridad necesarias para evitar que ese tipo de situaciones afecte a sus trabajadores. Y plantea que el trabajador debió haber adquirido esa enfermedad con anterioridad cuando trabajó para otra empresa.

La Corte de Santiago desestima la demanda del trabajador y acepta la posición de la empresa demandada, en orden a que la contaminación se provocó en otro lugar. El antecedente clave resulta ser el que los niveles de plomo detectados en otros trabajadores que desempeñan labores similares son bastante inferiores en comparación al trabajador afectado. De ahí que la Corte concluye que éste "contrajo su enfermedad en una actividad anterior, o bien que posee una cierta tendencia o debilidad fuera de lo común para contraer afecciones de esta naturaleza"[34].

[33] *Vid.* Corte Suprema 3 octubre 2007, Rol 4978-2007.

[34] Corte de Santiago 29 diciembre 2006, Rol 1048-2002. Confirmada por sentencia de la Corte Suprema 13 marzo 2007, Rol 924-2007, que desestimó el recurso de casación en el fondo del demandante. Con todo, cabe señalar que en primera instancia en sentencia del 4º Juzgado del Trabajo de Letras de Santiago de 29 diciembre 2006, Rol 1084-2002, se acogió

A su vez, la Corte considera que se ha acreditado que "la empresa demandada capacita adecuadamente a su personal, aplica planes de seguridad, suministra implementos de seguridad laboral y dispone de servicios médicos para atender a sus trabajadores, cual ocurrió con el actor al detectarse su enfermedad, y no se ha puesto en duda el cabal cumplimiento de sus obligaciones de afiliación e impositivas establecidas en la ley"[35].

Como se advierte, es un supuesto útil para ilustrar lo complejo que en las enfermedades profesionales puede resultar determinar la existencia de la relación de causalidad; en particular, si la enfermedad se originó realmente por la ejecución del trabajo en las instalaciones de la empresa demandada. No es posible entonces obtener conclusiones que no sean producto de un análisis detenido que dé cuenta precisa de si fue o no posible constatar dicha relación. Cabe subrayar que, como se trata en gran medida de una cuestión de causalidad, dicho análisis debe efectuarse cualquiera sea el criterio de responsabilidad que se siga en materia de accidentes del trabajo, incluyendo el de imputabilidad objetiva[36].

En esta clase de enfermedades –de contaminación o intoxicación– se destaca, como prueba fundamental para imputar responsabilidad a la empresa, los exámenes médicos del resto de trabajadores que ejecutan labores en el mismo sector que el trabajador afectado. Si tales trabajadores no presentan índices de contaminación o si ellos están dentro de los rangos permitidos, constituye un indicio fundamental en cuanto a que a la empresa demandada no le cabe responsabilidad. En cambio si existe un grupo de trabajadores a los que se les diagnostica la misma enfermedad debiera en principio concluirse lo contrario; tal como lo ha entendido el Primer Juzgado Civil de Los Andes en sentencia de 30 de junio de 2009 que ordenó a Codelco pagar indemnizaciones por daño moral, al verse afectados con silicosis aproximadamente 170 de sus trabajadores de la División Andina[37].

B) Epicondilitis crónica. Corte de Concepción 28 octubre 2009, Rol 176-2009. Salazar Carrarco con Wackenhut.

Una trabajadora demanda a la empresa de la referencia fundando su pretensión en que su trabajo –ayudante de cocina– le ha ocasionado una enfermedad profesional conocida como "epicondilitis crónica" (se le conoce también como la enfermedad del codo del tenista). A este respecto, la

---

la pretensión del trabajador y condenaba a la empresa a pagar $ 90.000.000 por concepto de daño moral.

35 Corte de Santiago 29 diciembre 2006, Rol 1048-2002.

36 En cuanto al criterio objetivo de responsabilidad, *supra* IV,1.

37 Juzgado Civil de Los Andes 30 junio 2009, Rol 313-06. La Corte de Valparaíso conoce actualmente del recurso de apelación interpuesto por la empresa.

actora señalaba que durante la prestación de servicios se vio sometida a labores riesgosas, y, en definitiva dañosas para su salud, como serían "pelar diversos alimentos diariamente en enormes cantidades: 40 kilos de papas y 100 tomates; rallar mayas enteras de beterragas y zanahorias crudas; asir fondos con agua y alimentos cocidos con 20 litros cada uno; transportar la basura en tarros que pesaban aproximadamente 30 a 40 kilos entre dos personas y bajarlos por una escala".

La Corte de Concepción desestima la pretensión de la trabajadora teniendo principalmente en cuenta el informe de dos facultativas que concordaron en que no era posible "determinar con exactitud la causa de epicondilitis", y además que "los hallazgos de la revisión sugieren factores de riesgos propios de la paciente, que concurrieron al origen y agravamiento de su cuadro". De este modo, la Corte entiende que aun en el caso de estimarse que la trabajadora realizaba labores riesgosas y de que levantaba grandes pesos o que pelaba enormes cantidades de alimentos, "no está probado que ellas fueran la causa de su enfermedad, la que bien puede haberse producido (...), por otras causas no imputables al empleador, como por ejemplo un golpe o el uso inadecuado de sus extremidades, o un tratamiento inadecuado de sus extremidades, o un tratamiento inadecuado al comienzo de la enfermedad". Asimismo añade que la empresa demandada "cumplió con su obligación de cuidado y prevención con la actora, no incurrió en ninguna conducta culpable o dolosa que hubiera sido la causa de la enfermedad (...) y le otorgó protección razonable de acuerdo a la actividad que desarrollaba (...), careciendo de responsabilidad de que adolece la demandante y que le ha provocado los daños que reclama".

Se advierte así que muchas veces no será posible determinar la causa que origina una enfermedad, y, por tanto, no se podrá imputar algún tipo de responsabilidad por tal circunstancia a una persona (o empresa) en particular. En este sentido, nos parece acertado el criterio de la Corte en cuanto a exonerar de responsabilidad a la empresa, por no haberse formado una convicción sobre la verdadera causa de la enfermedad, y más aún, si pudo comprobar que aquélla había sido diligente en dar protección a sus trabajadores, descartando la presencia de dolo o culpa[38].

Otro punto interesante de esta sentencia es poner de manifiesto que el origen de una enfermedad puede también encontrarse en condiciones propias de la persona; así se deduce del informe de uno de los facultativos que es citado, donde se sugiere que la causa de la enfermedad se encuentra en "factores de riesgos propios de la paciente". Obviamente, estos factores internos de la persona van tener más importancia en algunas clases de enfermedades, como aquellas p. ej., que se manifiestan

[38] En cuanto a sentencias que no han considerado responsables a la empresa de haber provocado una enfermedad profesional a un trabajador, *vid.* Corte Suprema 15 noviembre 2007, Rol 1664-2006 (Hanta) y 29 mayo 2007, Rol 5770-05 (Malaria).

en problemas traumatológicos. Resulta habitual que en profesiones del ámbito de la música o del deporte existan personas que sufran mayores lesiones que otras desarrollando las mismas actividades, y ello por motivos que se encuentran en la misma constitución del cuerpo o por la técnica personal de ejecución de la disciplina.

En relación con lo anterior, se plantea un tema interesante consistente en que la calificación de una enfermedad como "profesional" realizada por el organismo administrador del seguro (o en su caso la Superintendencia de Seguridad Social) no tiene que implicar que la empresa sea responsable por la ocurrencia de dicha enfermedad. Un ejemplo en esa dirección son las enfermedades a que hacíamos referencia el párrafo precedente, así, por lo demás, queda de manifiesto en la sentencia recién analizada, donde la epicondilitis crónica había sido calificada como profesional por la Mutual de Seguridad, no obstante la Corte afirma que "tal calificación no implica necesariamente que por ello el empleador deba responder de los daños sufridos por la actora con motivo de la enfermedad", y a continuación deduce una conclusión importante en orden a que "la ley obliga al empresario a tomar las medidas y proporcionar los implementos necesarios para revenir accidente del trabajo y enfermedades profesionales, es decir para evitar que ellos se produzcan pero que, en caso alguno, puede llegar a entenderse que se compromete a que no se ocasionen".

Esto pone de manifiesto los diferentes presupuestos que se requieren para que operen, por un lado, las prestaciones que deben otorgar los organismos administradores del seguro de la Ley N° 16.744, y, por otra parte, la responsabilidad por daño moral que puede exigirse en las empresas. En el primer caso, sólo es necesario verificar que sea un accidente que se produzca a "causa o con ocasión del trabajo" (cfr. art. 5° CdT) o una enfermedad que se origine de "una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo" (cfr. art. 7° CdT), de modo que resulta suficiente examinar si existe o no relación de causalidad.

En cambio, para exigir el daño moral no basta con lo anterior, toda vez que es necesario comprobar una conducta culposa o dolosa de la empresa (cfr. art. 69 Ley N° 16.744). De no efectuarse este análisis (por considerarse que el daño moral opera por imputación objetiva), en el caso de enfermedades profesionales se producirían situaciones injustas pues se haría responsables a empresas por daños que no les son atribuibles, como puede advertirse del caso antes analizado.

CONCURRENCIA DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACCIDENTES DEL TRABAJO*

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. ACCIÓN Y REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

Antes de examinar el problema de la concurrencia de acciones a la que puede dar lugar la responsabilidad civil en los accidentes del trabajo, debemos precisar, aunque sea brevemente, el concepto de acción que utilizaremos en el análisis. Sin entrar en mayores profundizaciones, podemos señalar que la acción es una pretensión judicial encaminada a dar efectividad o tutelar un derecho o posición jurídica, que se integra de tres elementos: 1°) El sujeto titular de la acción; 2°) El objeto pedido y 3°) La causa de pedir. Esta última se la define legalmente como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (art. 177 inc. 3° CPC).

Es en este último elemento de la acción donde debe fijarse la atención para saber si existe una sola acción de responsabilidad civil, o si la diferencia de regímenes de responsabilidad ocasiona también una distinción de acciones.

En nuestra opinión, en los procesos de responsabilidad, la causa de pedir no sólo está compuesta por los hechos que dan lugar a ella, sino por la calificación jurídica de dichos hechos y especialmente por la determinación de si la obligación de reparar se rige por el estatuto de la responsabilidad contractual o por el de la responsabilidad extracontractual. Puede decirse, en consecuencia, que la dualidad de regímenes produce

* El texto incluido en este volumen ha sido publicado en la *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, 2010, pp. 69-107.

una dualidad de acciones y que el litigante debe elegir correctamente la acción que corresponde a su pretensión so pena de que ella sea desechada. No podría el tribunal dar lugar a una indemnización por un régimen de responsabilidad distinto de aquel que ha sido alegado por el demandante. En caso contrario, incurriría en ultra petita.

Así lo consideró la Corte de Valparaíso en un fallo de 20 de octubre de 2000, que casó en la forma por ultra petita la sentencia de primera instancia que había acogido la demanda de responsabilidad extracontractual interpuesta por los padres del trabajador fallecido pero bajo las reglas de la responsabilidad contractual. La Corte sostuvo, a nuestro juicio correctamente, que la causa de pedir incluía la calificación jurídica del régimen de responsabilidad: "La causa de pedir es aquella que particularmente determina la condición jurídica de las acciones o excepciones alegadas; ahora bien, aceptar una acción por una causa de pedir distinta de la invocada importa resolver algo diferente a lo pedido y sometido a la decisión de las partes al sentenciador... Esto tiene singular relevancia en lo concerniente al fundamento ya citado, que derechamente reconoce haber cambiado la causa de pedir de indemnización extracontractual a contractual" (C. Valpso., cas. forma, 20 de octubre de 2000, *RDJ* 97, sec. 2ª, p. 95, cons. 5°).

La elección apropiada de la acción que se va a ejercer para obtener la reparación del daño causado en un accidente laboral es, en consecuencia, muy importante, ya que los dos estatutos de responsabilidad presentan diferencias notables, por ejemplo, en cuanto a la legitimación, a la prueba de la culpa, a la responsabilidad por el hecho ajeno, a la prescripción, a la extensión de los daños indemnizables, etc.

Esta diferencia de regímenes no ha sido alterada en materia de accidentes del trabajo, ya que el art. 69 de la Ley N° 16.744, dispone que "cuando el accidente o enfermedad se *deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero*, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas:

a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y
b) *La víctima y las demás personas* a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar *al empleador o terceros responsables* del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, *con arreglo a las prescripciones del derecho común*, incluso el daño moral".

En consecuencia, sin perjuicio de las prestaciones de seguridad social que establece esta ley, si hay culpa o dolo del empleador o de un tercero, tanto el trabajador como los terceros perjudicados pueden demandar indemnizaciones para reparar el daño causado por el accidente, conforme

al derecho común, es decir, a los regímenes que correspondan según el Código Civil. Lo único que la norma establece especialmente es que, cualquiera sea el régimen aplicable, podrá reclamarse la reparación del daño moral.

La norma no sólo tiene alcance sustantivo sino también procesal: en principio, los juicios de responsabilidad son de competencia de los tribunales ordinarios y se sustanciarán conforme a las reglas del juicio ordinario.

Hace excepción a esto, el Art. 420, letra f) del Código del Trabajo que dispone: "Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° N° 16.744".

De esta forma, es claro que en un accidente del trabajo que causa daño pueden surgir acciones de responsabilidad contractual y extracontractual que deben ser convenientemente discernidas para la aplicación del régimen de fondo, pero también para el procedimental. La responsabilidad derivada de la infracción del contrato que se hace valer contra el empleador del trabajador afectado es de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo y se sustancia conforme a las reglas especiales de los procedimientos laborales. En cambio, todas las acciones que corresponden al régimen de la responsabilidad extracontractual deben ser interpuestas conforme al derecho común al que se refiere el art. 69 de la Ley N° 16.744, es decir, ante los Jueces de Letras ordinarios con jurisdicción civil y se tramitarán conforme a las reglas de juicio ordinario.

La diferencia no es sólo de competencia y de procedimientos, sino también de medios de prueba admisibles, de reglas de apreciación de la prueba, de facultades del juez y de recursos.

La verdad, no resulta sencillo justificar esta sustancial diferencia entre el ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de un mismo hecho, pero es lo que claramente disponen las normas vigentes.

Con estas premisas, podemos comenzar el análisis de la pluralidad de acciones que pueden surgir de un accidente del trabajo.

El primer caso es aquel que se puede producir en favor del mismo trabajador perjudicado si se acepta el llamado "cúmulo" de responsabilidades y que en realidad es un concurso de acciones y de regímenes (II). Un segundo supuesto de concurrencia de acciones que también pueden ser de responsabilidad contractual y extracontractual se produce cuando el trabajador que se accidenta trabaja para una empresa contratista de otra empresa que es la dueña de la obra. Analizamos, entonces, la posibilidad de ejercer acciones contra ambos demandados: el empresario contratista y el empresario dueño de la obra, haciéndonos cargo de la modificación experimentada por la reforma del Código del Trabajo en virtud de la Ley N° 20.183, de 2006 (III). Pero no sólo puede darse plu-

ralidad de demandados, sino de demandantes, como sucede cuando, además del trabajador afectado, se lesiona a personas relacionadas con él, como víctimas indirectas o por repercusión, y se presenta la cuestión de si pueden ejercerse simultáneamente acciones de responsabilidad concurrentes (IV). Este último supuesto se modifica cuando el accidente ha producido la muerte del trabajador, caso en el cual la pregunta es si pueden ejercerse las acciones de los herederos del fallecido en cuanto sucesores de la acción que ingresó al patrimonio del causante en conjunto con las acciones de reparación de su propio daño deducidas por los familiares o víctimas por repercusión. En este último problema resulta indispensable dilucidar si se estima que el derecho a pedir reparación del daño moral causado por el accidente es o no transmisible, así como cuál es el tipo de acción y la jurisdicción competente en caso de que, al morir el trabajador, demanden las víctimas por repercusión (V).

II. Concurso de acciones del mismo trabajador accidentado

1. Procedencia del "cúmulo de opción"

Estamos ante un supuesto de concurso, o como se le llama tradicionalmente "cúmulo" de acciones de responsabilidad, cuando el trabajador es afectado por un hecho dañoso que puede ser calificado a la vez de incumplimiento del contrato de trabajo y de delito o cuasidelito civil por transgresión de los deberes de cuidado impuestos en general en beneficio de aquellos con quienes convivimos.

No parece haber mayor duda en que cuando ocurre un accidente laboral imputable a culpa del empleador se produce este concurso, ya que, por una parte, se ha vulnerado el deber de seguridad y protección que emana del mismo contrato o, al menos deberes que por la ley pertenecen a la obligación, en atención al art. 184 CT y siguiendo lo dispuesto en el art. 1546 CC, y, por otro lado, ese deber de cuidado incumbe al empleador incluso si se prescinde de la existencia de una relación contractual, de manera que su negligencia le hace culpable de cuasidelito que da lugar a la responsabilidad extracontractual.

El problema de la admisibilidad del cúmulo o concurso de acciones de responsabilidad no es un tema pacífico en nuestro sistema. La doctrina mayoritaria afirma que en estos supuestos debe primar siempre el estatuto contractual, por lo que la víctima no puede invocar en sustitución el estatuto extracontractual, salvo que el hecho constituya un delito penal (teoría del no cúmulo). Un sector de la doctrina, entre los que me encuentro[1],

[1] Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 33-38.

piensa que, por regla general, la víctima puede optar, al demandar, entre uno y otro régimen (teoría de la opción).

Aunque la jurisprudencia en general es favorable a la teoría del no cúmulo, una de las áreas donde se acepta la posibilidad de invocar la responsabilidad extracontractual es la de la responsabilidad por accidentes del trabajo[2]. En su apoyo se aducía el art. 69 de la Ley N° 16.744, letra b, que permite a la víctima reclamar indemnización conforme al derecho común y mencionando expresamente la reparación del daño moral. Algunos sostenían que el precepto estaba autorizando al trabajador para obviar el contrato de trabajo y demandar por la vía extracontractual, prueba de lo cual era que la disposición ordenaba la reparación del daño moral, lo que, según la concepción de la época, no era admitido en materia contractual[3].

De esta manera, la aceptación de la teoría de la opción ante el concurso de responsabilidades permitió a los tribunales incluir en la reparación el daño moral, consistente en la pérdida o lesión corporal sufrida por el trabajador.

Superada la restricción del daño moral en la responsabilidad contractual, aun cuando se acepte la teoría de la opción, no parece haber incentivos para que el trabajador proceda a elegir el régimen extracontractual en vez del contractual.

2. PROBABLE DESINTERÉS DEL TRABAJADOR DE RECURRIR A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Hoy que la Corte Suprema ha aceptado que el daño moral también debe ser reparado en sede contractual[4] y atendido que sólo la responsabilidad contractual es conocida por los tribunales especializados del trabajo que tienen un procedimiento más expedito y en general son más

---

2 Cfr. C. Sup. 2 de enero de 1945, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 493; C. Concepción, fallo con casación rechazada C. Sup., 17 de marzo de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 3ª, p. 26. Puede verse la jurisprudencia citada por Alonso Traviesas, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades*, Santiago, LexisNexis, 2006, pp. 290 y ss.

3 Alonso (n. 2), p. 294, percibe una cierta tendencia a estimar que el art. 69 de la Ley N° 16.744 establece una acción única de responsabilidad que permite aplicar indistintamente las normas contractuales o las extracontractuales. Agrega que esta interpretación, aunque sea más favorable a las víctimas, no respeta la estructura de la responsabilidad civil. Estamos de acuerdo con esta crítica si se entiende que hay una sola acción en la que se mezclan disposiciones legales contractuales y extracontractuales (la teoría del llamado cúmulo efectivo o por conmixtión de normas), pero no si lo que se afirma es que la víctima no tiene derecho a escoger entre el estatuto contractual o el estatuto extracontractual, ya que se produce un concurso de normas y de acciones que es mejor solucionado por el criterio de la elegibilidad por parte del perjudicado.

4 Desde la sentencia de 20 de octubre de 1994. Cfr. Domínguez A., Ramón y Domínguez B., Ramón, "Comentario a la sentencia de Corte Suprema de 20 de octubre de 1994", en *Revista de Derecho* (U. de Concepción), 196, 1993, pp. 155 y ss.

proclives a tutelar los intereses de los trabajadores, no hay razones para que el trabajador lesionado ejerza la acción extracontractual.

No tiene ventajas tampoco en materia de prescripción ya que en responsabilidad extracontractual el plazo es más corto: 4 años (art. 2332 CC), en vez de los cinco años de la responsabilidad contractual (art. 2515 CC). Si se entendiera que la prescripción de la acción responsabilidad contractual por accidentes del trabajo se rige por el art. 510 inc. 2° del Código del Trabajo que dispone que "las acciones provenientes de los actos o contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios", podría recuperar interés el plazo de cuatro años de la responsabilidad por delito o cuasidelito civil, pero la jurisprudencia ha descartado la aplicación de los plazos de prescripción del Código del Trabajo a la responsabilidad por accidentes, considerando que el plazo es de cinco años, ya sea por el art. 2515 del Código Civil o por lo previsto en el art. 79 de la Ley N° 16.744, que dispone que "las acciones para reclamar las prestaciones por accidentes del trabajo... prescribirán en el término de cinco años contado desde la fecha del accidente". De esta manera, es más amplio el plazo si se invoca la responsabilidad contractual y no parece que exista utilidad de trasladarse al plano extracontractual para escapar de plazos más cortos de prescripción.

Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual el demandante tiene la carga de probar la culpa, mientras que en la contractual la culpa se presume del incumplimiento (art. 1547 CC)[5].

La jurisprudencia ha aplicado esta presunción de culpa sobre la base conjunta del art. 1547 del Código Civil y del art. 184 del Código del Trabajo. La Corte de Concepción ha establecido: "Que armonizando el artículo 184 del Código del Trabajo y 1547 del Código Civil, cabe concluir que en la responsabilidad contractual el incumplimiento de las obligaciones se presume, de manera que al que reclama dicha responsabilidad sólo le incumbe probar la existencia de la obligación, pero no debe acreditar que el incumplimiento de ésta sea culpable. En cambio, el empleador que pretende liberarse de responsabilidad deberá probar haber dispuesto las medidas de seguridad adecuadas para, de este modo, entender cumplido el deber de diligencia exigido por la ley. La prueba de la diligencia excusa del deber de reparar. La prueba de la diligencia debida o cuidado incumbe al que ha debido emplearla, esto es, como se dijo, al empleador. El empleador debe desvirtuar la presunción de culpa y la prueba que se produzca debe provocar la convicción en el Tribunal de que se empleó la debida diligencia" (C. Concepción 24 de septiembre

[5] Si bien podría argumentarse que el deber de seguridad en el trabajo es una obligación de medios, y por tanto para acreditar el incumplimiento es necesario que el afectado pruebe la negligencia. No obstante, la distinción entre obligaciones de medio y de resultado es discutida en nuestra doctrina civil.

de 2007, con casación rechazada por Corte Suprema, 6 de diciembre de 2007, *Legal Publishing* N° 37986, cons. 4°).

La misma Corte, en otra sentencia, ocupa la presunción para tener por establecida la negligencia de una empresa de supermercado por los daños sufridos por un trabajador sobre el que cayó un portón de corredera: "Que el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil previene que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo –dijo el Tribunal–, de manera que, establecido como ha quedado en la consideración precedente el incumplimiento contractual de la demandada, ha pesado sobre ésta la carga de acreditar que ha obrado en este orden sin culpa y sin dolo, no obstante lo cual ninguna probanza ha rendido a este respecto. En efecto, ningún medio de prueba ha producido para demostrar que la anormalidad en el funcionamiento del portón de corredera haya ocurrido a pesar de haberse empleado una acuciosidad preventiva suficientemente diligente respecto de quien responde de culpa leve; por consiguiente, esta Corte tiene por establecido que el incumplimiento en que incurrió la empleadora Hipermercado Bío Bío Limitada fue culposo" (C. Concepción 5 de marzo de 2008, rol N° 502-2007, *Legal Publishing* N° 38398, cons. 17).

Además de presumir la culpa, los tribunales no ven problemas en considerar constituida en mora al empleador por el solo hecho del accidente, aplicando el plazo tácito al que se refiere el N° 2 del art. 1551 del Código Civil. La Corte de Concepción en el mismo caso de la caída del portón de supermercado, declaró: "Que la demandada Hipermercado Bío Bío Limitada quedó constituida en mora en el cumplimiento de su obligación de seguridad con antelación al 10 de febrero de 2006, fecha en que ocurrió el accidente, en la modalidad pertinente al caso, que es la contemplada en el N° 2 del artículo 1551 del Código Civil, porque, atendida su naturaleza, la prestación de cuidado debido no ha podido ser ejecutada sino con anterioridad a la operación del portón de corredera por el trabajador el 10 de febrero de 2006 y, pese a ello, dejó transcurrir el espacio de tiempo corrido hasta esa fecha sin honrar su deber legal; de manera que, consistiendo éste en una obligación de hacer y habiéndose constituido en mora la deudora de la obligación de cuidado, ha surgido la obligación indemnizatoria de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, porque así lo previene el N° 3 del artículo 1553 del Código Civil" (C. Concepción 5 de marzo de 2008, rol N° 502-2007, *Legal Publishing* N° 38398, cons. 18).

Una posible ventaja que podría tener el trabajador al optar por el régimen extracontractual sería hacer valer en contra del empleador un mayor grado de culpa (levísima), ya que en el contrato de trabajo se responde sólo de culpa leve, según la regla del art. 1547 del Código Civil, mientras que en la responsabilidad extracontractual se responde de toda culpa, al menos según la opinión más tradicional. Pero aparte de que los casos en que esta distinción fuera aplicable serían muy escasos, lo cierto es que

la jurisprudencia laboral estima, implícitamente, que, por los bienes que están en juego: la vida y salud de la persona del trabajador, el empleador responde de toda culpa.

Podría pensarse que, en algún caso, le convendría al trabajador demandar la responsabilidad extracontractual para que la empresa demandada no le opusiera cláusulas del contrato de trabajo que lo exoneraran o atenuaran la responsabilidad. Pero lo cierto es que si existieran estas cláusulas (en algunos contratos de trabajo en condiciones o situaciones riesgosas), con toda seguridad en el juicio laboral de responsabilidad contractual podrían impugnarse de nulidad ya que los derechos de los trabajadores (la seguridad entre ellos) son considerados irrenunciables (art. 5 inc. 2° CT).

El único beneficio que visualizamos podría tener el trabajador que opta por la responsabilidad extracontractual es que la reparación podría extenderse a daños que no fueron previstos ni pudieron preverse a la época del contrato, lo que no se permite, salvo dolo, en caso de incumplimiento del contrato (art. 1558 CC). Pero nuevamente el criterio impuesto por la jurisprudencia, de que siempre el daño causado por el accidente es previsible a la época del contrato, termina por neutralizar también esta ventaja.

La Corte de Concepción ha señalado que "...a los fines de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 1558 del Código Civil, es preciso consignar que esta Corte presume judicialmente, con arreglo a la sana crítica, que los daños morales experimentados por el demandante Luis Reyes fueron previsibles para la demandada Hipermercado Bío Bío Limitada al tiempo de la celebración del contrato de trabajo, porque es público y notorio y desde todo punto de vista evidente que de la omisión en el cumplimiento del deber de seguridad impuesto por el artículo 184 del Código del Trabajo al empleador, en cuanto a mantener en operación equipos adecuados y en correcto estado de operación, se deriva la clara posibilidad de la producción de daños morales a los trabajadores, en razón de la eventualidad de ocurrencia de accidentes, especialmente tratándose de un portón de corredera de un peso aproximado de una tonelada que pueda volcarse sobre aquéllos o sobre cualquiera persona" (C. Concepción 5 de marzo de 2008, rol N° 502-2007, *Legal Publishing* N° 38398, cons. 23).

3. ADVERTENCIAS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA DEMANDA

En todo caso convendría que cuando el trabajador demandara ante el tribunal del trabajo dedujera su acción fundada en las normas propias del estatuto contractual y no en los artículos del título XXXV del libro IV del Código Civil. De lo contrario, procedería la excepción dilatatoria de incompetencia del tribunal. También puede el juez de oficio declararse incompetente señalando al juez civil como competente de una demanda

que invoca la responsabilidad extracontractual (art. 447 CT). Si la demanda se funda en la responsabilidad extracontractual y la sentencia la falla como de responsabilidad contractual, hay ultra petita sancionable con nulidad por aplicación del art. 478 letra a) del Código del Trabajo

Si en la demanda se silencia el fundamento jurídico de la acción o se mezclan disposiciones legales propias de la responsabilidad contractual con otras pertenecientes al régimen extracontractual, el demandado podrá interponer, con éxito, la excepción dilatoria de ineptitud del libelo (cfr. art. 446, N° 4 CT), que debe ser resuelta en la audiencia preparatoria (cfr. art. 453 N° 1 CT).

Analizada la posibilidad de concurrencia de acciones en cabeza del mismo trabajador, podemos pasar al segundo punto de nuestro estudio que pretende considerar la posibilidad de concurrencia de acciones de responsabilidad por el hecho de poder demandarse a más de un sujeto pasivo, lo que ocurre en el caso de subcontratación.

III. Concurrencia de acciones por pluralidad de demandados: subcontratista y empresa principal

1. La acción de responsabilidad contra el subcontratista y la empresa principal en el antiguo art. 64 del Código del Trabajo

Aunque ya no esté vigente, resulta importante analizar la situación de concurrencia de acciones que se producía con el antiguo texto del art. 64 del Código del Trabajo, hoy sustituido por el nuevo art. 183 en sus diversas letras, por la abundante jurisprudencia que generó.

El texto del antiguo art. 64 del Código del Trabajo establecía la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena sólo respecto de obligaciones laborales o previsionales, por lo que, en estricto rigor, la disposición no podía aplicarse a la obligación de responder por el daño causado en accidentes del trabajo, puesto que esta obligación, como lo señala el art. 69 de la Ley N° 16.744, es regida por el derecho común y no es, por tanto, una obligación laboral sino civil[6].

La jurisprudencia de los tribunales del trabajo no coincidió con este planteamiento, y bajo el expediente de que el daño procede del incumplimiento de la obligación de seguridad contemplada en el art. 184 del Código del Trabajo, que es una obligación laboral, entendió que el dueño de la obra, empresa o faena era subsidiariamente responsable por las indemnizaciones a que diera lugar el accidente laboral del trabajador del subcontratista. Pero no había uniformidad de criterios sobre cómo debía

6 Cfr. Corral (n. 1), p. 256.

imputarse esa responsabilidad. Mientras para algunos jueces era necesario acreditar que el principal no tomó las medidas adecuadas pudiendo hacerlo, para otros bastaba acreditar la responsabilidad del empleador directo para que se diera lugar a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra.

En la primera postura, encontramos fallos como uno de la Corte de Apelaciones de Santiago que declara: "que tratándose de la responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena esta tiene su fundamento en razones de distinto orden; por una parte, en el provecho que reporta del trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por otro, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales –entre las cuales se encuentra la de protección– que benefician a esos trabajadores. La ley impone al demandado subsidiario el deber de satisfacer con su patrimonio dichas obligaciones; sin embargo, con el fin de evitar ese efecto, el propio legislador se encarga de dotar a la empresa principal de los medios necesarios para prevenir ese incumplimiento. En este contexto, el dueño de la obra sólo puede ser responsable de las indemnizaciones derivadas de un accidente laboral, cuando tenga o haya tenido el menos un mínimo rol de vigilancia en la faena en que tuvo lugar el siniestro, es decir, cuando ha existido también incumplimiento de su parte" (C. Santiago, 2 de julio de 2008, rol 6920-2007, *Legal Publishing* N° 39618, cons. 10°). Esta doctrina fue expresamente acogida por la Corte Suprema: "que, desde un ángulo práctico la responsabilidad en examen debe estimarse comprensiva sólo de los casos en que el dueño de la obra, faena o empresa ha pedido fiscalizar el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable. Ya se resolvió en materias similares que si ello escapaba de la esfera de control del responsable subsidiario, éste no puede ser condenado en tal calidad" (C. Sup. 24 de septiembre de 2007, rol 748-2006, *Legal Publishing* N° 37298, cons. 22); "Que, en esta línea de deducciones corresponde asentar que en la sentencia atacada se ha incurrido en una falsa aplicación del artículo 64 del Código del Trabajo, por cuanto se lo ha hecho regir una situación no regulada por él, desde que la dueña de la obra o faena recurrente no es responsable subsidiariamente de la indemnización de perjuicios otorgada a favor del trabajador, por cuanto no incumplió con sus obligaciones de fiscalizar la adopción de las medidas de seguridad pertinentes por el empleador directo del trabajador afectado, de manera que no puede imponérsele la responsabilidad de que se trata" (C. Sup., 12 de agosto de 2008, rol 2555-2008, *Legal Publishing* N° 39532, cons. 9°).

Pero otros pronunciamientos judiciales estimaron que se trataba de una responsabilidad subsidiaria que no contemplaba el análisis del elemento subjetivo de la empresa principal. Así, la Corte de Santiago afirmó que "la referida responsabilidad subsidiaria a que se encuentra sujeto el dueño de una obra, empresa o faena en virtud del citado artículo 64 del

ordenamiento laboral, reconoce como único y suficiente factor de atribución la titularidad dominical de la persona a quien se pretende hacer efectivo el deber de responder, sobre esa obra, empresa o faena; en otros términos, establecida la responsabilidad del contratista en la ocurrencia del accidente del trabajo, responde de manera subsidiaria quien encargó la ejecución de la obra sin que, respecto de éste, sea necesario entrar a considerar elementos subjetivos de imputabilidad, como son el dolo o la culpa, sea en el accidente mismo así como en la celebración del correspondiente contrato de obra (C. Stgo., 31 de enero de 2001, cons. 2°, con cas. rechazada por Corte Suprema, 30 de septiembre de 2002, rol 1733-2001, *Legal Publishing* N° 26023). En términos casi literales repite esta doctrina un fallo de la Corte de Concepción, esta vez del año 2007: "Que la responsabilidad subsidiaria a que se encuentra sujeto el dueño de la obra, empresa o faena en virtud del artículo 64 del Código del Trabajo, reconoce como único y suficiente factor de atribución la titularidad dominical de la persona a quien se pretende hacer efectivo el deber de responder, sobre esa obra, empresa o faena; en otros términos, establecida la responsabilidad del contratista en la ocurrencia del accidente del trabajo, responde de manera subsidiaria quien encargó la ejecución de la obra sin que, respecto de éste, sea necesario entrar a considerar elementos subjetivos de imputabilidad, como son el dolo o la culpa, sea en el accidente mismo así como en la celebración del correspondiente contrato de obra o faena" (C. Concepción 24 de septiembre de 2007, cons. 15, con casación rechazada por Corte Suprema, 6 de diciembre de 2007, rol 6066-2007, *Legal Publishing* N° 37986).

En cualquier caso, se admitió, entonces, una concurrencia de acciones, ya que el trabajador podía demandar a su empleador directo y, en forma subsidiaria, a la empresa dueña de la obra, empresa o faena. Pronunciándose sobre el tema de la competencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 2008, rechazó la casación en la forma planteada por la demandada responsable subsidiaria que se fundaba en el vicio de incompetencia del juez del trabajo. La Corte entendió que "el precepto legal en que se apoya la acción intentada, tanto en cuanto se dirige contra el empleador directo, tanto en cuanto lo hace contra el dueño de la obra o faena, es el artículo 184 del Código del Trabajo, el que establece el deber general de protección de la vida y la salud de los trabajadores, norma que se encuentra incorporada a todo contrato de naturaleza laboral, siendo un elemento de su esencia" (C. Stgo., 2 de julio de 2008, rol 6920-2007, *Legal Publishing* N° 39618, cons. 2°). Agregó que "el demandante acciona en virtud del vínculo de subordinación y dependencia que lo unía a la demandada principal y, por aplicación de la regla del artículo 64 del estatuto laboral, tratándose de la demandada subsidiaria. Esta empresa no es un tercero totalmente ajeno a la relación laboral; el actor desempeñaba labores en la obra de la demandada, en calidad de trabajador de la empresa contratista y a ésta la asiste responsa-

bilidad, si se dan los presupuestos legales para ello. Por consiguiente, el tribunal laboral es plenamente competente para conocer de las acciones intentadas, a la luz de lo previsto en la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo" (C. Stgo., 2 de julio de 2008, rol 6920-2007, *Legal Publishing* N° 39618, cons. 3°).

Esta tesis, con todo, era sumamente precaria, porque aunque se aceptara que la responsabilidad subsidiaria del art. 64 del Código del Trabajo comprendía la responsabilidad civil por accidentes laborales, era claro que no se trata de un supuesto de responsabilidad contractual: ningún contrato ligaba al trabajador afectado con la empresa dueña de la faena. El que el dueño de la faena "no sea totalmente ajeno a la relación laboral" es una cuestión de la organización del trabajo, pero no un vínculo jurídico, ni menos de carácter contractual entre la empresa principal y los trabajadores de sus contratistas.

Así estaban las cosas cuando la Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006 (en vigor desde el 14 de enero de 2007), vino a reformular enteramente la cuestión estableciendo, en reemplazo del art. 64 del Código, el nuevo art. 183 en sus diferentes letras.

2. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN EL ACTUAL ART. 183 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

La reforma ha restituido el sentido original del art. 64 del Código del Trabajo en cuanto a qué obligaciones son imputables al dueño de la obra, si bien ahora contempla que su responsabilidad puede ser solidaria o subsidiaria; se trata de obligaciones laborales y previsionales "de dar": el artículo 183-B del Código del Trabajo dispone que "La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos...". No cabe aquí la obligación de seguridad que es una obligación de hacer[7].

[7] La Dirección del Trabajo así lo ha entendido en el Dictamen N° 141-05, de 10 de enero de 2007, donde sostiene: "Armonizando todo lo expuesto, resulta dable afirmar que la responsabilidad solidaria que asiste a la empresa principal y al contratista por las obligaciones laborales de dar en favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que, derivando de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada. – Por lo que respecta a las obligaciones previsionales, cabe señalar que la circunstancia que el artículo 183-B, en comento, haya circunscrito la responsabilidad de la empresa principal o del contratista sólo a las obligaciones de dar, no así a las de hacer, carácter que revisten las obligaciones de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a que se alude en el dictamen N° 544/32, precedentemente citado, forzoso es convenir que a la luz de la nueva normativa que se contiene en el citado artículo 183-B, la responsabilidad solidaria de la empresa principal y el contratista sólo alcanzará al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores de que se trata".

Con todo, la reforma atribuye a la empresa principal la 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. El art. 183 E del Código del Trabajo señala: "Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, 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, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud"[8].

Queda claro en esta nueva formulación normativa que la responsabilidad de la empresa principal puede provenir del incumplimiento de la obligación legal de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los que laboran en su faena, aunque no tengan vínculo contractual con ella. Por ello, ya no es una responsabilidad derivada (subsidiaria de la otra) sino una responsabilidad por culpa propia.

3. ¿PUEDEN EJERCERSE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL SUBCONTRATISTA Y LA EMPRESA PRINCIPAL?

El problema que se presenta es a qué régimen corresponde la acción que puede deducirse contra la empresa principal por el accidente laboral de un trabajador de la empresa subcontratada. Si ya antes la conclusión que se imponía era la aplicación del régimen extracontractual, una vez modificado el origen y naturaleza de la responsabilidad del dueño de la obra, no parece caber dudas en que se trata de un supuesto de responsabilidad aquiliana.

Como vimos, no se trata de una responsabilidad derivada, subsidiaria de la que afecta a la empresa subcontratada, sino de una responsabilidad autónoma y por la negligencia en el incumplimiento de una obligación

[8] El art. 66 bis de la Ley N° 16.744, también introducido por la reforma de la Ley N° 20.123, dispone que "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 la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores". La norma agrega que para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas y que corresponderá al mandante, velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas. Por su parte, el art. 3 del D. Sup. N° 594, de 1999, Ministerio de Salud, Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, dispone que "la empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella".

legal que se impone directamente a la empresa principal. No hay vínculo contractual entre la víctima y la empresa principal que pueda fundamentar la responsabilidad contractual.

Con ello, los juzgados del trabajo deben considerarse incompetentes para conocer de las demandas de los trabajadores interpuestas contra la empresa principal invocando el art. 183 E del Código del Trabajo. Esta acción deberá ser interpuesta ante los jueces civiles. Si esto es correcto, no parece posible acumular la acción contra el empleador responsable y contra la empresa principal en un solo juicio ante el juez laboral[9].

Para contradecir esta conclusión podría invocarse la teoría de que el incumplimiento de una obligación legal da lugar a la aplicación de la responsabilidad contractual, que sería el derecho común en materia de responsabilidad[10]. Pero más allá de que esta posición hoy día es más bien impugnada por la doctrina más moderna[11], nos encontramos con que el texto del art. 420 letra f) del Código del Trabajo no sólo excluye la responsabilidad extracontractual sino que señala expresamente que la competencia de los jueces del trabajo se limita a las demandas de responsabilidad interpuestas "contra el empleador". En este caso, la empresa principal claramente no es el empleador del trabajador dañado por el accidente y por tanto el juez laboral no puede ser competente.

Sabemos que los juzgados del trabajo se han resistido a asumir esta incompetencia ante las demandas planteadas después de la reforma de la Ley N° 20.123, de 2006, y han señalado que sería contradictorio con el fin de la reforma que el trabajador quedara en peor condición 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 del art. 64 del Código del Trabajo 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.

No obstante, podemos coincidir en que no parece conveniente que la responsabilidad extracontractual del dueño de la obra sea sustanciada ante un juez y con un procedimiento distinto del que corresponde a la

9 Podrían acumularse las acciones si el trabajador haciendo uso de la opción de responsabilidades eligiera la vía extracontractual para demandar a su empleador directo, pero en tal caso se vería privado de los beneficios que le concede la jurisdicción especial del trabajo.

10 Así, Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimp. de la 1ª edic., 2005, N° 28, pp. 43-45; Abeliuk, René, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edic., 2008, t. II, N° 929, pp. 909-911.

11 Cfr. CORRAL (n. 1), p. 41; Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 843, pp. 1060-1062.

responsabilidad del empleador directo. Pero esto es una consecuencia de no haberse modificado el art. 420 letra f) del Código del Trabajo, que puede ser criticado pero no ignorado en su claro tenor y sentido legal.

De la concurrencia de acciones por un supuesto de pluralidad de demandados, debemos pasar ahora al caso inverso de concurrencia de acciones por pluralidad de demandantes, que se da cuando junto al trabajador lesionado existen víctimas que sufren indirectamente por ese daño.

IV. Concurrencia de acciones en caso de pluralidad de demandantes: Trabajador lesionado y víctimas por repercusión

1. Planteamiento del supuesto

Otro caso de concurrencia de acciones en los accidentes laborales se produce cuando hay varios legitimados activos que reclaman una indemnización. Es lo que ocurre cuando demanda el trabajador para obtener reparación como víctima directa y otras personas (cónyuges, hijos, padres, hermanos) que piden se les indemnice el perjuicio propio que han recibido por el accidente sufrido por el trabajador. Estos ofendidos son los que la doctrina denomina víctimas indirectas o también víctimas por rebote o por repercusión.

2. Titularidad de las víctimas por repercusión

Las víctimas por repercusión tienen titularidad para obtener reparación del daño según las reglas generales. Por de pronto, el art. 69 de la Ley N° 16.744 precisa que, ante un accidente del trabajo, pueden reclamar reparación, la víctima (el trabajador) "y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad les cause daño". Esto se corrobora por la remisión "a las prescripciones del derecho común" que hace la norma también cuando demandan terceros distintos del trabajador, es decir, cuando se trata de víctimas indirectas.

En el derecho común, está afirmado, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, que las víctimas indirectas están legitimadas para pedir la reparación civil si concurren los requisitos generales de la responsabilidad (hecho imputable, daño, nexo causal)[12].

[12] Cfr. Corral (n. 1), p. 318, y especialmente Elorriaga de Bonis, Fabián, "Del daño por repercusión o rebote", en *Revista Chilena de Derecho* 26, 1999, 2, pp. 374-385.

3. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EXTRACONTRACTUAL A LAS VÍCTIMAS POR REPERCUSIÓN

Las víctimas por repercusión son terceros ajenos a la relación contractual. No forman parte del contrato de trabajo. Por ello, el régimen de responsabilidad que debe aplicárseles, conforme al derecho común, es el de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

En consecuencia, las víctimas indirectas o por repercusión de un accidente del trabajo no pueden demandar en cuanto tales ante los tribunales del trabajo y si lo hacen, el demandado podrá interponer con éxito la excepción de incompetencia, o incluso ser anulada la sentencia que se llegue a dictar ante esa jurisdicción acogiendo la demanda.

Las víctimas por repercusión deberán ejercer su demanda ante el juez civil y sustanciar su pretensión bajo las rúbricas del juicio ordinario. Si interponen también acción en el procedimiento laboral, habrá litis pendencia. Así lo ha declarado la Corte Suprema: "Hay litis pendencia si se interpone demanda civil de indemnización de perjuicios por las víctimas indirectas contra el responsable principal y subsidiario, y luego se demanda lo mismo en juicio del trabajo" (C. Sup., cas. forma, 12 de octubre de 2006, rol 2876-2005, *Legal Publishing* N° 35358).

4. CONCURRENCIA DE ACCIONES DEL TRABAJADOR LESIONADO Y DE LAS VÍCTIMAS POR REPERCUSIÓN

¿Es posible que ante el mismo hecho demanden el trabajador y las víctimas indirectas cada cual reclamando su propio daño?

La respuesta debe ser positiva, pero los procesos no podrán acumularse ya que están sometidos a jurisdicciones y procedimientos distintos[13].

No hay litis pendencia ni cosa juzgada entre ellos ya que no concurren ni la identidad de partes, ni el objeto pedido (el daño es distinto), ni la causa de pedir (el régimen de responsabilidad en que se fundan las acciones es distinto). Pero el daño debe ser diferente, para que no se incurra en doble indemnización.

En todo este supuesto, hemos analizado la concurrencia de acciones en caso de pluralidad de demandantes partiendo del entendido de que el trabajador sobrevivió al accidente. Ahora nos debemos hacer cargo de la posibilidad de que el accidente haya provocado el fallecimiento del trabajador. Aparece entonces la figura de sus herederos y la posibilidad de que su acción concurra con la de las víctimas indirectas o por repercusión.

[13] Podrían acumularse si el trabajador, haciendo uso de la opción que defendimos para el caso de concurso de regímenes de responsabilidad, ejerciera la acción de responsabilidad extracontractual. Pero como ya vimos esto es poco probable por las ventajas que le proporciona el juez y procedimiento del trabajo.

V. Concurrencia de acciones en caso de muerte del trabajador: herederos y víctimas por repercusión

1. Los herederos del trabajador fallecido como titulares de la acción de responsabilidad

a) Distinción entre actuación *iure proprio* y *iure hereditatis*

En caso de muerte del trabajador, surge un nuevo protagonista en los casos de concurrencias de acciones, los herederos. Estos no demandan su propio daño sino el sufrido por el trabajador fallecido que no ha sido indemnizado. Se distingue así la acción que se interpone *iure proprio* y aquella que se deduce *iure hereditatis*. Es importante precisar el fundamento de la acción ya que la titularidad puede recaer en las mismas personas, como sucede cuando el trabajador fallece y deja como herederos abintestato a su cónyuge y sus hijos. Estos pueden actuar como víctimas por repercusión, alegando el propio daño sufrido en su persona o patrimonio (demandan entonces *iure proprio*), o bien puede invocar su calidad de herederos abintestato de la víctima y reclamar indemnización del daño sufrido por ésta y que se ha transmitido a ellos en cuanto sucesores universales (demandan entonces *iure hereditatis*).

Pero bien podría darse que esta coincidencia de titulares no se diera, por ejemplo, si el trabajador deja herederos por testamento que no son sus familiares más cercanos que puedan ser afectados por la pérdida de su vida.

Nos abocamos ahora a analizar el caso de quienes actúan *iure hereditatis*, invocando su calidad de herederos, y con prescindencia de si son o no además víctimas por repercusión.

b) Régimen aplicable a los herederos

Los herederos actúan como sucesores *mortis causa* del trabajador y reclaman el daño sufrido por éste, por lo que se sustituyen en su lugar y se les deben aplicar iguales reglas (cfr. art. 1097 CC). Ellos sí son sucesores de las partes del contrato, aunque éste haya terminado por la muerte del trabajador, en cuanto reclaman las prestaciones que se le debían al mismo trabajador y que éste ha dejado en su patrimonio al fallecer. Por ello, el régimen de responsabilidad que debe considerarse aplicable es el de la responsabilidad por incumplimiento de contrato: la responsabilidad contractual[14].

[14] Domínguez Hidalgo, Carmen, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. II, p. 786, señala que los herederos que demandan el daño moral deberán hacerlo por la vía contractual o extracontractual según la posición del causante: "si éste habría podido accionar en virtud de la infracción de un contrato, la acción será contractual, y si no había

Siendo así los tribunales del trabajo son plenamente competentes para conocer este tipo de acciones.

Pero los herederos no sustituyen al trabajador en el mismo contrato, ya que este ha terminado por la muerte, y por ello no son aplicables las reglas propias del contrato de trabajo a los herederos. Se ha fallado, a nuestro juicio con razón que, si los herederos firman un acuerdo recibiendo una cantidad de dinero como reparación por el accidente, aunque se le denomine finiquito, este acto no se rige por las normas laborales. En el caso, los padres del hijo accidentado recibieron una cantidad de dinero por parte de la empresa y firmaron un "finiquito" ante un notario de Talcahuano. Posteriormente, se trató de anular esta transacción por no haberse firmado ante un notario de la localidad correspondiente como lo exige el art. 177 del Código del Trabajo: "Que en la especie –dijo la Corte–, contrariamente a lo aseverado por los recurrentes, el finiquito de que se trata no es de carácter laboral, ya que a los actores no los une ninguna relación de esta especie con la demandada, la que no inviste en modo alguno la calidad de empleadora respecto de ellos. Los demandantes han accionado civilmente, de acuerdo con las normas del Derecho Común, en un juicio de indemnización, en su carácter de herederos de don H. C. A. P. I., de modo que el finiquito celebrado y su posterior ratificación no se rigen por el artículo 177 del Código del Trabajo, por lo cual es irrelevante que la ratificación haya sido efectuada ante un Notario de Talcahuano y no ante un Notario de Valparaíso, de lo que se concluye que no se ha transgredido dicha norma laboral" (C. Sup., cas. fondo, 5 de marzo de 1996, rol 32325-1995, *Legal Publishing* N° 23154, cons. 5°).

c) Limitación de la acción de los herederos: intransmisibilidad del daño moral

No hay duda de que si el trabajador ha sufrido daños patrimoniales, por ejemplo, daño emergente (pago de gastos médicos o de rehabilitación) o lucro cesante (pérdida de ganancias por los días que estuvo imposibilitado de trabajar), ese daño patrimonial es transmisible a los herederos, y estos pueden ejercer la acción de reparación del daño sufrido por su causante. El art. 2315 del Código Civil menciona expresamente a los herederos como titulares de la acción de responsabilidad cuando se trata de daño en las cosas[15].

---

contrato entre él y el causante del daño, la acción es extracontractual. El o los herederos no pueden alterar la naturaleza de esta acción, ni aun bajo el pretexto que ellos son ajenos al contrato que haya podido ligar a la víctima directa con el autor". No obstante, advirtamos que los herederos gozan también del mismo derecho que tenía el trabajador a optar por el régimen extracontractual, de acuerdo a la teoría de la opción que defendemos para estos casos de concurso de responsabilidades.

15 Con todo, es difícil que se deduzca esta acción si el trabajador recibió las prestaciones médicas y subsidios que prevé la Ley N° 16.744, ya que estas son imputables a la indemnización que corresponde por el daño sufrido.

La cuestión se vuelve más compleja cuando se trata del daño extrapatrimonial o moral padecido por el trabajador. Reiteramos que estamos suponiendo que los herederos aquí no actúan *iure proprio* (por su propio daño por repercusión) sino *iure hereditatis*, por el crédito que habría sido incorporado al patrimonio del trabajador y que éste, al fallecer, habría transmitido a los herederos conforme a las reglas generales de la sucesión hereditaria.

En Chile, hasta sólo unos cuantos años se entendía que el art. 2315 CC establecía una regla general de transmisión del crédito de indemnización, de modo que, no habiendo una disposición que estableciera la intransmisibilidad, el derecho a la reparación del daño moral se transmitía a los herederos del ofendido que moría.

Sólo se exceptuaba el caso en que el accidente causaba la muerte instantánea del trabajador, pues se sostenía que, en tal evento, no se alcanzaba a adquirir el derecho a la reparación, en razón de que el daño era la misma muerte que extinguía la capacidad de la persona. Esta doctrina también era cuestionada y se destacaba que llevaba al absurdo de tratar mejor al agresor que causaba la muerte instantánea de la víctima (que se libraba de la indemnización) que aquel que sólo la hería produciéndose la muerte con posterioridad (que debía la indemnización a los herederos).

Con todo, en el último tiempo ha ido ganando terreno la idea de que todo daño moral, sea el que se causa por la muerte instantánea o el que se genera al trabajador que luego muere (aunque la muerte no sea causada por las lesiones ocasionadas por el accidente), es un derecho personalísimo e intransmisible. Varios argumentos proporcionan razonabilidad a la idea: el hecho de que en este caso la reparación pierde su sentido de paliar o atenuar los sufrimientos de la víctima y se asemeja a un enriquecimiento sin causa del heredero, la idea de que el art. 2315 CC sólo menciona a los herederos respecto del daño patrimonial, así como el hecho de que los herederos pueden ser personas absolutamente ajenas al causante e incluso el fisco En el plano propio del Derecho del Trabajo se añade la invocación del art. 88 de la Ley N° 16.744 que dispone que los derechos establecidos por esta ley son personalísimos e irrenunciables para el trabajador.

La posición de la intransmisibilidad ha sido defendida primeramente por el profesor Ramón Domínguez Águila en un artículo publicado el año 2004 en la *Revista Chilena de Derecho*[16]. Posteriormente, ha sido acogida por el profesor Enrique Barros en su *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* como una mejor opción frente a la posibilidad de acumulación de acciones de herederos y víctimas por repercusión[17]. La tesis ha sido también recepcionada por dos fallos de la Corte Suprema, justamente en relación con la responsabilidad por accidentes del trabajo.

16 Domínguez Águila, Ramón, "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, 2004, N° 3, pp. 493-514.

17 Barros (n. 10), p. 947.

En el primero de ellos, la Corte afirma que "en cuanto a los dos primeros parámetros aludidos, relativos a la calidad de la pretensión que se ejerce y el carácter del resarcimiento que ella exige, resulta prioritario consignar el estrecho e indesmentible vínculo entre ambos en cuanto este último se genera y justifica en la aflicción del trabajador afectado, lo que le imprime un carácter de personalísima a la primera, que no logra desvirtuarse con el hecho que dé lugar a un crédito en dinero, pues aun integrando dicho elemento patrimonial, el sentido y contenido de la acción en estudio sigue inalterable, por cuanto lo que ella persigue es compensar el mal soportado por la víctima, personalmente. Es ésta la que ha sido lesionada en un 'interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuanto el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella' (Arturo Alessandri, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Editorial Universitaria, 1943). De esta manera, el objetivo arriba aludido, sólo se cumple, entonces, cuando la reparación es entregada al que padeció el dolor, la molestia o aflicción en sus sentimientos o facultades espirituales" (cons. 10°). Se añade el carácter personalísimo de esta indemnización que se basaría en el art. 88 de la Ley N° 16.744: "Que lo antes razonado armoniza con el tenor del artículo 88 de la Ley N° 16.744, cuya infracción acusa también la demandada, el cual reza 'Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables', calificación, la primera, que impide su transferencia y transmisión. Tal proscripción se justifica, según se ha venido razonando, en la íntima vinculación que las pretensiones de esta clase tienen con la persona y que se ve innegablemente desnaturalizada ante un cambio de sujeto" (cons. 11°). Se tiene en cuenta el carácter reparatorio de la indemnización por responsabilidad civil, lo que se desvirtuaría si la percibieran los herederos que no han sufrido personalmente el daño: "Que la circunstancia de que el resultado del accidente laboral sea la muerte del trabajador, a juicio de esta Corte, no podría implicar, de modo necesario, una alteración de lo concluido precedentemente, desde que la esencia de la indemnización que se entrega a la víctima de un accidente laboral, por su daño moral, es reparatoria de su aflicción personal. No es, por lo tanto, un resarcimiento con carácter sancionatorio, aun cuando se trate de la pérdida de la vida como consecuencia del incumplimiento del deber de protección de que se trata, pues si bien ello produciría como efecto, la factibilidad que se deduzca la acción pertinente, por vía hereditaria, llevaría también al absurdo de admitir que quien pierde la vida en las circunstancias explicadas tiene el derecho a ser 'reparado' por ello, el que a su vez, transmite a terceros, todo lo cual no condice con la naturaleza de la pretensión en examen" (cons. 12°). Finalmente, la sentencia acoge la casación y anula el fallo que acogía la demanda de los herederos: "Que, por todo lo razonado, sólo cabe concluir que los sentenciadores, al acoger

la acción de la demandante, interpuesta en su calidad de heredera del trabajador fallecido y condenar a la demandada a pagar el monto que se indica en la sentencia impugnada, a título de indemnización de perjuicios por el daño moral causado a aquél, con ocasión de un accidente laboral, han infringido lo dispuesto en los artículos 69 letra b) y 88 de la Ley N° 16.744, desde que su correcta interpretación y aplicación debió llevar al Tribunal a desechar la acción interpuesta. Lo anterior, como se explicó, debido a que la referida pretensión de reparación, en cuanto se sustenta en el sufrimiento moral de la víctima de un accidente del trabajo, por ser personalísima e intransmisible, no puede ser deducida por otro que no sea su titular y en el evento que el afectado haya fallecido, la acción por la indemnización de su padecimiento espiritual y aflicción, no se transmite al patrimonio de sus herederos" (cons. 15°) (C. Sup., 27 de junio de 2007, rol 309-2006, *Legal Publishing* N° 36631).

En el segundo caso, el trabajador accidentado permaneció consciente unos minutos, luego perdió el sentido y a las dos horas murió. La cónyuge y los hijos demandaron daño moral como herederos. El tribunal de primera instancia acogió la demanda. La Corte de Apelaciones de Valdivia la revocó, por considerar que en los breves minutos no pudo haber pensado en reclamar la reparación del daño. Ante la casación en el fondo, la Corte Suprema vuelve a señalar que el daño moral en estos casos es intransmisible, prácticamente con los mismos argumentos que la sentencia anterior: "Que, sin perjuicio de lo decidido, es útil señalar que, este tribunal ya ha decidido que la acción ejercida en estos autos es intransmisible, en atención a que su naturaleza es personalísima, aunque exista entre esa acción y el resarcimiento pretendido, que es de carácter pecuniario, un estrecho e indesmentible vínculo, por cuanto este último se genera y justifica en la aflicción del trabajador afectado, lo que le imprime el carácter de personalísima a la acción de que se trata, el que no logra desvirtuarse con el hecho que dé lugar a un crédito en dinero, pues aun integrando dicho elemento patrimonial, el sentido y contenido de la pretensión cuestionada sigue inalterable, ya que lo que ella persigue es compensar el mal soportado por la víctima, personalmente. Es ésta la que ha sido lesionada en un 'interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuanto el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella' (Arturo Alessandri, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Editorial Universitaria, 1943). De esta manera, el objetivo de resarcimiento, sólo se cumple, entonces, cuando la reparación es entregada al que padeció el dolor, la molestia o aflicción en sus sentimientos o facultades espirituales, conclusión que, además, armoniza con el tenor del artículo 88 de la Ley N° 16.744, el cual prescribe 'Los derechos concedidos por la presente ley son personalísimos e irrenunciables', calificación, la primera, que impide su transferencia y

transmisión. Tal proscripción se justifica, como se anotó, en la íntima vinculación que las pretensiones de esta clase tienen con la persona y que se ve innegablemente desnaturalizada ante un cambio de sujeto" (cons. 9º). Se agrega que "la circunstancia de que el resultado del accidente laboral sea la muerte del trabajador, a juicio de esta Corte, no podría implicar, de modo necesario, una alteración de lo concluido precedentemente, desde que la esencia de la indemnización que se entrega a la víctima de un accidente laboral, por su daño moral, es reparatoria de su aflicción personal. No es, por lo tanto, un resarcimiento con carácter sancionatorio, aun cuando se trate de la pérdida de la vida como consecuencia del incumplimiento del deber de protección impuesto al empleador, pues si bien ello produciría como efecto la factibilidad que se deduzca la acción pertinente, por vía hereditaria, llevaría también al absurdo de admitir que quien pierde la vida en determinadas circunstancias tiene el derecho a ser reparado por ello y, a su vez, lo transmite a terceros, todo lo cual no se condice con la naturaleza de la acción de que se trata" (cons. 10º) (Corte Sup., 27 de noviembre de 2007, rol 6196-2006, *Legal Publishing* Nº 37723).

Si se concuerda con esta posición, la participación de los herederos del trabajador fallecido en los juicios de responsabilidad civil se verá fuertemente restringida, porque como sabemos muchas veces el daño que se reclama es sin duda el daño moral, en sus diversas facetas. Se cierra, así, también la vía que se había discurrido para que los familiares lograran una indemnización recurriendo al juez del trabajo y no a los jueces civiles.

Incluso es posible sostener que, aun cuando el trabajador haya ejercido en vida la acción ante los tribunales del trabajo y muere durante el proceso, no podrían sus herederos sustituirse en el juicio y proseguirlo a nombre de su causante. En efecto, si se sostiene que se trata de un derecho personalísimo, que no puede tener naturaleza reparatoria si va a parar a manos de los herederos, por exigencias de consistencia interna de la teoría, debería concluirse que la muerte del demandante conlleva necesariamente el término del juicio, sin que puedan los herederos continuarlo[18].

[18] En contra, a pesar de defender la tesis de la intransmisibilidad, se pronuncia Domínguez, R. (n. 14), p. 497, por entender que ya trabada la litis se aplican las normas procesales: "En este caso no se trata de la transmisibilidad de la acción, sino de la continuación del proceso por los herederos de la parte fallecida, es decir, de una cuestión de sustitución de parte en el proceso. En nuestro derecho, la muerte del demandante no tiene por qué producir una alteración del curso del litigio, desde que el art. 529 del Código Orgánico de Tribunales ordena que el mandato conferido al abogado no termina por la muerte del mandante, por lo cual si durante el juicio fallece el demandante, el mandatario constituido continúa en su encargo y los herederos verán si le sustituyen o si prefieren no intervenir dejando al ya constituido que termine su labor para reclamar más tarde, como tales herederos, el producto de la acción. El art. 5 del Código de Procedimiento Civil, que contiene regla para el caso de fallecimiento de una parte en el juicio se aplica solo en el caso que esa parte 'obre por sí misma', es decir, sin mandatario judicial abogado".

2. VÍCTIMAS POR REPERCUSIÓN EN CASO DE MUERTE DEL TRABAJADOR

a) Identificación de las víctimas por repercusión

Es indudable que en caso de fallecimiento del trabajador lesionado por el accidente, se produce un daño indirecto en las personas que estaban más cercanas a él por vínculos de matrimonio, filiación o parentesco. Este daño puede consistir en la pérdida del apoyo económico que proporcionaba el trabajador y en el dolor o sufrimiento que produce la pérdida de un ser querido. En estos casos, los afectados por repercusión proceden *iure proprio*, es decir, alegan y deben probar que ellos han sufrido en su patrimonio o persona y el monto de la indemnización se fijará tomando en cuenta, no el daño experimentado por el trabajador, sino el sufrido por sus familiares o cercanos. No se tiene en cuenta si ellos son o no herederos de la víctima.

Un problema importante es cómo se establece qué víctimas por repercusión pueden ser indemnizadas y si existe una cierta prelación entre las diversas personas relacionadas con la víctima por conyugalidad, parentesco o afectividad. No hay un criterio claro pero la doctrina aboga por una limitación a la familia nuclear: cónyuge e hijos. La Corte de Valparaíso, ha fallado que, habiendo la cónyuge y los hijos recibido indemnización por la muerte del trabajador, los padres que posteriormente demandan de responsabilidad extracontractual carecen de la acción. Se invoca la prelación que establecen los arts. 43 y ss. de la Ley N° 16.744 para distribuir la pensión de sobrevivencia entre el cónyuge, madre de hijos no matrimoniales, hijos, ascendientes y descendientes del trabajador o pensionado inválido, así como el art. 14 de la antigua Ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad que, en caso de fallecimiento del aludido, otorga el derecho de rectificación a la cónyuge, padres, hijos o hermanos; de estas normas la Corte deduce que "la acción corresponderá en primer término a la cónyuge e hijos si los hay; sólo en su ausencia debe considerarse a los ascendientes, colaterales, etc." (C. Valpso., 20 de octubre de 2000, *RDJ* t. 97, sec. 2ª, p. 95, cons. 7° de sentencia de reemplazo)[19].

b) Régimen de responsabilidad aplicable a estos titulares

Nuevamente, como en el caso del trabajador meramente lesionado, debemos señalar que las víctimas indirectas, no son ni han sido parte

[19] El art. 43 de la Ley N° 16.744 dispone que "si el accidente o enfermedad produjere la muerte del afiliado, o si fallece el inválido pensionado, el cónyuge, sus hijos legítimos, naturales, ilegítimos o adoptivos, la madre de sus hijos naturales, así como también los ascendientes o descendientes que le causaban asignación familiar, tendrán derecho a pensiones de supervivencia en conformidad con las reglas de los artículos siguientes".

del contrato de trabajo, de modo que su acción de reparación deberá regirse necesariamente por el estatuto propio de la responsabilidad extracontractual.

c) Tribunal competente y procedimiento

La acción de las víctimas por repercusión en caso de muerte del trabajador debe ser conocida por los jueces civiles y no por los tribunales laborales, atendida la disposición del art. 420 letra f) del Código del Trabajo.

Esta norma ha provocado muchas confusiones en esta materia, pues, con justa razón, los familiares se resisten a recurrir a la vía ordinaria civil y prefieren demandar ante los juzgados laborales. Es probable que por eso las demandas sean ambiguas y confusas. Muchas veces los demandantes invocan su condición de herederos abintestato del trabajador (con lo que se pretende otorgar competencia a los juzgados del trabajo) y a la vez reclaman el daño moral en cuanto familiares o cercanos al trabajador fallecido. En el pasado, los jueces del trabajo e incluso los mismos tribunales superiores, aceptaron estas demandas ambiguas o equívocas y sentenciaron desentendiéndose de la condición de herederos de los demandantes y dándoles el carácter de víctimas indirectas[20].

Pero la Corte Suprema, y más tarde las Cortes de Alzada, con apego a la legislación vigente, comenzaron a rechazar este tipo de presentaciones y afirmaron la tesis de que si se trata de reclamación del daño por repercusión se está demandando la responsabilidad extracontractual para la cual son incompetentes los juzgados del trabajo[21].

Esta es la doctrina jurisprudencial que se mantiene vigente. Así, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Concepción casó en la forma la sentencia de primera instancia laboral que acogía la demanda de los padres y hermanos del trabajador fallecido, aunque la demanda era confusa. La Corte estimó que habían comparecido *iure proprio*: "En consecuencia, se ha comparecido a título personal, sosteniendo acciones propias y no las derivadas del contrato de trabajo que vinculó al difunto con la demandada principal. Es decir, los actores no comparecieron como causahabientes del trabajador fallecido, en cuyo haz hereditario se comprendieran las

[20] Puede verse por ejemplo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza la excepción de incompetencia, por cuanto "el preciosismo de las formas habría de ser preterido ante las prioritarias exigencias de eficacia del derecho" y llegando a aducir que la promulgación del Código del Trabajo habría derogado la remisión al derecho común contenida en el art. 69 letra b) de la Ley N° 16.744: C. Santiago, 10 de julio de 1995, *GJ* 181, p. 138.

[21] La aclaración jurisprudencial parece haberse iniciado con la sentencia de la Corte Suprema de 19 de agosto de 2003, rol 4859-02, la que fue comentada favorablemente por Domínguez Águila, Ramón: "Competencia civil para el conocimiento de la acción indemnizatoria del daño moral sufrido por causahabientes del trabajador", en *Revista de Derecho* (U. de Concepción), 211, 2002, pp. 259-265.

acciones de responsabilidad en contra de la empleadora. Lo demandado son pretensiones que exceden el vínculo contractual pactado entre el trabajador y la demandada principal ni dicen relación con las condiciones de seguridad que la Ley Laboral impone al empleador implementar en las estaciones de trabajo" (C. Concepción, cas. forma, 17 de junio de 2004, con cas. declarada inadmisible por Corte Suprema, 19 de agosto de 2004, rol 3044-2004, *Legal Publishing* N° 30733). En parecido sentido, la Corte de Punta Arenas, ha sentenciado: "... si bien se invoca una relación laboral, para deducir la demanda, y la norma del artículo 184 del Código del Trabajo, se hace patente del libelo principal de la actora, que entre ella y la demandada no ha existido vínculo de esa naturaleza, evidenciándose que la acción procedente era por responsabilidad extracontractual en sede civil, y mal se podía haber tramitado la causa ante el Juzgado de Letras del Trabajo, atento a lo previsto en el artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, relacionado con el artículo 69 letra b) de la Ley N° 16.744" (C. Pta. Arenas, 23 de diciembre de 2008, rol 19-2008, *Legal Publishing* N° 41463, cons. 3°)[22].

La Corte Suprema mantiene a firme esta posición. Durante el año 2008 ha juzgado que "ha de estimarse que la acción deducida en estos autos tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual en relación con el trabajador fallecido, pero a título personal, por la cónyuge, no es de la competencia de los juzgados laborales, de manera que, al no decidirlo así, la sentencia atacada ha incurrido en la causal de nulidad formal denunciada por la recurrente" (cons. 8°), y que "aun cuando la actora argumenta en su libelo que la responsabilidad que persiguen deriva del incumplimiento por parte de la empleadora del trabajador fallecido del deber de seguridad establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, tal mención resulta insuficiente para hacer competente al juzgado del laboral, ya que, como se dijo, ningún nexo de naturaleza laboral les unió a la demandada" (cons. 9°) (C. Sup., 20 de agosto de 2008, rol 3337-2008, *Legal Publishing*: N° 39580). La sentencia argumenta desde la historia del establecimiento de la disposición del art. 420 letra f) del Código del Trabajo, introducida por el art. 1 N° 3 de la Ley N° 19.447, de 8 de febrero de 1996[23].

[22] A veces se produce nuevamente la confusión, como sucede en un caso conocido por la Corte de Talca. El juicio se había interpuesto por las víctimas por repercusión en contra del empleador directo, el subsidiario y el fisco. El tribunal del trabajo acogió la excepción de incompetencia, pero, al ser su sentencia apelada, la Corte de Talca la revocó y declaró que el juzgado laboral era competente. Pronunciada la sentencia definitiva, se recurre de casación en la forma por vicio de incompetencia y esta vez la Corte acoge el recurso por entender que la jurisdicción laboral no era competente. Finalmente, la Corte Suprema casó este segundo fallo por ir contra cosa juzgada (C. Sup., cas. forma de oficio, 11 de diciembre de 2008, rol 4529-2008, *Legal Publishing* N° 41397).

[23] Sostiene la sentencia: "que, así también este tribunal ya ha decidido que establecida la naturaleza de la responsabilidad de que se trata, corresponde determinar la competencia de los juzgados laborales para conocer de este pleito. Al respecto, cabe traer a colación la norma contenida en el artículo 420 f) del Código del Trabajo, que establece: 'Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: f) los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades

En un caso posterior, nuevamente la Corte Suprema resuelve que se trata de víctimas por repercusión y no de herederos y determina la incompetencia de la jurisdicción del trabajo. Señaló el Supremo Tribunal, "que, según se estableció en la sentencia que por esta vía se impugna, si

profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° 16.744'. Que dicha norma fue agregada al artículo 420 del Código del ramo, en virtud de la modificación introducida por el artículo 1° N° 3 de la Ley N° 19.447, de 8 de febrero de 1996. El Mensaje de S. E. el Presidente de la República, con el cual esta ley fue enviada al Congreso Nacional, decía en lo pertinente: 'Se aclara expresamente la competencia que los juzgados laborales tienen para conocer de aquellas causas en que se persigue la responsabilidad contractual derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Al hacerlo así, se está reconociendo lo que parte importante de la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido al resolver las causas que en esta materia se han sometido a su conocimiento. Esta precisión, tiende a dar mayor certeza a las partes de la relación laboral acerca del ámbito de competencia de esta judicatura, garantizando así el más pleno ejercicio de los derechos que la ley consagra'. Que siguiendo con el análisis de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, es dable consignar que, en la discusión general, el Subdirector del Trabajo expresó que el proyecto resuelve una cuestión de competencia y dispone que la responsabilidad contractual del empleador, esto es, la que se deriva del contrato de trabajo, es de competencia de los Juzgados del Trabajo, en tanto que la responsabilidad extracontractual corresponde a un juicio de lato conocimiento que es de competencia de los Juzgados Civiles. Además, en las actas respectivas se deja constancia que preocupó a la Comisión que la disposición propuesta usara la expresión 'responsabilidad contractual del empleador'. El señor Subdirector del Trabajo señaló que esta norma tiene por objeto dilucidar una controversia que se ha suscitado con frecuencia entre los Juzgados del Trabajo y los Juzgados Civiles respecto a cuáles son los tribunales competentes para conocer de los accidentes del trabajo. La jurisprudencia no ha sido uniforme. Por ello la norma propone separar la responsabilidad contractual de lo que es la responsabilidad extracontractual. En primer lugar, porque en ambas la calificación del dolo y la culpa es distinta y, en segundo término, porque en una o en otra la posibilidad del daño moral es diferente. En consecuencia, hay una separación que es fundamental efectuar. La responsabilidad extracontractual debe ser de competencia de los Tribunales Civiles en un juicio de lato conocimiento. Por el contrario, la responsabilidad que deriva del contrato de trabajo, específicamente de lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo, en cuanto a que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, debe ser de competencia de los Juzgados del Trabajo. Que el Senador, señor Thayer, estimó que no sería conveniente hacer una referencia expresa a la responsabilidad contractual, porque el solo hecho de que se celebre un contrato de trabajo, liga al trabajador y al empleador a toda la normativa legal que ampara la seguridad en el trabajo. No son responsabilidades que emanan de lo que han contratado las partes, sino que de lo dispuesto en la ley como consecuencia de existir un contrato de trabajo. En cuanto a la responsabilidad extracontractual es evidente que tiene que estar excluida de la competencia de los tribunales del trabajo, por cuanto su determinación requiere un juicio de lato conocimiento y debe por su naturaleza estar entregada a las prescripciones del derecho común, puesto que en ella puede haber terceros involucrados como responsables del accidente, dando lugar a otras indemnizaciones. Que, en fin, se estimó conveniente contemplar la norma propuesta suprimiendo la mención al carácter contractual de la responsabilidad del empleador y agregar que esta competencia será con exclusión de la responsabilidad extracontractual, a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley N° 16.744, quedando, el artículo como ya se transcribió" (C. Sup., 20 de agosto de 2008, rol 3337-2008, *Legal Publishing*: N° 39580). Debe anotarse de paso que la eliminación de una referencia expresa a la responsabilidad contractual no tiene mayor relevancia, ya que se excluye la responsabilidad extracontractual y por lo tanto la que permite la competencia laboral no puede ser sino la responsabilidad derivada de contrato. Como señala Ramón Domínguez Águila, el hecho de que una obligación sea impuesta por la ley (deber de seguridad) no impide que la responsabilidad siga siendo contractual si el contrato es *conditio iuris* para la vigencia y aplicación de la obligación impuesta por la ley y puesto que esas obligaciones pasan a integrar el contenido del contrato conforme a la disposición del art. 1546 del Código Civil: Domínguez, R. (n. 19), p. 261, nt. 1.

bien es efectivo que los actores se presentan al interponer la demanda como continuadores legales de los derechos de don R. Z. Z., es decir, alegan su calidad de herederos a título universal, lo cierto es que para fundamentar la procedencia del daño moral, expresan en la demanda lo siguiente: 'si bien es difícil de evaluar este tipo de daño en este caso debe tenerse en especial consideración que hemos perdido de una forma inesperada y violenta a un padre y marido, hecho que nos provoca una enorme aflicción...' Así también el fallo de primer grado en el motivo 27° concede la indemnización por daño moral considerando '...la relación familiar de los actores cónyuge e hijos con el trabajador fallecido en trágicas circunstancias (accidente laboral) y que su muerte causó pérdida y aflicción irreparable...'" (cons. 6°). Constatado lo anterior, la Corte aclara "que entonces no se trata de una acción que se haya encontrado en el patrimonio del causante, sino que se ha demandado el daño moral sin fundarse en el sufrimiento de la víctima del accidente que le causó las lesiones que con posterioridad le provocaron la muerte, sino en el daño propio que le causó a quienes se declaran herederos al fallecimiento de su padre y cónyuge" (cons. 7°). La Corte concluye "que, en consecuencia, como ha establecido la sentencia que por esta vía se impugna, no se trata de una cuestión suscitada entre trabajador y empleador, ni tampoco se ha ejercido la acción en calidad herederos o continuadores del dependiente afectado, la que por lo demás tampoco se ha acreditado fehacientemente en autos por las vías legales. Es decir, ciertamente entonces, se pretende hacer efectiva una responsabilidad de naturaleza extracontractual, ajena a la competencia de los Tribunales del Trabajo, la que debe ser conocida y resuelta por el Tribunal con competencia en lo civil" (cons. 8°) (Corte Suprema, cas. fondo, 24 de diciembre de 2008, rol 6621-2008, *Legal Publishing* N° 41445).

d) Prescripción de la acción

Como en estos casos es aplicable la responsabilidad extracontractual la prescripción se rige por el art. 2332 CC y las víctimas por repercusión tienen del plazo de cuatro años desde la perpetración del acto, que será la fecha del accidente, para demandar la reparación del daño sufrido

Así lo ha establecido la Corte de Concepción para un caso en que demandaron los padres del hijo fallecido en un accidente del trabajo: "Que respecto a la excepción de prescripción alegada por la apelante, cabe tener presente que en el caso de autos quienes están demandando son terceros ajenos al vínculo laboral existente entre la demandada y la víctima, por lo que se está frente a un caso de responsabilidad extracontractual, hecho por lo demás reconocido por los propios actores al fundar la indemnización en las normas de los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil. Por consiguiente, se debe aplicar en materia de prescripción la norma del

artículo 2332 del Código Civil, esto es, que las acciones para demandar indemnizaciones prescriben en cuatro años contados desde la ocurrencia del acto... No cabe aplicar al caso presente la norma del art. 79 de la Ley N° 16.744, que establece un plazo de prescripción especial de 5 años para reclamar las prestaciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, por cuanto, en el caso de autos no se están demandando prestaciones por un accidente del trabajo, sino una indemnización por un hecho ilícito, por lo que, por mandato del artículo 69 letra b) de la Ley N° 16.744, rigen las prescripciones del derecho común, y el derecho común en este caso, es el artículo 2332 del Código Civil" (C. Concepción 24 de julio de 2000, rol 772-1999, *Legal Publishing* N° 2214, cons. 7°)[24].

e) Aplicabilidad del art. 2330 del Código Civil: culpa de la víctima

Otro punto que es necesario abordar al tratar de la acción de víctimas por repercusión en caso de fallecimiento del trabajador accidentado dice relación con la aplicación del art. 2330 CC que establece la reducción de la indemnización cuando la víctima se expuso temerariamente al daño. Esto se alega muy frecuentemente en juicios de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, porque es usual que haya sido el mismo trabajador el que incurrió en descuidos o negligencias en cuanto a las medidas de seguridad para trabajar.

En principio, la culpa concurrente de la víctima sólo podría oponerse como excepción al trabajador y a los herederos que ejercen la misma acción de su causante, y esto significa acoger la doctrina que estima que este precepto se aplica no sólo a la responsabilidad extracontractual, donde tiene su sede normativa, sino también a los casos de incumplimiento contractual[25].

---

[24] Para Domínguez, R. (n. 19), p. 264, la idea de que se aplicaría el plazo de 5 años contemplado en el art. 79 de la Ley N° 16.744 porque la acción de las víctimas indirectas está también prevista en el art. 69 letra b) de la misma ley, es un argumento que resulta del todo forzado. No obstante su discutible fundamento, la aplicación de la prescripción del art. 79 de la Ley N° 16.744 a los accidentes del trabajo ha contado con apoyo jurisprudencial, cuando demanda el trabajador: C. Concepción, 28 de agosto de 2002, *GJ* N° 266, p. 210 y también cuando reclaman las víctimas por repercusión: C. Santiago, 10 de julio de 1995, *GJ* N° 181, p. 138. Más recientemente, en cambio, la Corte de Santiago ha juzgado que se aplica el Código Civil y no la Ley N° 16.744: C. Stgo., 6 de marzo de 2009, *GJ* N° 345, p. 267.

[25] Una reciente sentencia de la Corte Suprema rechaza casar una sentencia por el hecho de que haya aplicado la reducción del art. 2330 a la demanda de indemnización del trabajador accidentado aunque se trate de un caso de responsabilidad contractual. Señala la Corte: "que sobre la base de lo señalado, surge la procedencia de la consideración por parte del tribunal de la conducta del afectado por el siniestro al momento de determinar el monto de la indemnización por daño moral, en tanto concreta en el caso la directriz de compensación de culpas ínsita en la norma del artículo 2330 del Código Civil y para lo cual el estatuto dentro del cual ésta fue situada por el legislador, no obsta en forma alguna. En efecto, la vigencia del principio se sustrae de todo obstáculo originado en la naturaleza del precepto mencionado que lo regula desde que el comportamiento negligente del trabajador que fue una concausa del hecho dañoso o provocó la mayor gravedad de sus consecuencias, si bien

¿Pero qué sucede si los que demandan son los familiares como víctimas por repercusión?; ¿podrá reducirse la indemnización no por su culpa sino por la culpa de un tercero como es el trabajador? La jurisprudencia ha dicho que también la indemnización debe reducirse. La doctrina más reciente tiende a justificar esta aplicación por entender que el daño por repercusión o reflejo no puede independizarse completamente del régimen de reparación del daño directo, ya que la responsabilidad de quien ha participado en el accidente debe ser medida en relación con la conducta de la víctima[26] y que resulta absurda la solución contraria que llevaría a que la víctima indirecta obtenga más derechos que el perjudicado directo[27].

Otra cosa es que la culpa del trabajador haya sido la causa precisa y excluyente del daño, porque en tal evento no habrá responsabilidad por parte del empleador, ni para con el directamente afectado ni respecto de las víctimas por repercusión[28].

3. PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE HEREDEROS Y DE VÍCTIMAS POR REPERCUSIÓN

Suponiendo que se admita la acción de los herederos, sea porque ella se limita a cobrar daños patrimoniales no indemnizados o porque se entienda que el daño moral es transmisible, cabe preguntarse si pueden interponerse a la vez acciones de responsabilidad civil por parte de los herederos del trabajador, que reclaman el daño *iure hereditatis*, y otras por parte de las víctimas indirectas, que persiguen la indemnización del perjuicio sufrido *iure proprio*.

Incluso podemos ponernos en la hipótesis de que las personas coincidan: por ejemplo, si el trabajador no hizo testamento, sus herederos son el cónyuge y sus hijos. Si se acepta la acumulación el cónyuge sobreviviente y los hijos podrían reclamar el daño experimentado por el trabajador en cuanto herederos del mismo y a la vez pedir la indemnización de sus propios perjuicios como víctimas indirectas.

En rigor, se trata de acciones diferentes y que tienden a la reparación de un daño diverso, por lo cual no se ve impedimento dogmático para que puedan interponerse ya sea simultánea o sucesivamente. La única

---

no desplaza ni elimina en el presupuesto de imputación de responsabilidad el incumplimiento del deber de cuidado que permite el acaecimiento del siniestro, sea por el debilitamiento de las medidas pertinentes, sea por ausencia de fiscalización o control de la operatividad de las mismas, sí constituye un elemento de medición de aquél, que informa un criterio de carácter general para este fin sustentado en el principio de la buena fe y la proscripción del enriquecimiento sin causa" (C. Sup. 10 de septiembre de 2009, *GJ* N° 351, p. 219).

26 Barros (n. 10), p. 439.

27 Domínguez, C. (n. 12), t. II, p. 746.

28 La culpa exclusiva de la víctima habrá roto el nexo causal y no se podrá atribuir responsabilidad al empleador. Cfr. Domínguez, C. (n. 12), t. II, p. 747.

limitación que existiría sería la derivada de la diferencia de tribunales competentes y del procedimiento aplicable, puesto que la acción *iure hereditatis* debe ser interpuesta ante los tribunales del trabajo, mientras que la acción *iure proprio* (siendo extracontractual) es de competencia de los jueces civiles.

Así, la Corte Suprema, en el caso en que demandaron conjuntamente ante el tribunal del trabajo la cónyuge y los hijos como herederos y como víctimas por repercusión, señaló: "Que, las acciones deducidas de manera conjunta como se ha hecho en estos autos, someramente descritas en cuanto a la causa de pedir que las conforman, resultan del todo incompatibles, desde que, en razón de la materia sobre las que cada una de ellas versa, éstas han debido y deben ventilarse ante tribunales y mediante procedimientos diferentes. En efecto, aquélla que deriva de la responsabilidad contractual debe juzgarse necesariamente por el Juez de Letras del Trabajo que sea competente según las reglas generales, conforme se ha examinado en los razonamientos quinto y sexto de esta sentencia, aplicándose el procedimiento del juicio ordinario laboral, reglado en los artículos 439 y siguientes del Código del ramo. Por su parte, como se desprende de las mismas disposiciones legales ya examinadas, que rigen la competencia de los Jueces del Trabajo, y como en innumerables ocasiones lo ha decidido esta Corte, establecida que la naturaleza de la responsabilidad que sirve de fundamento a la acción es de carácter extracontractual, los Juzgados Laborales carecen de competencia para conocer de esta clase de acciones en razón de la materia, debiendo recurrirse, en tal caso, ante el Juez Ordinario Civil correspondiente" (9°). Descartó también la Corte la aplicación de la acumulación subsidiaria de la que habla el art. 17 del Código de Procedimiento Civil: "Que, desde otro punto de vista, en el caso que se examina tampoco hubiese podido haber prosperado la interposición simultánea de las acciones deducidas, ni aun si se hubiese pedido ser resueltas una como subsidiaria de la otra, puesto que resulta evidente que cuando el precepto contenido en el inciso final del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil así lo autoriza, lo hace reconociendo la competencia natural del tribunal para conocer de las mismas, no obstante su incompatibilidad" (10°) (Corte Suprema, 28 de septiembre de 2005, rol 1831-2004, *Legal Publishing* N° 32989).

Lo anterior no impediría que se ejercieran las acciones en sedes judiciales distintas: como herederos ante el juez del trabajo y como víctimas por repercusión ante el juez civil[29]. No podría alegarse litis pendencia ya que no existe identidad de cosa pedida (el daño a reparar es diferente) ni de causa de pedir (la legitimación de la acción es diversa). Pero esta

[29] Sólo si los herederos demandaran, en virtud de la teoría de la opción en caso de concurso de regímenes de responsabilidad, por el régimen de responsabilidad extracontractual, podrían acumularse sus acciones con las de las víctimas indirectas en un mismo proceso ante el juez civil.

concurrencia de acciones, aunque en fueros procesales distintos, sólo será posible, insistimos, en la medida en que se admita la acción de los herederos, que hoy, conforme a la jurisprudencia y doctrina más reciente, está fuertemente restringida.

VI. Principales conclusiones

Del recorrido que hemos efectuado por estos diversos casos de concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual surgidas por el daño causado a un trabajador por un accidente laboral, podemos sintetizar algunas de las conclusiones más relevantes:

1°) Los supuestos de concurrencia de acciones derivan o del concurso de responsabilidades que se produce en caso de accidente del trabajo debido a culpa del empleador o de la pluralidad de demandados o demandantes.

2°) En el primer caso: concurso de responsabilidades, se postula asumir la teoría de la opción que permitiría al trabajador elegir entre demandar por el régimen contractual o extracontractual. Se advierte, sin embargo, que no existen hoy en día beneficios importantes que induzcan al trabajador a recurrir a la vía extracontractual. Por el contrario, ello le significaría demandar ante los tribunales civiles, saliéndose de la competencia de los juzgados del trabajo, someterse al procedimiento del juicio ordinario y renunciar a los procedimientos más expeditos y tutelares del Código del Trabajo.

3°) La concurrencia de acciones por pluralidad de demandados se produce en el contexto de la subcontratación laboral cuando el trabajador puede demandar a la empresa contratista (empleadora) pero también a la empresa principal. De acuerdo al nuevo art. 183 del Código del Trabajo la responsabilidad de la empresa principal no es una responsabilidad subsidiaria, derivada de la contractual que compete a la empresa contratista, sino que una responsabilidad por culpa propia y, por tanto, de carácter extracontractual. Por ello, estas acciones no pueden acumularse, ya que la acción contra el contratista, siendo contractual, será de competencia del juez laboral, pero no así la dirigida contra la empresa principal, que deberá interponerse ante la jurisdicción civil.

4°) La concurrencia de acciones por pluralidad de demandantes se plantea, en caso de trabajador lesionado, cuando, además de éste, ejercen la acción de responsabilidad las víctimas indirectas o por repercusión. En tal caso, las acciones son procedentes pero no acumulables ante el juzgado del trabajo ya que las víctimas indirectas deben ceñirse a la responsabilidad extracontractual y demandar en sede civil.

5°) Si el trabajador fallece a consecuencia del accidente, la pluralidad de acciones de responsabilidad puede resultar de la reclamación de los herederos que reclaman el resarcimiento del daño padecido por el trabajador, *iure hereditatis*, y de la pretensión de los familiares o víctimas indirectas dirigida a obtener reparación del daño personal sufrido con ocasión de la muerte de su ser querido (*iure proprio*). En tal caso, los herederos deben demandar por la vía contractual y podrán acceder a la jurisdicción laboral, no así las víctimas indirectas que deben ejercer la acción extracontractual y ante la justicia civil. Es posible que las mismas personas actúen como herederos y como víctimas indirectas, sin que se pueda alegar litis pendencia en los procesos en los que ejercen sus acciones. Pero la posibilidad de actuación de los herederos se ve muy limitada por la teoría de la intransmisibilidad del daño moral, que ha sido aceptada por la jurisprudencia y doctrina civil más reciente.

6°) No parece plausible que en caso de concurrencia de acciones como los analizados en este trabajo algunas de ellas deban ejercerse ante la jurisdicción laboral y otras ante la justicia civil, a lo que se suma la aplicación de procedimientos diferentes. La diferencia de regímenes de responsabilidad no justifica esta separación de jueces competentes y procedimientos aplicables. Debería revisarse la disposición del art. 420, letra f) del Código del Trabajo para otorgar competencia a los tribunales laborales para conocer de todas las acciones que tiendan a reparar los daños causados por un accidente del trabajo, cualquiera sea el régimen de responsabilidad que resulte aplicable: contractual o extracontractual.

LAS TENDENCIAS EN DAÑO MORAL POR MUERTE O LESIÓN CORPORAL DE UN TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y LABORAL

María Sara Rodríguez Pinto
Doctora en Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

En el campo del daño moral, mi objetivo es la puesta al día del estudio efectuado por el profesor Hernán Corral sobre el daño moral por lesiones corporales y muerte en el ámbito de los accidentes del trabajo en la anterior edición de este seminario: Corral, "El daño moral por muerte o lesiones en la jurisprudencia, con particular referencia a los accidentes del trabajo", en Baraona, Jorge y Zelaya, Pedro, editores, *La responsabilidad por accidentes del trabajo*, Universidad de los Andes Cuadernos de Extensión Nº 10, Santiago, 2005, páginas 177 a 196. Lo hago aun cuando recientemente un ilustre jurisconsulto ha publicado un libro que titula: *El escándalo del daño moral* (Civitas, Madrid, 2008), donde critica la vaguedad del concepto en la jurisprudencia y el riesgo de que se utilice este mecanismo con una "finalidad punitiva" contraria al sistema indemnizatorio de nuestros códigos. Lo hago, además, con prevención de que personalmente no comparto la afirmación incondicionada del principio de la "reparación integral del daño", que la jurisprudencia y la doctrina descubren en las penumbras de la primera parte del artículo 2329 del Código Civil. Si el tiempo lo permite, al final de esta intervención podemos volver sobre estos aspectos "de principio".

Desde 2005, podemos afirmar varias de las tendencias en la jurisprudencia civil y laboral. Primero, el daño moral se ha instalado definitivamente en la jurisprudencia civil y laboral por daño corporal y muerte. Hay abundante jurisprudencia que admite la reparación de perjuicios extrapatrimoniales y no conocemos casos en que siga discutiéndose su procedencia.

Otra tendencia consolidada en este campo es la naturaleza contractual de la responsabilidad cuando la acción pertenece al trabajador. Cuando

la acción es deducida directamente por la víctima contra el empleador no hay duda alguna que estamos en presencia de responsabilidad contractual y que resulta competente el Juzgado de Letras del Trabajo. Hoy tampoco se discute la procedencia del daño moral en sede contractual. Se dejó de discutir el tema en el derecho común, especialmente por incumplimiento de obligaciones de custodia o seguridad (como en el contrato de transportes o en el contrato de trabajo). Tampoco se discute en el derecho especial regido por el Código del Trabajo.

Cuando la acción la deducen víctimas por rebote o sucesores de la persona del trabajador fallecido en un accidente del trabajo, la jurisprudencia por un tiempo vaciló. Hoy ya no hay duda de que la pretensión de las víctimas por rebote, e incluso la de aquellas que accionan como sucesores de la persona del causante, es de naturaleza extracontractual. En esto sí ha habido una evolución de la jurisprudencia, si bien en perjuicio de estas víctimas, que se ven obligadas a utilizar un procedimiento más oneroso que el que les ofrece la jurisdicción del trabajo.

Segundo, otra cuestión interesante es qué entendemos por daño moral; y qué es el daño corporal. En este campo, podemos afirmar que los daños físicos o corporales, que en algunos países han adquirido categoría propia, en nuestros tribunales no. Los daños físicos no pueden considerarse daños patrimoniales; luego, son daños extrapatrimoniales. Se asimilan, por tanto, según veremos en algunos fallos, al daño moral.

Tercero, la prueba del daño y su avaluación siguen siendo materias controvertidas. La doctrina exige la prueba de todo daño; y algún fallo muy reciente recoge esta exigencia. Sin embargo, generalmente el daño moral simplemente se *presume* de los hechos acreditados en juicio (las lesiones o la muerte). Es decir, los tribunales no exigen, en general, prueba sobre la especie ni sobre la cuantía de estos daños. La víctima satisface sus cargas probatorias acreditando las lesiones o la muerte. La avaluación del daño moral sigue en el terreno de la más absoluta discreción judicial. No conocemos fallos que dividan las condenas por daño moral o que justifiquen la determinación de su cuantía por partidas. Incluso hay casos en que la víctima divide sus pretensiones por partidas; pero los tribunales condenan "en globo".

Sí hay esfuerzos judiciales por avaluar con criterios más objetivos el lucro cesante, cuando la víctima pide su reparación. En este campo se exige prueba de las rentas que probablemente se dejarán de percibir con motivo del accidente; y los tribunales desarrollan fórmulas para calcular esta partida. De más está decir que en estos juicios, generalmente, las víctimas no piden indemnización del daño emergente, puesto que todos los gastos que le ha causado el accidente han quedado cubiertos por el seguro obligatorio de accidentes del trabajo (Ley N° 16.744).

Cuarto, en cuanto a los factores de atenuación o agravamiento de la responsabilidad, continúan vigentes las tendencias observadas en anteriores ediciones de este Seminario. La exposición imprudente de

la víctima al daño a veces es admitida como factor de atenuación de la responsabilidad; pero los tribunales valoran estrictamente la prueba del demandado, cuando pretende exonerarse o atenuar su responsabilidad por exposición imprudente de la víctima al daño. La obligación de seguridad del empleador se considera en los hechos como una obligación de resultado, cuyo incumplimiento se presume si ha ocurrido algún accidente, a menos que se acredite fehacientemente que el accidente obedece a caso fortuito, una causa de exoneración en algún caso admitida. Lo que sí está claro en la jurisprudencia es que el finiquito del contrato de trabajo y de otras pretensiones no exonera al empleador de responsabilidad civil por daño moral.

En cuanto al agravamiento de la responsabilidad hay tendencia a estimar que en el cumplimiento de su obligación de proporcionar seguridad a los trabajadores el empleador responde hasta de la culpa levísima; es decir, responde de toda culpa. Esta línea de argumentación contradice el artículo 1547 del Código Civil, que establece que sólo se responde de culpa levísima en los contratos en que *el deudor es el único que reporta beneficio*, como por ejemplo, en el contrato de comodato, porque el comodatario puede usar la cosa gratuitamente, con la sola obligación de restituirla al término del contrato. No es éste el caso del contrato de trabajo, en que ambas partes se obligan recíprocamente, una a realizar una tarea y la otra a remunerarla. Es complejo determinar que el empleador es el único que reporta beneficio en el contrato de trabajo; y que por eso del cumplimiento de sus obligaciones responde de culpa levísima.

La consideración de la cobertura del seguro de accidentes del trabajo y este panorama jurisprudencial nos permite afirmar, como conclusión, que el daño moral podría estar siendo utilizado como una herramienta punitiva, que rompe el esquema resarcitorio del sistema de responsabilidad civil chileno.

Estas son las materias a las que me voy a referir en esta intervención, que será casi exclusivamente jurisprudencial.

I. Definitiva admisibilidad del daño moral por lesiones o muerte en accidentes del trabajo

En materia de accidentes del trabajo con resultado de lesiones o muerte, podemos afirmar que está definitivamente instalada la admisibilidad del daño moral, tanto en sede contractual como extracontractual.

1. Fuentes que consagran esta admisibilidad

En sede contractual, donde son competentes los Juzgados del Trabajo (artículo 420, letra f) del Código del Trabajo, en adelante, CT), la in-

demnización del daño moral encuentra su fuente en la infracción a los deberes de higiene y seguridad que impone al empleador el artículo 184 del Código del Trabajo. La infracción de estos deberes, que se entienden incorporados al contrato individual de trabajo, obliga al empleador a reparar todo daño, especialmente lesiones corporales y muerte, que esta infracción cause a los trabajadores. La indemnización del daño moral en este específico ámbito de la responsabilidad contractual encuentra fuente en el derecho común (artículos 1556 y 1558 del Código Civil) y, especialmente, en el artículo 69, letra b) de la Ley N° 16.744 que permite a los trabajadores accionar por la reparación de perjuicios no reparados por el sistema del seguro obligatorio de accidentes del trabajo, incluido el daño moral.

La vía extracontractual, de la que conocen los jueces de letras en lo civil, admite expresamente la indemnización del daño moral con fuente en el artículo 69, letra b) de la Ley N° 16.744, de 1968, sobre seguro obligatorio de accidentes del trabajo. Esta norma acepta la compatibilidad de las prestaciones del seguro obligatorio con otras indemnizaciones que procedan conforme al derecho común, incluso el daño moral, cuando el accidente obedece a culpa o dolo el empleador o de un tercero. De más está decir que el derecho común de la responsabilidad extracontractual, es decir el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, admite hoy sin limitación alguna la indemnización de todo daño, incluido el daño extrapatrimonial o moral.

2. NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD Y PROBLEMAS DE COMPETENCIA

En este ámbito se reafirma la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de acciones deducidas directamente por la víctima contra el empleador. Se trata, indudablemente, de un supuesto de responsabilidad contractual.

Cuando las acciones se deducen por víctimas por rebote (hijos, padres, cónyuge) la materia es extracontractual y resulta competente el Juez de Letras en lo Civil (artículo 420, letra f del Código del Trabajo). Hay abundantes fallos de acciones erróneamente deducidas en sede laboral. A partir de 2005 estas acciones comienzan a rechazarse sistemáticamente en sede laboral, en una línea jurisprudencial que ya cuenta con varios fallos de la Corte Suprema que configuran lo que podría llamarse una doctrina jurisprudencial.

Por ejemplo, recientemente, en *Zambra con Sociedad Hotelera Domus* (2008) la Corte Suprema rechaza un recurso de casación deducido contra la sentencia de segunda instancia que anula de oficio el fallo de un Juez de Copiapó, que había condenado al demandado al pago de indemnizaciones por daño moral en unos autos laborales. Fundamento: los

demandantes ocurrían como sucesores de la víctima por el daño que su muerte les había causado directamente. Es decir, se desestima la acción deducida por los sucesores de la persona del trabajador en sede laboral porque los tribunales consideran que piden la indemnización de daños directos. La Corte Suprema reafirma la competencia de los jueces de letras en lo civil para conocer de estas acciones, que discurren fuera del vínculo entre trabajador y empleador que cierra la competencia de los Juzgados del Trabajo, según el artículo 420, letra f) del Código del Trabajo. Se declara expresamente que estas acciones son personalísimas e intransmisibles. En el mismo sentido resuelve la Corte Suprema en *Cuevas con Industria Forestal* (2008); en *Amestoy con Transportes Calafquén* (2007); en *Proman con Pesquera Bio-Bio* (2007); en *Ayala con Viña Tarapacá* (2005); en *Castillo con Transportes Santa Clara* (2005; en *Carballo con Sociedad de Hormigones* (2005) y en *Cisternas con Sociedad Alejandro Morales* (2005). Es decir, tanto la acción de los sucesores de la persona del causante, que accionan en tal calidad y no por derecho propio, como la acción de víctimas por rebote, se considera de naturaleza extracontractual, de competencia de la jurisdicción común.

Un caso muy especial es *Díaz con Erazo* (2008). Por motivos enteramente excepcionales la Corte Suprema admite lo obrado en sede incompetente en función de las garantías constitucionales de un racional y justo procedimiento, que se verían afectadas si se obliga a los actores a reiniciar un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria después de tener sentencia favorable en los Juzgados del Trabajo. Los actores deducen acción de indemnización de perjuicios en su calidad de padres del trabajador muerto en un accidente del trabajo ante el Juzgado de Letras del Trabajo y el juicio se sigue en sede laboral después de fallada a favor de los demandantes por la Corte de Talca la excepción de incompetencia deducida por la parte demandada, en una resolución que queda firme y ejecutoriada y produce cosa juzgada. Los actores obtienen sentencia definitiva, que estima la acción y condena al demandado al pago de una suma única y total como indemnización del daño moral. Conociendo de los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva, la Corte de Talca vuelve a pronunciarse sobre la competencia, pero esta vez acogiendo. Cuando el asunto llega a Santiago, la Corte Suprema anula de oficio las actuaciones procesales que declaraban incompetente al tribunal de primera instancia por afectar la garantía constitucional de un racional y justo procedimiento; y retrotrae todo el procedimiento al momento en que la Corte de Apelaciones resuelva sobre los demás recursos interpuestos contra la sentencia definitiva. La cuestión de la competencia es cosa juzgada. Es decir, se opta por dar por bueno lo obrado para no obligar a las víctimas a ocurrir ante tribunal competente para iniciar un nuevo juicio.

Podemos afirmar que está superada la jurisprudencia vacilante anterior, muy bien expresada en *Ordenes con Constructora* (2001). En este

caso, resolviendo un recurso de casación en la forma, la Corte Suprema declaraba que "este tribunal ya ha decidido reiteradamente que el origen de la acción deducida en estos autos se encuentra en el artículo 184 del Código del Trabajo, norma que complementa el deber de protección y seguridad a que está obligado el empleador en relación a la vida y salud de sus trabajadores y que el ejercicio de esta acción está regulado en el artículo 69 de la Ley N° 16.744, de manera que son los juzgados laborales los llamados a conocer de una controversia como la que se ha ventilado en este proceso". En *Ordenes*, la viuda demanda por sí y en representación de una hija menor de edad, en sede laboral, el daño moral sufrido por la muerte de su marido, hecho ocurrido a causa del desplome de una torre de andamios, que provocó su caída desde el décimo tercer piso de la obra en que trabajaba. El tribunal de primera instancia hace lugar a la demanda por estimar que la "angustia, dolor y sufrimiento del occiso es personalísimo, pero la indemnización a que da origen es transmisible por causa de muerte desde que el derecho al resarcimiento económico del causante por tales [daños] se incorporó a su patrimonio instantes previos a su fallecimiento". Los herederos pueden, por tanto, impetrar el resarcimiento que se estima como propio al haberse transmitido a ellos por causa de muerte. Se estima el daño moral en $ 70.000.000; la Corte de Santiago lo reduce a $ 45.000.000.

La línea jurisprudencial que acabamos de examinar nos permite trazar una diferencia entre las acciones deducidas por muerte y las acciones deducidas por lesiones en accidentes del trabajo. La reparación de daños no patrimoniales por muerte del trabajador es difícil de obtener. Exige litigar en sede civil, conforme al procedimiento ordinario. Así lo demuestra el fallo reciente de la Corte Suprema en *Rivas con Municipalidad* (2009) que, en definitiva, desestima la pretensión indemnizatoria de las víctimas por falta de prueba de la especie y cuantía del daño. En el caso, el Juez de Letras de Villarrica acoge la demanda y condena a la demandada a pagar $ 5.000.000 por concepto de daño moral a cada uno de los nueve hijos del causante, muerto en un accidente del trabajo. La Corte de Temuco, confirma. Pero la Corte Suprema acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la parte vencida. "El daño moral debe ser probado por quien lo reclama... no hay disposición alguna que exima de la prueba a quien reclame el daño moral". No pueden los tribunales "presumir el sufrimiento que la pérdida les produjo" a los actores, por el sólo establecimiento del vínculo filial que los unía a él. Tampoco había elementos "en el carácter de antecedentes conocidos para formar una presunción judicial". El fallo es acordado contra el voto del ministro señor Guillermo Silva Gundelach.

En cambio, cuando se trata de reparar daños sufridos por lesiones, los tribunales son permisivos y tolerantes con la prueba del demandante; pero estrictos con la defensa del demandado.

II. Tendencias en cuanto al contenido del daño moral

El daño moral causado por accidentes del trabajo no difiere en su contenido de las condiciones generales admitidas por la jurisprudencia y la doctrina.

Así, por ejemplo, en *González con Pozo* (2003), revocando la sentencia de primera instancia que desestima la demanda, la Corte de Talca define el daño moral como "una lesión en los *derechos inherentes a la personalidad* de un sujeto, que es de naturaleza extracontractual y que produce agravio, dolor, en este caso, en el derecho a la seguridad e integridad individual que el contrato de trabajo le aseguraba". La víctima trabajaba bajo la garantía de seguridad que debía proporcionarle el empleador, sin que sea relevante que sufrió el daño por haberse expuesto imprudentemente a él (desenganchó un coloso cargado, estacionado en pendiente, siendo aplastado por éste contra el tractor que lo arrastraba). En *González*, por tanto, el daño moral es la afectación de derechos inherentes de la personalidad, como el derecho a la seguridad e integridad individual que debía asegurar el empleador.

La lesión de cualquier interés legítimo del trabajador es también daño moral. Así, por ejemplo, en *Chandía con Ingeniería y Construcciones* (2004), para elevar la condena efectuada por un tribunal de primera instancia, la Corte de Santiago argumenta que "se produce daño moral con *toda lesión, menoscabo, detrimento, molestia o perturbación a un simple interés* del que sea titular una persona, como lo es la diferencia perjudicial para el actor, de veintiocho años de edad, entre su condición antes de sufrir el accidente, encontrándose perfectamente sano y después del mismo, parapléjico de por vida [...]". El actor pide que se eleve la condena a $ 300.000.000. La Corte accede pero, sin más argumento que su elevado concepto del daño moral, sólo a $ 150.000.000.

También es daño moral el daño estético y la pérdida del agrado de vivir. "El daño moral debe someterse a los principios de la reparación integral del daño, esto es, no sólo al precio del dolor sufrido, sino que asumir también las consecuencias futuras que se derivan del perjuicio, *considerando dentro de él lo estético, lo social, la pérdida del agrado de vivir* y otros elementos que permitan a la víctima suplir estas pérdidas o, al menos, permitirle el acceso a la tecnología médica para recuperar en un máximo nivel su capacidad al estado anterior del accidente", considera un tribunal de primera instancia para justificar la condena al demandado a reparar el daño moral. La Corte de Concepción eleva el quantum de la indemnización a casi el doble de la condena de primera instancia (el actor obtiene $ 40.000.000 en primera instancia y $ 70.000.000 en segunda instancia); sin que prosperen los recursos que pretenden impugnar esta decisión. "En cuanto al daño moral, considera el tribunal de alzada, importando el accidente laboral una situación de daño en la salud o vida

del trabajador y, por tanto, un *atentado a su personalidad* que le ha producido *dolor y aflicción*, debe ser indemnizado en una *suma congruente con su magnitud*". En los hechos, la víctima perdió ambas piernas por amputación debido a un accidente que le ocurrió al maniobrar carros de ferrocarril que tenían el sistema de acoplamiento en estado defectuoso. (*Valdebenito con Ferrocarril del Pacífico*, 2003).

En *Rojas con Pesca Chile* (2008) la Corte de Coyhaique, en fallo validado por la Corte Suprema al rechazar los recursos interpuestos en su contra, le da un contenido similar al daño moral cuando aumenta la cuantía de la condena de $ 60.000.000 a $ 110.000.000, por la *magnitud del accidente* que provocó en la víctima discapacidad física, psíquica y sensorial; disfunción sexual; pérdida de fuerza en las cuatro extremidades; dependencia para las necesidades más básicas; depresión y pérdida del goce de vivir. *Chandía con Ingeniería y Contrucciones* (2005) está en esta misma línea.

En *Abumada con Constructora Ralún* (2007), la Corte de Santiago revoca una sentencia de primera instancia para acoger la demanda por un daño moral que consiste en una *disminución de la capacidad física y de trabajo*. El trabajador había sufrido lesiones en un accidente de tránsito y el daño moral se estima en $ 5.000.000

De más está decir que los tribunales también consideran daño moral el dolor y sufrimiento de la víctima. Así, en *Ordenes*, el daño moral es la "angustia, dolor y sufrimiento" del causante, que incorpora un derecho al resarcimiento antes de su muerte y lo transmite a sus herederos.

Es decir, la jurisprudencia es amplia al valorar lo que debe entenderse por daño moral: el dolor y el sufrimiento de la víctima; la lesión de derechos inherentes a la personalidad o, incluso, de un simple interés del trabajador; el daño estético y la pérdida del agrado de vivir.

III. Incipiente desarrollo del daño corporal como categoría autónoma del daño moral

En la anterior edición de este seminario, el profesor Corral propiciaba el desarrollo de una categoría autónoma del daño moral, denominada "daño corporal"[1].

En *González con Sodimac* (2007), el actor reclama $ 20.000.000 por alteración de la salud física; $ 20.000.000 por alteración de la salud mental; $ 40.000.000 por daño físico permanente; $ 20.000.000 por incapacidades; y $ 20.000.000 por daño moral. El accidente consiste en la pérdida del dedo anular derecho, que se le engancha al actor en el soporte de una

[1] Otros autores también lo hacen. Por ejemplo, Elorriaga de Bonis, Fabián, "Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales", en Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 1995.

estantería de la que no puede bajarse por haber sido removida la escalera. En primera instancia se estima que "todos los conceptos redundan en el daño moral o psicológico", por lo que se condena a la demandada a pagar $ 35.000.000 "como indemnización única que incluye los diversos conceptos por los que se demanda".

La sentencia es, sin embargo, anulada por ultra petita. En sentencia de reemplazo, la Corte de Concepción rechaza la demanda por no haberse acreditado el nexo de causalidad entre el accidente del trabajador y las omisiones que se imputan al demandado para configurar su incumplimiento de la obligación de seguridad. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo.

En *Calderón con Empresa Constructora* (2006), el actor reclama indemnizaciones por daño físico, lucro cesante y del daño moral (sufrió factura de cráneo y diversas lesiones al caer de un andamio en una obra del demandado). El tribunal rechaza la demanda por daño corporal porque "las lesiones físicas [...] no pueden considerarse daño material, puesto que su ponderación resulta invaluable al tratarse de un daño causado a una parte del cuerpo". La Corte de Rancagua, confirmando esta decisión, superabunda en consideraciones para rechazar la pretensión: "ese daño físico es el supuesto del daño moral. Probado el primero, sólo basta sustituirse mentalmente en el lugar del accidentado para comprender que ha debido sufrir también un dolor moral inseparable del anterior". Más adelante, el mismo tribunal, agrega: "cabe desechar el pago de indemnización[...] por el daño físico, pues ni las partes del cuerpo humano tienen precio y no es entonces ese un daño patrimonial[,] ni puede incluirse en el extra patrimonial porque se confunde allí necesariamente con el daño moral, pues este último se produce justamente por el padecimiento físico; por el menoscabo del cuerpo, por la enfermedad, por las secuelas limitantes, o por otros trastornos que sufre el organismo, confundiéndose de manera inseparable uno y otro mal, de suerte que por eso se dice que para acreditar el daño moral, tratándose de lesiones, basta con acreditar la naturaleza y gravedad de éstas, ya que probado aquello, el padecimiento que producen surge evidente de inmediato, por la sola sustitución imaginaria que el Juez hace en el lugar del sujeto que las padeció".

Anteriormente, en *Macaya con Pesquera Itata* (2003), un caso importante en la línea de nuestro estudio, se había pretendido la indemnización de daño emergente por la pérdida de un brazo. Pero los tribunales también desestimaron la calificación de una lesión corporal como "daño emergente" rechazando la demanda por este concepto.

No conocemos más jurisprudencia que se haga cargo de esta categoría.

Tenemos, por tanto, daño moral y daño corporal del que se infiere *por sustitución mental* el daño moral. Veamos ahora algunas ideas sobre el desarrollo del juicio, de una manera rápida, pues serán o han sido materia de otras intervenciones.

IV. Prueba y avaluación de daños en materia de accidentes del trabajo

La prueba y avaluación de los daños siguen siendo materias controvertidas. Veamos algunos casos recientes relativos a este tema.

1. El daño emergente se entiende indemnizado por las prestaciones del seguro obligatorio de la ley N° 16.744

Aunque es una materia casi obvia, en *Rojas con Pesca Chile* (2008) los tribunales declaran expresamente que el daño moral es compatible con prestaciones de seguridad social, indemnización por años de servicio y otras. Se reitera, en un fallo reciente, la doctrina anterior: el daño emergente se entiende indemnizado por las prestaciones del seguro obligatorio y por las indemnizaciones por años de servicio. Es decir, los tribunales no exigen prueba de la cuantía del daño patrimonial efectivamente causado.

2. Se exige rigurosa prueba del lucro cesante: el quantum de la indemnización se limita al monto de los perjuicios acreditados

La tendencia en cuanto a la prueba del lucro cesante es contraria. Se exige prueba de su cuantía y certeza.

En *Valdebenito con Empresa de Ferrocarril* (2003) "La pensión de invalidez es una retribución del lucro cesante", declara en un *dictum* la Corte de Concepción para no dar lugar al lucro cesante que reclama el actor, que fue, además, recontratado en otras funciones por la demandada. En *Mora con Montaner* (2009) el tribunal de primera instancia, en decisión que queda a firme, desestima la pretensión de lucro cesante porque el actor, con motivo del accidente, no perdió sus ingresos, "pues al momento de presentación de la demanda mantenía su trabajo aun cuando se encontraba con licencia médica, constando en autos que fue despedido posteriormente [...] por no concurrencia a sus labores sin causa justificada".

En *Chandía con Ingeniería y Construcciones* (2003), revocando el fallo de primera instancia, la Corte de Santiago hace una laboriosa justificación de una condena al pago de $ 60.000.000 por lucro cesante, el cual estima como "la diferencia de emolumentos que dejará de percibir el trabajador con ocasión de este desgraciado percance, proyectada por los años y meses de vida laboral que le restan entre el día del accidente [...] y el momento en que hubiere de cumplir sesenta y cinco años de edad [...] la cual debe calcularse sobre el monto de la remuneración que el trabajador ganaba estando en actividad [...], sin desentenderse de la pensión de invalidez que le otorgue el seguro social a que se refiere la Ley N° 16.744 [...]". Es decir, el lucro cesante es la suma de las remunera-

ciones que el trabajador habría percibido entre la fecha del accidente y el día de su jubilación, cálculo del que habría que descontar la pensión de invalidez, que, como vimos en *Valdebenito* (2003) la Corte de Concepción considera, a nuestro juicio con razón, que retribuye el lucro cesante. En el mismo sentido varios fallos[2]. Pero en *Chandía*, la Corte de Santiago además confirma una condena a indemnizar daños morales, cuya cuantía eleva de $ 50.000.000 a $ 150.000.000; con lo que éstos pierden su función compensatoria que habría ya quedado cubierta por la condena a indemnizar el lucro cesante.

En *Pino con Ítalo Cedolin* (2002), la Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto por la demandada, para rechazar la demanda por lucro cesante. ¿Razones? El que alega haber sufrido un daño material debe probarlo. "Si bien no es posible afirmar con certeza absoluta que en lo sucesivo el demandante tendrá tales ganancias y a cuánto ascenderá su monto, lo que se exige para repararlo es acreditar la existencia del daño, es decir, en la especie [...] que el accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor le produjo una disminución de la ganancia percibida a esa fecha, la que, de acuerdo al curso normal de las cosas, habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente".

3. NO SE EXIGE PRUEBA DEL DAÑO MORAL. EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN SE RESERVA A LA DISCRECIONALIDAD DE LOS JUZGADORES

Recientemente, como hemos visto, en *Rivas con Municipalidad* (2009) la Corte Suprema ha resuelto que el daño moral debe probarse y, por tanto, ha desestimado la pretensión indemnizatoria de nueve hijos de un trabajador muerto en un accidente ocurrido al caer de una camioneta en tránsito que conducía un empleado de la Municipalidad de Villarrica, porque la carga procesal de acreditar la existencia del perjuicio afectivo le correspondía a la parte demandante, según el artículo 1698 del Código Civil.

Asimismo, se exige prueba del nexo de causalidad entre los daños invocados por el demandante y el incumplimiento culpable que se atribuye al demandado. Así lo destaca la Corte Suprema en *González con Sodimac* (2007). En cierta forma, la causalidad también falta en un caso recientemente resuelto por la Corte de Concepción, en que se desestima la demanda porque el accidente ocurrió por causa extraña al empleador, esto es, por caso fortuito o fuerza mayor. En el caso, la actora sufrió una lesión en sus piernas al sufrir el golpe de la puerta principal de la ofici-

[2] Corte Suprema 20 enero 2003, FM 506, p. 5267; Corte Suprema 12 mayo 2003, FM 510, p. 959.

na debido al temporal de viento y lluvia existente ese día en la región (*Salgado con Exportadora e Importadora*, 2009).

Sin embargo, la tendencia a exigir prueba rigurosa del daño y del nexo de causalidad no es la predominante en la jurisprudencia laboral más reciente. En *Mora* (2009) (el trabajador sufre un accidente en su tobillo izquierdo mientras realiza maniobras con un grúa horquilla, sin cinturón de seguridad) los tribunales acogen la demanda de daños morales porque el demandante padece "a raíz de ese accidente un sufrimiento o aflicción que configura el daño moral que debe ser reparado". En *Rojas con Pesca Chile* (2008) se condena a la demandada a indemnizar el daño moral, e incluso en segunda instancia se eleva su cuantía, "por la magnitud del daño causado" por el accidente, que dejó inválido al actor. Es decir, en *Rojas* se acredita el accidente; se desestima, como veremos, la defensa del demandado; se presume el daño moral en cuanto a su especie; se avalúa prudencialmente por el tribunal su cuantía.

En *González con Pozo* (2003) la Corte de Talca revoca la sentencia de primera instancia para acoger la demanda en relación a la indemnización del daño moral, cuya prueba no se considera en ninguna parte del fallo de alzada, y cuya cuantía se estima en lo resolutivo en la suma de $ 1.000.000.

Esta es la tendencia.

V. Factores de modificación y exoneración de la responsabilidad del empresario

1. La imprudencia de la víctima atenúa la responsabilidad, artículo 2330

En *González con Pozo* (2003), en primera instancia, el demandado se exonera de responsabilidad alegando que la víctima se expuso imprudentemente al daño al ser aplastado por un coloso que él mismo había desenganchado del tractor, en pendiente y sin previa orden del patrón. La víctima había sido contratada para realizar tareas de abonador y "no tenía por qué desenganchar el coloso [...] labor que correspondía al operario del tractor". Sin embargo, este fallo es revocado por la Corte de Talca que hace lugar a la demanda sólo en cuanto debe indemnizarse al trabajador por los daños morales por omisión de deberes de seguridad a que el empleador estaba obligado, según el artículo 184 del Código del Trabajo.

En *Valdebenito con Ferrocarril* (2003) el demandado alega reducción o exoneración de responsabilidad por haberse expuesto la víctima imprudentemente al daño. Los tribunales consideran que la alegación es procedente en la responsabilidad contractual, pero en los hechos "el

demandante se vio en la necesidad de actuar como lo hizo", por lo que "no puede imputarse al trabajador el haberse expuesto imprudentemente al daño de que fue víctima y, por ende, no procede reducir la indemnización". Aunque consta que "el actor tomó una posición insegura y operó entre los carros [del tren] sin tomar las precauciones indicadas en el manual respectivo", está también acreditada la existencia de condiciones inseguras de las varillas y pestillo del sistema de acoplamiento de los carros; por lo que la causa del accidente no puede imputarse a la acción imprudente del trabajador.

2. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO AGRAVA SU RESPONSABILIDAD, HASTA SER RESPONSABLE DE LA CULPA LEVÍSIMA EN MATERIA CONTRACTUAL

Rojas con Pesca Chile (2008). La omisión de medidas de seguridad por parte de la demandada la lleva a incurrir en culpa levísima, es decir, en "la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (artículo 44 CC chileno). En *Mora con Montaner* (2009) la Corte Suprema invalida de oficio la sentencia de segundo grado por fundamentos contradictorios, para condenar al demandado a indemnizar el daño moral, cuya cuantía eleva de tres a diez millones de pesos, por considerar que las medidas de seguridad que la demandada alegaba en su descargo no la exoneran de responsabilidad. La víctima sufrió una fractura de tobillo expuesta al caerle encima un pallet con materiales mientras operaba una grúa horquilla en premisas de la demandada. En el mismo sentido, *Valdebenito con Ferrocarril* (2003).

En *Salgado con Exportadora* (2009), la Corte de Concepción revoca el fallo de primera instancia y exonera a la demandada por caso fortuito. La víctima se accidenta al abrirse de golpe una puerta debido a un fuerte temporal de viento y lluvia que existía ese día, sufriendo una abducción de ambas piernas, a consecuencia de lo cual resultó con desgarro del abductor de la pierna izquierda. Se acredita que "no tiene condición de insegura la puerta de entrada en la oficina, por cuando se encuentra acreditado que es una puerta grande, con doble hoja de vidrio, con una manilla metálica y que posee un brazo hidráulico en la parte superior para evitar golpes".

Mora con Montaner (2009) es otro caso en que la obligación de seguridad del empleador se mira como una obligación de resultado; sin que prospere la defensa de diligente cumplimiento. En los hechos el actor sufrió una fractura expuesta de tobillo en la pierna derecha en un accidente mientras maniobraba una grúa horquilla en las bodegas del demandado. La Corte de San Miguel revoca el fallo estimatorio de primera instancia pues considera no ha podido acreditarse en autos un incumplimiento de

parte del empleador: "la demandante no ha podido acreditar en el proceso que el procedimiento de trabajo haya sido inseguro y en espacios de circulación inadecuados; que tampoco se puede atribuir a la demandada una supuesta falta de capacitación del demandante, toda vez que se ha acreditado que el acto contaba con licencia de conducir clase B" que lo habilitaba para manejar grúas horquilla. Sin embargo, estas consideraciones no prosperan pues la Corte Suprema, al conocer de un recurso de casación en el fondo, invalida de oficio el fallo de segunda instancia y, en su lugar, confirma el de primera elevando la cuantía del daño moral de $ 3.000.000 a $ 10.000.000. El máximo tribunal considera que todas las medidas de seguridad adoptadas por el empleador "no fueron suficientes para eximir de culpa al empleador, pues éste debió otorgar la seguridad que estaba a su alcance para resguardar al trabajador de cualquier siniestro durante el desempeño de sus labores, lo que en la especie no aconteció [y que el empleador] debió cerciorarse que [el actor] contaba con la experiencia necesaria no sólo para manejar la grúa horquilla, sino también para sacar los pallets" de las estructuras de apilamiento. Y, finalmente, porque "hubo falta de control de parte del empleador respecto de un trabajador que resultaba necesario pues estaba recién contratado para la ejecución de las labores para el demandado".

En *Díaz con Erazo* (2008), no obstante la situación especial de este caso, el juez de letras del trabajo había determinado que "una charla [sobre] prevención de riesgos no altera en absoluto las conclusiones [...] pues es obligación del empleador evitar los accidentes, proporcionando todos los medios necesarios para ello y no puede, como pretexto para eludirse de dicha responsabilidad o [de] una negligencia de su parte, traspasar esta carga que la ley le ha impuesto específicamente al trabajador, quien en la gran mayoría de los casos tiene un grado menor de conocimiento y de instrucción respecto a los temas referidos". En *Díaz*, el accidente que provocó la muerte del trabajador se produjo por no estar conectado a un cable de vida dispuesto en las faenas; pero el tribunal considera que la empresa debió prever estos descuidos. Por tanto, la muerte de *Díaz* le es imputable a consecuencia de la falta de elementos de seguridad (el trabajador cayó a causa de), "los que debieron ser obligatoriamente proporcionados por el empleador, así como también se encuentra demostrada la evitabilidad del resultado".

Sin embargo, el empleador podría exonerarse por caso fortuito. Así lo resuelve un *dictum* de la Corte de Santiago en *Amestoy con Transportes Calafquén* (2007), caso en que el accidente del trabajo se produjo a partir de un delito perpetrado en el establecimiento, en que dieron muerte al trabajador, hecho que no era posible de prever por parte del empleador. La demanda es, sin embargo, desestimada por ocurrir las víctimas a tribunal incompetente, puesto que dedujeron acción ante los tribunales del trabajo, como sucesoras del trabajador, en circunstancias que debieron

ocurrir ante la jurisdicción ordinaria, como víctimas por rebote. La acción del trabajador es personalísima e intransmisible.)

Se observa entonces la tendencia a considerar la obligación de seguridad que la ley ha impuesto al empleador como una obligación de resultado; de la que no puede exonerarse alegando diligencia debida. La admisibilidad de esta prueba en la jurisprudencia laboral es estricta; raramente los tribunales atribuyen el accidente a acaso o a negligencia de la víctima que se expuso imprudentemente al daño por no tomar las medidas de seguridad dispuestas por la empresa.

3. EL FINIQUITO NO LIBERA DE RESPONSABILIDAD AL DEMANDADO

Un caso interesante, en este sentido, es *Macaya con Pesquera Itata* (2003). El demandante era tripulante de una nave pesquera y, además de los beneficios del seguro social, estaba cubierto por un seguro colectivo de salud tomado por la empresa para todos los afiliados a su sindicato. Recibe indemnizaciones por el accidente que sufre; y, además, la empresa complementa el pago de estas indemnizaciones según el mismo Convenio colectivo vigente. Sin embargo, el finiquito de estas obligaciones no tiene poder liberatorio en sede jurisdiccional, cuando se trata de perseguir la responsabilidad culpable del empleador en el accidente que causó las lesiones del actor. Otro tanto ocurre, unos años más tarde, con *Rojas con Pesca Chile* (2008). Se desestima el poder liberatorio de una transacción y finiquito firmada por las partes.

VI. ¿TENDENCIA A UTILIZAR EL DAÑO MORAL COMO HERRAMIENTA PUNITIVA?

¿A qué deberíamos atribuir este uso tan generoso del daño moral?

Una explicación puede ser la tendencia a utilizar el daño moral como herramienta punitiva. En su reciente libro *El escándalo del daño moral*, Diez Picazo (2008, 101) observa que hay que separar los casos en que domina el designio de infligir un mal al culpable, añadiendo además una carga de disuasión o prevención, en donde el carácter punitivo de la condena por daño moral es claro; de aquellos otros en que prepondera la necesidad de dar satisfacción a la víctima reconduciendo en la medida de lo posible el dolor sufrido. No hemos visto casos en que los tribunales condenen o eleven la cuantía de condenas en daño moral invocando razones disuasivas o punitivas.

Es mucho más frecuente (sobre todo en la jurisdicción de la Corte de Concepción) invocar el principio de la reparación integral del daño. Este principio postula que la víctima debe ser puesta en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sufrido el accidente. En el ámbito patrimonial, este principio es más aceptado; pero tiene serias dificultades

respecto del daño no patrimonial. De todos modos, en la doctrina y en la legislación comparada surge la cuestión de si debería ser moderado. Desde luego, el principio está limitado en ciertos estatutos legales especiales de responsabilidad, especialmente en regímenes de responsabilidad estricta (por ejemplo, daños por accidentes nucleares o de aviación). Otra limitación es la práctica legal o jurisprudencial comparada de establecer baremos indemnizatorios respecto del daño moral.

Parece urgente una intervención legislativa en materia de baremos por accidentes del trabajo, especialmente cuando se trata de lesiones corporales. Esto permitiría un más eficiente funcionamiento de los seguros y, además, exigiría a los trabajadores la prudente prevención voluntaria de riesgos, carga a que está sujeto todo asegurado. La carga de prevenir riesgos radicaría, entonces, más equitativamente entre el empleador y el trabajador.

VII. Jurisprudencia citada

Corte Suprema

Rivas con Municipalidad de Villarrica (2009): Corte Suprema 3 septiembre 2009 (recurso de casación en el fondo acogido), *Legal Publishing* 42566. **Muerte.** En sede civil, se desestima la acción por falta de prueba de la especie y cuantía del daño.

Mora con Montaner (2009): Corte Suprema 13 agosto 2009 (casación de oficio de sentencia de segundo grado que revoca el fallo de primer grado del Segundo Juzgado del Trabajo de San Miguel). El actor sufre un accidente en el tobillo derecho mientras realiza maniobras de carga y descarga con una grúa horquilla en la bodega de la demandada. Corte de Apelaciones de San Miguel estima que no se ha podido acreditar en juicio que el trabajo era inseguro y en espacios de circulación inadecuados; tampoco se ha podido atribuir falta de capacitación a la demandada, porque el actor tenía licencia para manejar grúas horquilla. La Corte Suprema, sin embargo, casando de oficio estima infringido el artículo 184 del Código del Trabajo y el artículo 69 letra b) de la Ley N° 16.744 pues el empleador debía haber previsto la inexperiencia del actor que llevaba tres días en el trabajo y haber dispuesto las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente que causó las lesiones por las que el actor pide indemnización. "En cuanto al daño moral, ha quedado acreditado que el accidente que sufrió el actor le causó sufrimiento y aflicción que debe ser reparado, conforme lo establece el artículo 69 legra b) de la Ley N° 16.744; razón por la cual esta Corte lo regula prudencialmente en la suma de diez millones de pesos". *Legal Publishing* 42461. **Lesiones.**

Zambra con Sociedad Hotelera Domus (2008): Corte Suprema 24 diciembre 2008 (casación en el fondo rechazada) (la acción que los actores deducen como sucesores de la persona del causante, muerto en un accidente del trabajo, en la que reclaman la indemnización de daños directos causados en ellos, es civil y de competencia de los jueces de letras en lo civil) *Legal Publishing* 41445. **Muerte. Intransmisibilidad de la acción.**

Rojas con Pesca Chile (2008): Corte Suprema 11 marzo 2008 (recurso de casación en el fondo rechazado) pretensiones indemnizatorias del actor acogidas *Legal Publishing* 38506. **Lesiones.**

Díaz con Erazo y otros (2008): Corte Suprema 11 diciembre 2008. La sentencia que falla una excepción de incompetencia deducida por la demandada, firme y ejecutoriada produce cosa juzgada, por lo que no puede volverse a discutir la competencia del juzgado del trabajo para conocer de la acción deducida por los padres de un hombre muerto en accidente del trabajo. Se anula de oficio la sentencia de la Corte de Talca que acoge un recurso de casación en la forma contra la sentencia definitiva de primera instancia por incompetencia del tribunal; y, en su lugar, se anula todo lo obrado hasta el momento en que la Corte de Apelaciones conozca y resuelva los recursos pendientes interpuestos por las partes en el juicio. (la víctima se expuso imprudentemente al riesgo que le causó la muerte al descolgarse del cable de vida mientras realizaba faenas de demolición, lo que provocó su caída al vacío y muerte por inmersión producto de un derrumbe de material; pero los tribunales atribuyen al empleador el incumplimiento de la obligación de seguridad, a consecuencia del cual se produjo el accidente y la muerte del trabajador) *Legal Publishing* 41397. **Muerte. Causa radicada en los juzgados del trabajo por resolución de la Corte de Apelaciones que rechaza la excepción de incompetencia opuesta por la demandada.**

Cuevas con Industria Forestal (2008): Corte Suprema 20 agosto 2008 (recurso de casación en el fondo acogido) (La acción deducida por el cónyuge del trabajador fallecido en un accidente del trabajo es materia extracontractual, competencia de los Jueces de Letras en lo Civil). *Legal Publishing* 39580. **Muerte. Responsabilidad extracontractual hecha valer en sede laboral y desestimada.**

González con Sodimac (2007): Corte Suprema 30 octubre 2007 *Legal Publishing* 37673. (El actor, reponedor en Sodimac, pierde el dedo anular de su mano derecha al quedársele enganchado en un soporte de la estantería por una grueso anillo del que no pudo zafarse, a pesar de usar guantes de seguridad.) Acción desestimada por insuficiente prueba de la relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de

seguridad que se le atribuye a la demandada y el accidente sufrido por el trabajador. **Lesiones.**

Proman con Pesquera Bío-Bío (2007): Corte Suprema 27 junio 2007. MJJ10831. **Muerte. Intransmisibilidad de la acción.**

Amestoy y otros con Transportes Calafquén (2007): Corte Suprema 27 noviembre 2007 (casación en el fondo rechazada) (pretensión indemnizatoria deducida por mujer e hijos como sucesores de la persona del causante herido de muerte en un asalto a la empresa donde prestaba servicios es personalísima e intransmisible, por lo que debe ser desestimada en sede laboral). **Muerte. Intransmisibilidad de la acción.**

Gianpaoli con Sociedad de Transportes (2006): Corte Suprema 27 diciembre 2006 (recurso de casación en el fondo rechazado) (el trabajador sufre lesiones graves con pérdida de masa encefálica e invalidez al caer sobre su cuerpo un portón metálico mientras pasaba; los tribunales de grado atribuyen responsabilidad a la demandada por omitir una "advertencia de peligro") Microjuris MJJ9029, Rol 2224-05. **Lesiones.**

Calderón con Empresa Constructora ACM (2006): Corte Suprema 12 octubre 2006 (recurso de casación en el fondo rechazado) (el trabajador cae de un andamio del que no estaba sujeto con cinturón de seguridad; en la caída pierde el casco y sufre fracturas severas en el cráneo, pómulo, pérdida parcial de visión y de audición por el oído izquierdo, fractura de la muñeca de la mano derecha y numerosas otras lesiones) *Legal Publishing* 33835. **Lesiones. Se reclama indemnización de daño físico (o corporal) y moral.**

Martínez con Ingeniería y Construcción (2006): Corte Suprema 2 marzo 2006 (recurso de casación desistido contra sentencia confirmatoria de segunda instancia) (Corte de Santiago confirma elevando de 15 a $ 25.000.000 la condena por daño moral. No se acoge lucro cesante porque no es posible avaluar todavía las secuelas e incapacidades de la víctima hacia el futuro) (el demandante sufrió heridas graves en su pie izquierdo al pasarle por encima un camión tolva que retrocedió sin avisar, en una obra de construcción) *Legal Publishing* 33835. **Lesiones.**

Ríos con García Popelaire (2006): Corte Suprema 28 diciembre 2006 (recurso de casación rechazado) (al maniobrar con un chuzo, el actor pierde el equilibrio y cae desde una altura de 12 metros, golpeándose con la solera de concreto, resultando con daños en el cráneo y polifracturas en el cuerpo; al momento de realizar la maniobra, el actor no usaba cinturón de seguridad). Se hace lugar a la demanda por daño moral; se discute la

responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra. *Legal Publishing* 35793. **Lesiones. Responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra.**

Chandía con Ingeniería y Construcciones (2005): Corte Suprema 31 octubre 2005 (declara al recurrente por desistido de los recursos de casación en la forma y en fondo contra la sentencia de la Corte de Santiago que confirma, aumentando la condena a reparar el daño moral de $ 50.000.000 a $ 150.000.000; y revoca en cuando rechaza reparación de lucro cesante, que la Corte avalúa en $ 60.000.000) *Legal Publishing* 33070 (el trabajador queda inválido al caer de espaldas al vacío desde una altura de 5,40 mts, por no haber funcionado el cinturón de seguridad ni estar atado a un cable de vida). **Lesiones.**

Ayala con Viña Tarapacá ex Zavala (2005) Corte Suprema 31 marzo 2005 (de conformidad al artículo 437 CT, la Corte Suprema declara nulo todo lo obrado hasta el momento de proveerse la demanda, ordenando a las partes ocurrir ante el Juzgado de Letras en lo Civil competente) *Legal Publishing* 31952. **Muerte. Responsabilidad extracontractual hecha valer en sede laboral.**

Castillo con Transportes Santa Clara (2005): Corte Suprema 29 marzo 2005 (de conformidad al artículo 437 CT, la Corte Suprema declara nulo todo lo obrado hasta la resolución que acoge la excepción de incompetencia opuesta por la demandada) *Legal Publishing* 32009. **Muerte. Responsabilidad extracontractual hecha valer en sede laboral.**

Carballo con Sociedad Hormigones (2005): Corte Suprema 29 marzo 2005 (nulidad de oficio haber ocurrido las partes ante tribunal incompetente) *Legal Publishing* 31917. **Muerte. Responsabilidad extracontractual hecha valer en sede laboral.**

Cisternas con Sociedad Alejandro Morales (2005) Corte Suprema, 20 enero 2005 (nulidad de oficio por haber ocurrido las partes ante tribunal incompetente; acción de naturaleza extracontractual cuya competencia corresponde a los juzgados civiles). *Legal Publishing* 31809. **Muerte. Responsabilidad extracontractual hecha valer en sede laboral.**

Beltrán con Recauchajes Concepción (2003): Corte Suprema 2 diciembre 2003 (recurso de casación en el fondo rechazado) (el actor pierde la mano derecha al operar una trituradora de caucho para moler la comida de los perros de la empresa). *Legal Publishing* 29109. **Lesiones.**

González con Pozo (2003): Corte Suprema 18 noviembre 2003 (recurso de casación contra sentencia revocatoria de la Corte de Talca declarado desierto) (El tribunal de primera instancia desestima la demanda de un

trabajador que sufre un accidente del trabajo por haberse expuesto él mismo imprudentemente al daño) (el actor es aplastado por un coloso que él mismo desengancha del tractor en un terreno de pendiente). **Lesiones.**

Macaya con Pesquera Itata (2003): Corte Suprema 23 enero 2003 (recurso de casación en el fondo rechazado) (procede la indemnización del daño moral en materia contractual; no procede la indemnización del lucro cesante por insuficientes elementos para determinar su cuantía; no procede el daño emergente por lesión corporal) (el actor de 26 años era tripulante de una nave pesquera y sufrió la pérdida del brazo derecho al ser arrastrado por un cable mientras realizaba faenas a bordo) *Legal Publishing* 26127. **Lesiones.**

Valdebenito con Ferrocarril del Pacífico (2003): Corte Suprema 23 enero 2003 (recursos de casación rechazados) (El actor pierde ambas piernas al serle amputadas debido a un accidente que le ocurre maniobrando carros de ferrocarril con las varillas de freno y pestillos de acoplamiento en mal estado. Se acoge la demanda en cuanto a la indemnización del daño moral, pero no en cuanto al lucro cesante; se desestima la excepción de haberse expuesto la víctima imprudentemente al daño; se valora la omisión de obligaciones de seguridad del empleador como de culpa levísima, es decir como infracción una obligación de resultado que la obliga a responder de todo daño) *Legal Publishing* 30551. **Lesiones.**

Pino con Ítalo Cedolin (2002): Corte Suprema 28 mayo 2002 (recurso de casación en el fondo acogido) (se rechaza la pretensión del actor de que se le indemnice el lucro cesante porque después del accidente se reincorpora a su trabajo, mantiene su remuneración e incluso experimenta un aumento de la misma; el daño material, como es el lucro cesante, debe probarse) Microjuris MJJ 7521. **Lesiones. Lucro cesante.**

Ordenes con Empresa Contructora (2001): Corte Suprema 6 septiembre 2001 (recursos de casación en la forma y en el fondo rechazados). (Se admite en sede laboral la pretensión indemnizatoria de sucesores del causante, muerto en un accidente del trabajo al caer del décimo tercer piso de una obra al suelo. La "angustia, dolor y sufrimiento" del occiso son intransmisibles; pero el derecho patrimonial que consiste en pedir una indemnización por esto se transmite a sus sucesores.) *Legal Publishing* 22323. **Muerte. Transmisibilidad de la acción.**

Sociedad General de Montajes S.A. (1997): Corte Suprema 3 diciembre 1997 MJJ1208. **Muerte.** Se acoge acción de víctima por rebote en sede laboral.

Cortes de Apelaciones

Salgado con Exportadora e Importadora (2009): Corte de Concepción 17 junio 2009 (revoca) (la actora sufre un accidente al abrir la puerta principal de la oficina, debido al fuerte temporal de viento y lluvia existente ese día; por lo que "la parte empleadora no tiene culpa en el accidente" que ocurrió "por causa extraña, esto es, por caso fortuito o fuerza mayor"). **Lesiones.**

Lavdie con Bore (2008): Corte de Punta Arenas 23 diciembre 2008 (anula de oficio sentencia de primera instancia) (la pretensión indemnizatoria del causante es intransmisible a sus herederos; cita precedente: Corte Suprema 26 junio 2007?). **Muerte. Intransmisibilidad de la acción.**

Huentemil con Agro Inversiones S.A. (2007): Corte de Concepción 12 diciembre 2007 Código Microjuris: MJCH_MJJ16442 (ROL:423-07). **Muerte. Intransmisibilidad de la acción.**

Abumada con Constructora Ralún (2007): Corte de Santiago 26 julio 2007 (sentencia de primera instancia revocada) (se acoge demanda de un daño moral que consiste en la pérdida de la capacidad física y de trabajo del actor, que sufre diversas lesiones en un accidente del tránsito mientras prestaba servicios a la demandada). MJJ 10992 Rol 3616-06. **Lesiones.**

EL LUCRO CESANTE POR MUERTE O INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA: ASPECTOS RELEVANTES*, **, ***

BRUNO CAPRILE BIERMANN
Magíster (D.E.A.) en Derecho Privado General
Universidad de París II
Profesor de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo y
Universidad Católica de la Ssma. Concepción

I. INTRODUCCIÓN

1.- Junto con agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes la gentil invitación que me cursara para participar en esta feliz iniciativa, debo confesar que, a medida que profundizaba en el estudio del tema que nos ocupa, mi angustia se acrecentaba, pues confirmaba que había aceptado con entusiasmo un verdadero presente griego. Y es que, a primera vista, el tema parecía acotado y relativamente sencillo en su análisis, puesto que ha sido desatendido por la doctrina chilena, lo que implicaba una reducida –pero profunda– bibliografía nacional que revisar, y con fallos relativamente escasos. A poco andar, confirmé su riqueza dogmática y la disparidad de decisiones judiciales, que permite constatar en este tema, como en otros, que en Chile no existe jurisprudencia, sino sólo fallos. Por otra parte, como litigante, intuía la trascendencia práctica de la materia, ya que es una veta hasta ahora inexplorada seriamente por

* Agradezco a los siguientes alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, por su valiosa cooperación en la recopilación de la jurisprudencia que ha servido de base para la elaboración de este trabajo, señores: Karen Bobadilla, Nathalie Caces, Bárbara Castro, Claudia De Pablo, Evelyn Díaz, Alejandro Lagos, Brenda Núñez, Jorge Salazar y Franco Zapata.

** Las citas de artículos sin referencia específica se entienden al Código Civil chileno.
Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

*** Bibliografía: Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1983. *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción*, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 2006. Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 2006. Brun, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, París, 2005. Concha Machuca, Ricardo

los forenses, lo que obliga a fijar criterios y parámetros que aseguren, por una parte, la concreción del principio de reparación integral de la víctima, pero que, por otra, no signifiquen abrir una caja de Pandora que conduzca a excesos, tan frecuentes en el ámbito de la responsabilidad civil.

2.– *El tema, todo el tema, nada más que el tema: Procuraremos entonces respetar la máxima según la cual el expositor debe analizar todo el tema y nada que no forme parte del tema, lo que obliga a las siguientes precisiones:* en primer término, *circunscribiremos nuestro estudio al lucro cesante*, lo que significa descartar toda referencia al daño moral o extrapatrimonial y al daño emergente, aun cuando a veces se les haya confundido[1]. En

---

Alberto, *Algunos aspectos de la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo ante la jurisprudencia*, Colección de Memorias de Prueba, Fondo de Publicaciones, U. de Concepción, 2005. De la Maza Gazmuri, Iñigo y Pizarro Wilson, Carlos, *Responsabilidad civil, casos prácticos*, Colección Estudiantil, LexisNexis, Santiago, 3ª ed., 2007, pp. 113-122. Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual, Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, Ponencia Jornadas Nacionales de Derecho Civil, U. de Concepción, 2009, inédito; *Comentario de jurisprudencia* a C. Concepción, 12.01.2000, rol laboral 167-1999, en Revista de Derecho, U. de Concepción, Nº 206, pp. 165-169; *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*, en Revista de Derecho, U. de Concepción, Nº 188, pp. 125-168. Elorriaga De Bonis, Fabián, *Método de cálculo del lucro cesante por daño físico*, en Baraona y Zelaya (editores), Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 10, 2005, U. de los Andes, pp. 155-176. Fabre-Magnan, Muriel, *Droit des obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, París, 2007. Flour, Aubert y Savaux, *Droit civil, Les Obligations*, T. 2, *Le fait juridique*, Armand Colin, 10ª ed., 2003. Gatica Pacheco, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, 1959. Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Trad. Javier Tamayo Jaramillo, Legis, Colombia, 2004. Ramos Pazos, René, *De la responsabilidad extracontractual*, Fondo de Publicaciones, U. de Concepción, Concepción, 1ª ed., 2003. Rodríguez Grez, Pablo, *De la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 291-295. Starck, Roland y Boyer, *Obligations*, T. 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec, París, 5ª ed., 1996.

1 Se ha resuelto que la pérdida de ganancia constituye uno de los fundamentos del daño moral que se concede, sin pronunciarse directamente respecto al lucro cesante: "Luego, si se atiende a la naturaleza de la dolencia física evidenciada y al hecho demostrado que ella produjo un importante pérdida de su capacidad de ganancia (40%), es posible inferir que el actor experimentó también una lesión o menoscabo en su emocionalidad, susceptible de reparar a través de la correspondiente indemnización" (C. Santiago, 06.03.2009, rol 4521-2008, Nº *Legal Publishing* 41.872).
También se han confundido las categorías de daño emergente y lucro cesante: "Sexto: Que el artículo 2329 del Código Civil dispone que, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta y entre los daños cobrados por el demandante se encuentra el perjuicio moral, expresando que con motivo del accidente sufrió un daño psicológico y un estado de angustia permanente, junto con la pérdida definitiva de un porcentaje importante de su capacidad de trabajo, por lo que padece de una invalidez parcial, faltándole aún 27 años útiles de productividad para cumplir la edad legal de 65 años para la jubilación, daño que estima en una suma no inferior a los setenta y cinco millones de pesos. Séptimo: Que, sin embargo, lo relativo a la pérdida de capacidad de trabajo del actor y a la invalidez parcial de que dice sufrir, cabe señalar que ello dice relación más bien con el perjuicio material a cuya reparación se dará lugar y no con daño moral, pues éste no se encuentra suficientemente probado en autos en cuanto a su producción, extensión y monto, siendo insuficiente para ello el solo dicho del actor. De lo expresado se sigue que la alegación del demandado, al menos en este aspecto, debe ser acogida. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1698, 2314 y 2329 del Código Civil; y artículos 31 y 33 de la Ley Nº 16.744, se revoca la sentencia de veinticuatro de enero último

seguida, *nos abocaremos únicamente a los casos en que el lucro cesante se produce por muerte o incapacidad derivada de un accidente del trabajo.* Y es que el lucro cesante también puede producirse por muerte o incapacidad derivada de otros acontecimientos, tales como un accidente del tránsito y, por otra parte, el lucro cesante tiene también relevancia en el ámbito del derecho laboral fuera del marco de los accidentes del trabajo, como ocurre, por ejemplo, con las indemnizaciones que se reclaman por término anticipado de un contrato a plazo fijo o por obra o faena[2].

---

que se lee de fojas 114 a 116 y, en consecuencia, se hace lugar, con costas, a la demanda de fojas 1 y siguientes, sólo en cuanto se ordena a la demandada pagar al demandante, por concepto de daño emergente, la suma total de $ 6.157.186, correspondiente a las prestaciones económicas que dejó de percibir entre el 31 de enero de 1998 y el 12 de mayo de 1999, rechazándose la pretensión del actor en cuanto a que se le indemnice por concepto de lucro cesante y daño moral" (CS. 13.11.2002, rol 1017-2002, FM N° 504, pp. 3702-3707; el subrayado es nuestro).

2 La Corte Suprema ha resuelto que: "Cuarto: Que, por consiguiente, la discusión se ha centrado en la procedencia o improcedencia de la indemnización por "lucro cesante" pretendida por el actor y originada en el auto despido por éste decidido, atendido el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo en que ha incurrido el empleador, indemnización que se hace consistir en la totalidad de las remuneraciones que el actor debió recibir hasta el término de la obra o faena para la cual estuvo contratado. Quinto: Que, en este sentido esta Corte de Casación ya ha decidido que si bien el Código del Trabajo no contempla expresamente la indemnización por lucro cesante en el caso en estudio, sin embargo, el derecho laboral no puede considerarse aislado del ordenamiento jurídico en general, el cual ha de estimarse como la base de la acción deducida por el trabajador, es decir, el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento en sociedad; la concepción jurídica recogida por las leyes y, concretamente, en el derecho que una parte tiene a ser indemnizada en el evento que su contraria no dé cumplimiento a lo pactado, por cuanto ha dejado de ganar aquello que, como contratante cumplidor, tenía derecho a exigir y percibir y también ya se ha precisado que las indemnizaciones por despido injustificado, indebido o improcedente, se fundan principalmente en la idea de reparar un daño, cual es la pérdida del empleo, sin embargo, la indemnización en examen, obedece a la sanción a que se hace acreedor el empleador por haber incumplido gravemente las obligaciones que le impone el contrato de trabajo. Sexto: Que, a lo anterior cabe agregar, que frente al incumplimiento del contrato por parte del empleador directo consistente en modificar unilateralmente el horario convenido y que las partes estipularon originalmente, en forma absolutamente libre, cabe concluir que dicho empleador se ha transformado en un contratante no diligente y, por ende, el demandante tiene el derecho a reclamar la contraprestación que le hubiere sido legítimo percibir si no se hubiere producido el incumplimiento aludido, conclusión que encuentra su respaldo jurídico en el artículo 1556 del Código Civil, disposición aplicable en la materia, conforme a lo razonado anteriormente y a lo dispuesto en el artículo 4° de este mismo Código, en la medida en que éste hace regir las leyes especiales con preferencia, pero, en ningún caso, con exclusión de sus normas. Así, también, corresponde anotar que se trata, además, de un derecho cuya fuente se encuentra en la ley laboral, cual es, las remuneraciones dejadas de percibir ilegítimamente, pues es de la esencia del contrato de naturaleza laboral, el pago de la remuneración convenida, en la medida que, por su parte, el trabajador haya invertido su fuerza laboral en la actividad acordada. En el caso, cierto es que el actor no ha prestado esos servicios con posterioridad al auto despido, pero esa omisión no le es imputable, sino que ha obedecido a la negligencia del empleador quien lo ha conducido a desvincularse y de manera absolutamente procedente, según se ha fijado como hecho en la sentencia atacada" (C. Suprema, 16.11.2009, rol 7021-2009; en el mismo sentido, C. Concepción, 11.12.2009, rol 132-2009, que cita el fallo precedente; C. Talca 22.10.2009, rol 161-2009). Relacionado con lo anterior, también se ha resuelto que no procede acumular la indemnización por falta de preaviso y la reparación del mismo período como no trabajado, puesto que ello generaría una duplicidad y, por lo mismo, un enriquecimiento (C. Suprema, 8.07.2008, rol 2811.2008, GJ N° 337, julio 2008, pp. 237-240).

Finalmente, nuestro estudio está circunscrito a los aspectos relevantes de la jurisprudencia, pese a lo cual, para un adecuado análisis, estaremos obligados a efectuar ciertas referencias doctrinarias. Procuraremos privilegiar el análisis de los fallos recientes que, por su fecha, no pudieron ser citados en los trabajos que sobre el mismo tema han escrito ilustres autores, citados en la bibliografía.

3.– ***Justificación del estudio:*** *Esta nueva revisión dogmática se justifica no sólo por la existencia de nuevos fallos, sino también puesto que, desde que se escribieran aquellos trabajos, ha cambiado el contexto normativo y jurisprudencial, lo que augura un creciente interés por el tema.* En efecto, a título ilustrativo, desde el estupendo trabajo que sobre el mismo tema escribiera el profesor Fabián Elorriaga de Bonis en estos mismos Cuadernos de Extensión[3], se ha modificado la judicatura laboral y se ha instituido una reforma copernicana en el procedimiento, con notables repercusiones en los derechos substantivos[4]; se ha consolidado la jurisprudencia según la cual la competencia de los Juzgados del Trabajo está circunscrita a conocer de las acciones de responsabilidad civil por accidentes del trabajo que deduzca el trabajador afectado, puesto que si quien demanda es una víctima por rebote, el conocimiento corresponde a la judicatura civil;[5] se ha resuelto que el daño moral sufrido por la víctima no es transmisible a sus herederos, los que sólo pueden reclamar el daño moral propio.[6]

4.– *Los casos tipo: Entrando derechamente en materia, conviene ilustrar los casos representativos del objeto de nuestro estudio:*

- Trabajador accidentado demanda las remuneraciones que hubiera percibido desde la fecha del accidente hasta completar la edad de jubilación o incluso la expectativa de vida.
- Trabajador accidentado recibe una pensión de invalidez parcial y demanda la diferencia entre las remuneraciones que percibía y el monto de la pensión que le ha sido otorgada, hasta completar la edad de jubilación o la de su expectativa de vida.
- Trabajador accidentado desempeñaba también otras actividades en forma dependiente o independiente, fuera de su jornada de trabajo, no cubiertas por la pensión de invalidez.

---

3 Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit.

4 Para un caso sobre lucro cesante derivado resuelto conforme al Nuevo Procedimiento Laboral, cf. infra N° 49.
La reforma se introdujo principalmente por las siguientes leyes, incorporadas en el Libro V del Código del Trabajo: Ley N° 20.022, D. Of. 30.05.2005, Ley N° 20.087, D. Of. 03.01.2006; Ley N° 20.287, D.O. 17.09.2008 y Ley N° 20.260, de 29.03.2008.

5 C. Suprema, 02.12.2003, rol 4142-2003; la Corte Suprema rechazó los recursos deducidos contra el fallo de la C. Concepción, 26.08.2008, rol 679-2003.

6 CS, 27.06.2007, rol 309-06, FM N° 546, pp. 1204-1228.

- Víctimas por rebote (cónyuge, conviviente, hijos, padres) que recibían ayuda económica o derechamente vivían a costa del trabajador difunto reclaman la reparación de los daños sufridos por la pérdida de esos auxilios económicos.
- Víctima por repercusión (madre, cónyuge) que demanda la pérdida de ingresos atendida la imposibilidad que tiene de continuar desarrollando una actividad remunerada por la necesidad de atender el cuidado del trabajador accidentado que ha quedado en estado de invalidez grave y requiere apoyo para realizar incluso los actos elementales de la vida.

5.– ***Las víctimas cifran sus expectativas en el daño moral:*** En casos dramáticos como los expuestos, *podemos constatar que las víctimas cifran sus expectativas en el daño moral y que las sentencias que conceden la reparación del lucro cesante son más bien excepcionales.* Nos parece evidente que existe un desequilibrio entre el interés asignado por la doctrina, la magistratura y el foro al daño extrapatrimonial y el atribuido al daño patrimonial, específicamente, al lucro cesante.

6.– ***La distinción entre daño emergente y lucro cesante es también aplicable en sede extracontractual:*** *Conviene recordar que es doctrina unánimemente compartida que si bien la distinción entre daño emergente y lucro cesante está regulada en el Código Civil a propósito de la responsabilidad contractual (art. 1556), esa distinción es también aplicable en sede extracontractual*, toda vez que el artículo 2329 y otras disposiciones del mismo título consagran el derecho a obtener la reparación de "todo daño", lo que no es sino una manifestación del principio de la reparación integral del daño.

7.– ***Lucro cesante actual o presente y futuro:*** *Debemos también recordar la distinción entre el lucro cesante actual o presente y el lucro cesante futuro.* La frontera entre el pasado y el futuro está normalmente fijada por la sentencia, aun cuando también pudiera serlo por la prueba rendida en autos. Así, el trabajador puede reclamar la pérdida de remuneraciones que experimentó entre el accidente y la fecha del fallo, pero también las que dejará de percibir entre la sentencia y la edad proyectada para su jubilación.

El lucro cesante presente o pasado debe ser reparado; de ello no cabe duda. En la práctica, las dificultades se reducen puesto que el subsidio por incapacidad temporal, que se calcula sobre el *sueldo base mensual* (definido por el art. 26 de la Ley N° 16.744), comprende "toda la duración del tratamiento, desde el día que ocurrió el accidente o se comprobó la enfermedad, hasta la curación del afiliado o su declaración de invalidez"

(art. 31). Por regla general, entonces, el subsidio por incapacidad cubre el lucro cesante actual y, por ende, el autor del daño queda liberado de indemnizarlo toda vez que, si lo hiciera, la víctima sería enriquecida.

Los problemas surgen cuando existen diferencias entre la remuneración contractual que percibía el trabajador accidentado y los beneficios que recibe del sistema de seguro de la Ley N° 16.744, por ejemplo, porque se declaró una invalidez parcial y el porcentaje sólo le da derecho al trabajador a percibir una indemnización global (arts. 27, 34 y 35 Ley N° 16.744) o porque, percibiendo una pensión, ésta es inferior al monto de la remuneración que percibía, lo que es frecuente, atendidas las reglas aplicables (arts. 38 y 39 Ley N° 16.744)[7].

Insistimos, tal lucro cesante, anterior a la sentencia, es actual, puede ser acreditado conforme a las reglas generales y no se ve obstáculo alguno para su reparación, en la medida en que no exista una duplicidad en el pago.

Los tribunales aplican la distinción entre el lucro cesante actual y el futuro, lo que es independiente de la decisión que se adopte en orden a la reparación de cada categoría. Así, en un fallo, se los distinguió y se rechazó la reparación del lucro cesante actual, pues ya estaba cubierto por el seguro[8]. En otra decisión también se los diferenció, acogiendo la reparación del lucro cesante actual[9].

---

7 Artículo 38°.– Si la disminución de la capacidad de ganancia es igual o superior a un 40% e inferior a un 70%, el accidentado o enfermo tendrá derecho a una pensión mensual, cuyo monto será equivalente al 35% del sueldo base.
Artículo 39°.– Se considerará inválido total a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanentemente igual o superior a un 70%. [2] El inválido total tendrá derecho a una pensión mensual, equivalente al 70% de su sueldo base.

8 "20° Que, con respecto al lucro cesante pedido por don Víctor Alegría, debe expresarse que éste tenía un contrato para cumplir labores de carpintero en la obra denominada moldaje rápido de descarga, obra que dadas sus condiciones propias y la de su empleador con el contratista principal, es o era de carácter total y absolutamente transitoria, tal es así que el propio contrato de trabajo señala que el contrato durará hasta el término gradual de la obra, término que no consta en autos en el tiempo que puede, pudo o podrá producirse. Por otra parte, consta en autos que el actor estuvo percibiendo un subsidio por enfermedad desde la fecha de su accidente y hasta el 14 de abril de 2004, que le cubre el total de lo que debió percibir en caso de no haber sufrido el accidente y de haber seguido prestando servicios a su empleador. Todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 16.744. Consta asimismo en autos que a partir del día 15 de abril del 2004, el señor Alegría generó una pensión de invalidez, la que de conformidad con los artículos 38 y 41 de la mencionada Ley N° 16.744, es el equivalente al 35% del sueldo base, aumentado en un 5% por cada uno de los hijos que le causen asignación familiar, lo que legalmente aumenta su pensión de invalidez. Además, si bien se encuentra acreditado que la disminución de su capacidad laboral es de un 45%, no es menos cierto que no ha acreditado que efectivamente era un carpintero de primera como señala y que no pueda desempeñarse en otras laborales con menor exigencia física, razones por las que no se le podrá otorgar la indemnización por lucro cesante pedida". (Los considerandos transcritos corresponden a la sentencia de primera instancia, Juzgado Los Ángeles, 26.07.2004, rol 12.357; apelada C. Concepción, 11.07.2000, rol 3746-2004; casación ante C. Suprema, 10.04.2007, rol 4005-2007, N° *Legal Publishing* 36302.

9 "Noveno: Que, en cuanto al lucro cesante, y contrariando lo sostenido por el juez a quo, esta Corte estima que se encuentran suficientemente acreditados los supuestos para su procedencia

En este trabajo nos concentraremos en el lucro cesante futuro, esto es, el posterior a la sentencia que se dicte en el juicio de responsabilidad civil, cuya procedencia y forma de avaluación está en tela de juicio en nuestro sistema jurídico, como lo veremos más adelante.

8.– ***La articulación del sistema general de responsabilidad civil con el sistema especial de seguro por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16.744:*** Existe una estrecha relación y mutua dependencia entre ambos mecanismos, al punto que no puede comprenderse adecuadamente la reparación civil del lucro cesante sin una correcta lectura de las reglas del seguro de la Ley N° 16.744. En las líneas que siguen lo comprobaremos, toda vez que la invalidez no constituye causal de despido (a), ni tampoco impide desempeñar otra labor remunerada (b). Veremos que en la articulación de ambos mecanismos, responsabilidad civil y seguro, se debe asegurar, por una parte, que la víctima no será enriquecida (c), pero también que le será reparado íntegramente el lucro cesante experimentado (d).

9.– a) ***La invalidez no es causal de despido:*** Luego, si el trabajador conserva su fuente laboral, en principio no existe lucro cesante futuro que indemnizar. Es más, si el empleador se ha preocupado de adecuar las funciones a las capacidades del trabajador accidentado, manteniendo la fuente laboral, la perspectiva indemnizatoria por lucro cesante se reduce, aun cuando siempre exista la contingencia de un futuro despido. Así lo dispone el artículo 161 bis del Código del Trabajo, que prescribe que: "La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los in-

y cuantificación. Según consta en el documento fs. 3 de la Asociación Chilena de Seguridad existió una primera evolución médica que concluyó en una incapacidad previa del 50%, que luego se revisó por agravación de las secuelas, considerándose una incapacidad del 70%. Luego, si el actor obtenía un ingreso de $ 250.000 mensuales según consta en el contrato de trabajo se produce un perjuicio patrimonial manifiesto que equivale a la disminución de sus ingresos en la misma proporción de la disminución de sus capacidades físicas. En este mérito, se otorgará al actor la indemnización por el lucro cesante que represente la diferencia entre la remuneración contractual y la pensión que ha percibido desde la fecha del accidente 6 de marzo del 2000 y la fecha del accidente" (SIC: debiera decir "y la fecha de esta sentencia, como se confirma en lo resolutivo de la sentencia). "Respecto del lucro cesante que se generaría con posterioridad a esta sentencia debe decirse que no basta la simple estimación de la probable vida laboral del accidentado para inferir de ello lo que habría de percibir por este concepto, por cuanto no es posible anticiparse a numerosas eventualidades que pueden hacer variar el cálculo que pudiera hacerse, sea por circunstancias de la vida o por el acceso a capacitación y fuentes de trabajo que la medicina ha desarrollado y con ello progresivamente se ha ido produciendo una inserción al mundo laboral, lo que puede ocurrir en el caso del actor teniendo presente que no ha sufrido daños en su capacidad intelectual". (C. Santiago, 26.04.2006, rol 2367-2005, N° *Legal Publishing* 34391; el subrayado es nuestro).

cisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168".

Se ha resuelto que: "Respecto de lo pretendido por el actor, no existe certeza alguna que vivirá 26 años más y que durante ese lapso de tiempo conservará su anterior empleo. De otro lado, siendo su incapacidad del cien por cien (fojas 153), le corresponderá una pensión mayor que la percibida actualmente, sin perjuicio de considerar que el actor está en condiciones de poder realizar algún tipo de actividad remunerada. En todo caso, la pensión de invalidez es una retribución por el lucro cesante. Sobre el particular, consta en autos que el actor fue recontratado por la empresa demandada en el cargo de digitador con un sueldo bruto superior al percibido en el mes de diciembre de 1998, mes anterior al accidente, todo lo cual consta de las liquidaciones de remuneraciones que se guardan en custodia. Luego, como lo ha dejado establecido el a quo, no existiría el lucro cesante que indemnizar. Por último, en vinculación con lo expuesto, preciso es consignar que de acuerdo con el artículo 161 bis del Código del Trabajo, la invalidez total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo"[10].

10.– b) ***La percepción de una pensión de invalidez no impide desempeñar un trabajo remunerado.*** Es más, la forma de determinación de la pensión de invalidez parte de la base de que el trabajador accidentado seguirá laborando y que la pensión constituye un suplemento que le permite alcanzar una remuneración equivalente al salario o renta que gana una persona sana en condiciones análogas y en la misma localidad. En efecto, el artículo 59 de la Ley N° 16.744 prescribe: "Las declaraciones de incapacidad permanente del accidentado o enfermo se harán en función de su incapacidad para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a sus actuales fuerzas, capacidad y formación, una remuneración equivalente al salario o renta que gana una persona sana en condiciones análogas y en la misma localidad". Lo anterior es de suma importancia para evaluar la procedencia de la reparación del lucro cesante futuro. Advertimos, desde ya, que el autor de daño objetará que el trabajador accidentado no está impedido de trabajar y que la pensión cubrirá precisamente el porcentaje de incapacidad derivado del accidente.

11.– c) ***Todo daño que sea cubierto por el sistema de seguro no podrá ser reclamado por el trabajador accidentado ni por las víctimas indirectas al autor del daño, puesto que, si lo hicieran, obtendrían un pago doble, un enriquecimiento, sin perjuicio del derecho de los organismos del seguro a repetir en contra del empleador o autor del daño*** (arts. 15

[10] CS 20.01.2003, rol 3675-2002, FM N° 506, pp. 5267-5287. El considerando N° 19 transcrito corresponde a la sentencia de la Corte de Concepción, 10.07.2002, rol 1892-2001.

letra e; 56 y 69 Ley N° 16.744). Así ocurre con las prestaciones médicas (art. 29 Ley N° 16.744), que en caso de ser solventadas por el trabajador configurarían un daño emergente, como con las remuneraciones cubiertas por el subsidio de incapacidad (art. 30), las pensiones por invalidez (art. 34 y s.) o las pensiones de sobrevivencia (art. 43 y s.), que eliminan o a lo menos reducen el lucro cesante.

Se ha resuelto: "4°.– Que la posibilidad abierta a las víctimas del accidente laboral para reclamar "otras indemnizaciones a que tengan derecho", además de las prestaciones por invalidez de cargo de la entidad previsional correspondiente, no impide al juzgador ponderar la forma en que la invalidez del trabajador ha disminuido su "capacidad de ganancia", que es justamente el motivo de la indemnización global que éste percibió con cargo a la Mutual de Seguridad C. CH. C. el 12.03.98, por un total de $ 1.701.648, según consta a fs. 168. El desconocimiento de este antecedente podría originar un enriquecimiento indebido por parte del trabajador, en la medida que el lucro cesante consiste en la suma de dinero o ganancia de que ha sido privado el perjudicado con la inejecución del contrato, y que en la especie se relaciona directamente con la "capacidad de ganancia" del trabajador"[11].

El principio también ha sido conculcado. Así, en un fallo reciente, de 08.03.2010, dictado en el Nuevo Procedimiento Laboral, se estableció la siguiente doctrina: "Se ajusta a derecho por estar dentro de las facultades legales, el calcular una indemnización por lucro cesante derivada de un accidente del trabajo calculada en base al porcentaje de invalidez que quedó el accidentado, no siendo relevante el hecho de que perciba además una pensión de invalidez"[12].

12.– d) ***Como contrapartida, el principio de la reparación integral del daño conduce a que el autor debe reparar a la víctima el lucro cesante no cubierto por el subsidio o pensión otorgado conforme al mecanismo de la Ley N° 16.744.*** El porcentaje de incapacidad que experimente el trabajador accidentado no necesariamente será equivalente al porcentaje de la pensión que se le otorgue, lo que evidentemente genera un lucro cesante. Conviene detenerse para enunciar someramente los artículos 35 y s. de la Ley N° 16.744, que regulan la forma de determinar la pensión en función del porcentaje de incapacidad, y que explican el origen de esas diferencias:

- Si la disminución es igual o superior a un 15% e inferior a un 40%, la víctima tendrá derecho a una indemnización global, cuyo monto no excederá de 15 veces el sueldo base y que se pagará de una

[11] C. Santiago, 10.03.2000, rol 4283-1999, N° *Legal Publishing* 20.871.

[12] C. Santiago, 08.03.2010, rol 146-2009, N° *Legal Publishing* 43.459. Cf. infra N° 49, en que se analiza someramente el fallo.

sola vez o en mensualidades iguales y vencidas (art. 35, 36 y 26 Ley N° 16.744);

- Si la disminución de la capacidad de ganancia es igual o superior a un 40% e inferior a un 70%, el accidentado o enfermo tendrá derecho a una pensión mensual, cuyo monto será equivalente al 35% del sueldo base (art. 38 Ley N° 16.744);
- Se considerará inválido total a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanentemente igual o superior a un 70%. El inválido total tendrá derecho a una pensión mensual, equivalente al 70% de su sueldo base (art. 39 Ley N° 16.744);
- Se considerará gran inválido a quien requiere del auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida. En caso de gran invalidez la víctima tendrá derecho a un suplemento de pensión, mientras permanezca en tal estado, equivalente a un 30% de su sueldo base;
- Finalmente, según el art. 41 de la Ley N° 16.744, los montos de las pensiones se aumentarán en un 5% por cada uno de los hijos que le causen asignación familiar al pensionado, en exceso sobre dos, sin perjuicio de las asignaciones familiares que correspondan.

13.- ***Nuestros tribunales han resuelto litigios originados por tales diferencias***[13]:

La Corte de Santiago dio lugar a la reparación del lucro cesante experimentado por un trabajador que experimentó una pérdida de capacidad laboral del 45% y en que el sistema de seguridad social cubrió el 35% de su última remuneración base[14].

En otro asunto se resolvió que: "se otorgará al actor la indemnización por el lucro cesante que represente la diferencia entre la remuneración contractual y la pensión que ha percibido desde la fecha del accidente 6 de marzo del 2000 y la fecha del accidente" (SIC: debiera decir "y la fecha de esta sentencia", como se confirma en lo resolutivo de la sentencia)[15].

Es también ilustrativo el asunto resuelto primero por la Corte de Concepción y luego la C. Suprema[16]. Primitivamente se había determinado una incapacidad del 55%; con posterioridad, el trabajador sufrió una reamputación y asumió que su incapacidad se fijaría en el 70%, por lo que demandó diferencia entre remuneración que percibía y pensión invalidez, por 26 años, hasta la fecha de su jubilación. Al conocer la Corte del asunto, se había dictaminado que el trabajador había sufrido una gran

[13] Pueden también consultarse los fallos, de fecha anterior a los referidos, citados por Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., pp. 136-137.

[14] C. Santiago, 17.10.2008, GJ N° 340, octubre 2008, pp. 278-280, cons. 3° y 4°.

[15] C. Santiago, 26.04.2006, rol 2367-2005, N° *Legal Publishing* 34391; el subrayado es nuestro. En relación a este mismo fallo, véase nota al pie N° 9.

[16] CS 20.01.2003, rol 3675-2002, FM N° 506, pp. 5267-5287. C. Concepción, 10.07.2002, rol 1892-2001.

invalidez del 100%. La Corte de Concepción rechazó la pretensión del actor, entre otras razones, puesto que: "De otro lado, siendo su incapacidad del cien por cien (fojas 153), le corresponderá una pensión mayor que la percibida actualmente, sin perjuicio de considerar que el actor está en condiciones de poder realizar algún tipo de actividad remunerada. En todo caso, *la pensión de invalidez es una retribución por el lucro cesante*" (la cursiva es nuestra).

En otra causa, se resolvió que la víctima por repercusión tenía derecho a cobrar lucro cesante puesto que el accidente no había sido considerado como del trabajo por la Asociación Chilena de Seguridad, de tal suerte que el cónyuge y la familia del trabajador fallecido no percibirían prestaciones por sobrevivencia (arts. 43 y s. Ley N° 16.744)[17].

14.– ***Plan de la exposición***: En Chile no existe una jurisprudencia uniforme en cuanto a la procedencia de la reparación del lucro cesante futuro (II); en caso que se opte por admitirla, es necesario fijar su régimen, en concreto, la forma de avaluar y probar el daño (III).

II. La procedencia de la reparación del lucro cesante futuro

15.– El daño, para ser reparado, debe ser cierto. Sobre eso no hay discusión. La interrogante se plantea, sin embargo, acerca de si la forma de apreciar la certeza del lucro cesante debe ser la misma del daño emergente o si, en cambio, bastaría con un juicio de probabilidad (1). Para salvar el obstáculo de la certeza del daño, se ha propuesto también reclamar la pérdida de la chance de obtener esas ganancias futuras (2).

1. Lucro cesante futuro: certeza del daño versus juicio de probabilidad

16.– ***El daño, para ser reparado, debe ser cierto.*** Sin daño no hay responsabilidad[18]. Sin embargo, no cualquier daño es jurídicamente relevante. Para ser catalogado como tal, debe cumplir los requisitos que se han enunciado como una trilogía célebre: directo, actual y cierto[19]. De tales requisitos, el primero dice más bien relación con la causalidad; el

17 "14° Que cabe si razonar que el trabajador era el sostén de su familia, particularmente de su cónyuge, la que además no percibirá ingreso distinto al que se regule en esta causa, por cuanto, y por razones que no cabe analizar en este fallo, al no ser declarado por la Asociación Chilena de Seguridad este accidente como del trabajo. Procede entonces regular su monto en la suma de $ 10.000.000" (C. Santiago, 07.06.2006, rol 6.880-2004, GJ 312, junio 2006, pp. 278-282).

18 La regla no es absoluta, pues la acción de responsabilidad puede también tener un carácter preventivo, a fin de evitar la concreción de un daño. Cf. arts. 2333 y 2334.

19 Cf. Flour, Aubert y Savaux, ob. cit., N° 136 y 137, p. 128.

alcance del segundo es también restringido, pues el daño futuro es también reparable; por tal razón, de esa trilogía clásica, en último análisis, la certeza del daño es el único que importa[20]. Ahora bien, este requisito de la certeza del daño se confirma también puesto que, de faltar esa condición, tampoco se cumpliría el requisito de la relación de causalidad[21] y, además, se vulneraría el principio según el cual la responsabilidad civil no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima.

17.– ***Las objeciones para la reparación del lucro cesante futuro se fundan precisamente en el cumplimiento del requisito de certeza del daño.*** El lucro cesante pasado es fácilmente demostrable. No ocurre lo mismo respecto al daño futuro, puesto que ni las partes ni el juez pueden develar el futuro. ¿Cómo saber si el trabajador continuaría trabajando?, ¿hasta cuándo?, ¿cómo descartar avatares tales como una enfermedad, cesantía o incluso el fallecimiento, por causales desvinculadas del accidente del trabajo? Todas esas interrogantes permiten percibir la dificultad de separar la certeza de la especulación.

18.– ***La frontera entre el daño cierto, que debe ser indemnizado, y el daño meramente hipotético o eventual, que no da derecho a reparación, es difusa***[22]. Y es que en esta materia, como en muchas otras del Derecho y de la vida, las cosas no se presentan en blanco y negro, sino más bien en tonalidades. Así, por ejemplo, existen matices que permiten diferenciar claramente la demanda de lucro cesante futuro entablada por un trabajador accidentado que reclama por la pérdida de su capacidad de ganancia futura y la deducida por los padres de un niño muerto accidentalmente, que invocan la pérdida de los socorros alimenticios que éste pudiera haberles brindado una vez que hubiera ingresado al mundo laboral y que su padres estuvieran en la ancianidad.

19.– Para poder decidir acerca de la procedencia de la reparación del lucro cesante futuro, la doctrina ha profundizado el estudio del requisito de la certeza del daño, a fin de distinguirlo del meramente hipotético o eventual (1°). Esas precisiones dogmáticas deben ser abordadas, aunque sea brevemente, para una correcta lectura de la jurisprudencia nacional (2°).

---

20 *Ibídem.*

21 Cf. los fallos citados por Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., p. 132, nota al pie N° 283.

22 Cf. Brun, Philippe, ob. cit., N° 221, p. 113. En otro ámbito, en Francia se distingue entre el daño por el contagio del SIDA, que tiene carácter de cierto y por lo mismo reparable, del que pudiera provocar la manifestación de la enfermedad, el cual, mientras no se produzca, tiene carácter hipotético.

1° La reparación del lucro cesante futuro ante la doctrina

20.– ***El lucro cesante futuro no requiere una certeza absoluta sino que basta un juicio de probabilidad, en el cual el sentenciador debe proyectar la situación de la víctima***: Una revisión sinópica de la doctrina nacional[23]

[23] Dado que el objeto principal de este estudio es la jurisprudencia, reproducimos en esta nota al pie la doctrina nacional relevante que justifica la afirmación:
Alessandri enseña: "El daño futuro es cierto y, por lo mismo, indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de un estado de cosas existente –tal el daño ocasionado a una persona por la muerte de otra que la priva de la pensión alimenticia o de los recursos que le daba para subvenir a sus necesidades, una incapacidad permanente que disminuirá para siempre la capacidad de trabajo de la víctima– o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable, como la destrucción de una cosecha en vías de madurar. Si en tales casos puede ser incierta la cuantía del daño, no ocurre lo mismo con su existencia, ya que dentro de las probabilidades humanas su realización aparece evidente; pero esta incertidumbre no obsta a su reparación, tanto por las razones que dimos (N° 139), cuanto porque es preferible apreciarlo en forma aproximada que obligar a la víctima a renovar periódicamente su acción a medida que el daño se vaya realizando" (Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., N° 140, p. 215; la cursiva es nuestra).
Don Ramón Domínguez Águila, en un trabajo inédito que, con la generosidad académica que lo caracteriza, nos facilitó antes de su publicación, afirma: "Que la certeza sea necesaria para poder reclamar la reparación del lucro cesante es una condición que viene exigida sin duda, porque es, además, necesidad de todo perjuicio. Además, por una cuestión de índole procesal ya que se exige que el actor tenga un interés actual comprometido al tiempo de su acción. Toda la doctrina predica la certeza como requisito objetivo de todo daño junto a la seriedad del mismo ya que constituye parte de la esencia de la noción de daño. Y con ella se impide que pudiere producirse un enriquecimiento indebido de la víctima. Pero también, es común anotar que "esta exigencia de certidumbre no deja de plantear serias dificultades pues la vida social no siempre está hecha de certezas matemáticas. Como ocurre ordinariamente en el derecho, la que aquí es requerida no se entiende sino como una probabilidad suficiente". Más dificultad tiene la exigencia de certeza cuando se trata del lucro cesante porque éste es un daño futuro y, salvo la muerte, no existen jamás plenas certezas en el porvenir.– En ello insiste la doctrina. Por ello ha podido afirmarse con razón que "el lucro cesante se integra por rubros diversos, de no inexorable acaecimiento, pero sí muy alta probabilidad" (Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, ob. cit., inédito).
Barros Bourie predica que: "b) Si se trata de un daño futuro que con probabilidad cercana a la certeza va a ocurrir, la víctima no necesita esperar que se materialice y puede demandar su reparación anticipada, porque se trata de un daño suficientemente *cierto*. Lo que ocurrirá en el futuro rara vez tiene una certidumbre matemática, por lo que el derecho se contenta con un grado de certeza razonable: se exige que el daño futuro sea la *prolongación natural de un estado actual de cosas*. Esto ocurre frecuentemente con los gastos futuros que provoca un daño corporal (daño emergente por gastos de hospitalización o de renovación de una prótesis, por ejemplo); pero, sobre todo, sucede con el *lucro cesante*, donde la pérdida de beneficios futuros se calcula proyectando, sobre la base de una probabilidad razonable, la situación que hubiere debido tener la víctima de no haber ocurrido el accidente (*infra* N° 170). Es el caso de los ingresos que la víctima no percibirá durante el tiempo en que no podrá ejercer la actividad lucrativa que desempeñaba al momento de sufrir las lesiones. Una razón de economía procesal justifica reparar desde luego estos daños futuros ciertos, evitando la sucesión de juicios en el tiempo" (Barros Bourie, Enrique, ob. cit., N° 153, p. 237; véase también N° 152, pp. 236-237 y N° 154, pp. 238-240).

y de algunas obras francesas[24] permiten constatar un amplio consenso en orden a que el requisito de la certeza del daño no puede ser apreciado de

Elorriaga de Bonis sostiene: "El criterio antes expuesto en función de la concepción y configuración del lucro cesante no es el que impera en el Derecho comparado. En el extranjero, incluso en países cercanos a nuestro entorno cultural, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho van por otro camino. Nadie discute que el lucro cesante para ser indemnizado debe ser cierto, pero esta certeza, por la naturaleza de este capítulo indemnizatorio, es de carácter necesariamente relativo. No es posible exigir certeza absoluta allí donde, por la configuración de este perjuicio, no pueda haberla. No es posible aspirar a una certeza completa ahí donde, por definición, ella no puede darse. Precisamente por eso la idea que impera es que la certidumbre exigible en esta materia no es la absoluta, sino que la relativa, siempre que esté fundada en antecedentes objetivos, reales y probados. Sobre esta base, la doctrina, jurisprudencia e incluso legislación modernas están conformes en que para llegar a establecer la existencia y monto del lucro cesante es necesario un juicio de probabilidad en cuanto a su existencia y cuantía, sin que éste necesariamente deba ser seguro, matemático, exacto o infalible. A este respecto, deben establecerse consideraciones fundadas y razonables, dentro del proceso de la normalidad de las cosas, y no aspirar a una certeza que es simplemente imposible de encontrar en la especie. De lo contrario, ocurre que en beneficio de la certeza absoluta se deja de lado la reparación de un daño que es real" (Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., p. 160).

Los profesores De la Maza y Pizarro, siguiendo a Yzquierdo Tolsada y a Santos Briz, entienden que: "Por lo mismo, se ha sugerido que no resulta adecuado exigir al lucro cesante la certeza que se exige al daño emergente y que conviene reemplazar ésta por un "juicio de probabilidad". Agregan que: "El juicio de probabilidad supone considerar las consecuencias del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos. Al cumplir el mandato del legislador y ordenar la indemnización del lucro cesante el juez no está obligado a "ver" el futuro, sino, únicamente, a proyectar la situación presente a sus razonables consecuencias". En relación al caso que comentan, opinan que: "Según se viene advirtiendo, los jueces yerran al privar a la víctima del lucro cesante por considerar hipotéticos los beneficios que le hubieran correspondido en caso de haber permanecido unida a su conviviente por el promedio de vida de éste. La causa del error estriba en que por definición los beneficios que pretende indemnizar el lucro cesante son inciertos –y éste es el sentido en que el tribunal utiliza la expresión "hipotéticos"–. Quizá lo que el tribunal quiere decir es una cosa distinta, a saber: que los beneficios reclamados por la actora no satisfacen el juicio de probabilidad que precisa la indemnización del lucro cesante" y concluyen que "El tribunal exige a la actora, para acreditar el lucro cesante, una certeza propia del daño emergente. Al hacerlo así vulnera el mandato legal de indemnizar el lucro cesante" (De la Maza Gazmuri, Iñigo y Pizarro Wilson, Carlos, ob. cit., pp. 116-118).

[24] Flour, Aubert y Savaux enseñan: "Esta exigencia de certeza levanta serias dificultades, puesto que la vida social no está hecha de certidumbres matemáticas. Como de ordinario en derecho, la que se requiere no se entiende sino como una *probabilidad suficiente*. Un ejemplo simple lo muestra. Si hay una reparación cuya necesidad escapa a toda discusión, es bien la de la incapacidad del trabajo. ¿Por qué? Porque la víctima habría continuado a ganarse la vida, si ella no hubiera sido lastimada. Pero, en verdad, no hay aquí sino una *probabilidad*. No se tiene en cuenta el hecho que, sin el accidente que ella sufrió, ella habría a lo mejor enfermado, o que ella se habría quizá lastimado en condiciones que no comprometerían la responsabilidad de otro. Nos damos por satisfechos, en realidad, con una certidumbre relativa. Es este "relativismo" de la certidumbre el que explica la posibilidad, precedentemente señalada, de reparar el *daño futuro*. Ciertamente, el futuro acarrea siempre un cierto alea; pero es suficiente que éste sea bastante débil para que hagamos abstracción. Siguiendo los certeros fundamentos de un fallo, el daño futuro es reparable cuando aparece "como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual". A este daño futuro y sin embargo cierto, se opone el *daño eventual*: aquel cuya realización es demasiado hipotética y que, por este hecho, no puede abrir el derecho a la reparación" (Flour, Aubert y Savaux, ob. cit., N° 137, p. 129).

la misma forma para el daño emergente y el lucro cesante o, si se quiere, entre el lucro cesante pasado y el futuro. Para este último, parafraseando las expresiones que se repiten, no se puede exigir una certeza matemática o absoluta, sino una certeza relativa, razonable. El lucro cesante futuro sería reparable cuando aparezca "como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual"[25]; el sentenciador debiera efectuar un juicio de probabilidad, proyectar la situación en que se encontraba la víctima y cotejarla con aquella en que se encontrará producto del accidente; la diferencia entre el perjuicio cierto y el eventual sería una cuestión de grado más que de naturaleza.

El BGB así lo concibe[26].

Esta fórmula evitaría la sucesión de juicios en el tiempo, en que la víctima estaría obligada a demandar periódicamente, dentro de los plazos de prescripción, el lucro cesante que haya experimentado en el pasado, ante la imposibilidad de reclamar, en un solo pleito, la totalidad del lucro cesante futuro.

21.– ***La dificultad para apreciar el lucro cesante futuro no puede ser obstáculo para su reparación ni impedimento para su prueba.*** En este aspecto existe también consenso en la doctrina[27]. Y es que la mayor difi-

---

Le Tourneau afirma: "Queda la *certeza del perjuicio*. La evolución marcante aquí es la generalización de la *probabilidad*, incluso la irrupción de la posibilidad al rango de las condiciones suficientes de la existencia del perjuicio reparable (L. Cadiet, "Las metamorfosis del perjuicio", en Las Metamorfosis de la responsabilidad, PUF, 1998, p. 37)". La noción de *perjuicio cierto* es relativa: basta que sea muy probable. El *perjuicio virtual* es aquel que existe en potencia en el acto incriminado, que conlleva en sí todas las condiciones de su realización (ejemplo, en presencia de una incapacidad permanente, la disminución de la capacidad de trabajo inherente a las lesiones de la víctima, incluso si su remuneración no ha sido reducida por el momento). El *perjuicio eventual* no es más que una expectativa: es hipotético (ejemplo, la pérdida de la oportunidad de entrar en una gran escuela, por el hecho de un accidente, cuando la víctima es un niño). La oposición entre los dos conceptos es una cuestión de *grado* más que de *naturaleza*, pero las consecuencias son importantes. El perjuicio actual y el perjuicio virtual son *ciertos*, mientras que el perjuicio eventual no puede ser calificado de igual forma" (Tourneau, Philippe, ob. cit., pp. 67-68).

Starck, Roland y Boyer sostienen que: "En tales hipótesis, la solución no ofrece dudas, ya que el daño futuro es un daño de tipo virtual, en el sentido que existe en potencia en el acto dañoso, apareciendo como la continuación natural del estado actual de las cosas. La situación es completamente diferente cuando el daño futuro no es sino una expectativa de tipo eventual, de carácter aleatorio e incierta" (Starck, Roland y Boyer, ob. cit., N° 107, p. 59).

Cf. Fabre-Magnan, Muriel, ob. cit., N° 33, pp. 100-103;

25 Cf. Flour, Aubert y Savaux, ob. cit., N° 137, p. 129 y la jurisprudencia que cita, nota al pie N° 6.

26 El §252 del BGB prescribe: "Considérase ganancia frustrada la que con cierta probabilidad fuese de esperar, atendiendo al curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto, y particularmente a las medidas y previsiones adoptadas".

27 Alessandri enseña que: "Un daño no deja de ser *cierto* porque su cuantía sea incierta o indeterminada o de difícil apreciación. La certidumbre del daño dice relación con su realización, con el hecho de que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni con la mayor o menor facilidad para determinarla o apreciarla. Un daño cierto en cuanto a su existencia, pero incierto en cuanto a su monto, es indemnizable. En tales casos, quedará a la prudencia

cultad para determinar, en un proceso, el monto del lucro cesante futuro, no puede cercenar un derecho substantivo como lo es el que permite la reparación del lucro cesante futuro. Esa dificultad para avaluar los daños se presenta también en el daño moral y nadie objeta la reparación fundado en las dificultades para apreciarlo. Es cierto que el lucro cesante futuro es un daño patrimonial, al igual que el daño emergente y el lucro cesante pasado, pero en este aspecto su régimen se aparta de aquellos para aproximarse al del daño moral. Tenemos la opinión fundada de que nuestros tribunales, ante la dificultad de apreciar el lucro cesante futuro y para evitar las objeciones derivadas de la certeza del daño, sencillamente niegan lugar a su reparación e incrementan la indemnización que se concede a título de daño moral. La solución, si bien cómoda, es impresentable. La justicia y la igualdad ante la ley exigen avanzar en homologación jurisprudencial de los parámetros para determinar el lucro cesante futuro y explicitarlos en las sentencias, de tal suerte que sean predecibles por los ajusticiados. Volveremos más adelante sobre este punto[28].

2° La reparación del lucro cesante futuro ante la jurisprudencia

22.– Los fallos que se pronuncian acerca del lucro cesante futuro pueden ser agrupados entre aquellos que acogen la reparación y los que la rechazan. Entre estos últimos, a su vez, puede distinguirse entre aquellos que lo hacen por una decisión de principio (no procede su reparación) de aquellos que, reconociendo su procedencia, invocan la ausencia de elemen-

---

del juez fijar su cuantía tomando en cuanto su naturaleza, las circunstancias del hecho y los demás antecedentes del proceso". Agrega que: "Tampoco deja de serlo por la mayor o menor dificultad para acreditarlo; la certidumbre del daño dice relación con su existencia y no con su prueba. Claro está que si el demandante no acredita la existencia del daño, la demanda será rechazada" (Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., N° 139, p. 214).

Por su parte, Domínguez Águila sostiene que: "Pero habrá de distinguirse en esta materia dos cuestiones que nos parecen no hay que confundir y que llevan a juzgar como poco rectas algunas de las soluciones que la jurisprudencia mantiene al tratarse de este perjuicio y que hemos evocado más arriba y ellas son: 2.1. Primero, la distinción entre la certeza del daño y la certeza de su monto o dimensión.– En efecto, es común en la jurisprudencia y a veces en no poca doctrina, el confundir la existencia del daño con su evaluación o determinación monetaria. El daño no es lo mismo que su evaluación". Más adelante agrega: "Pues bien, cuando la víctima del accidente laboral o sus causahabientes alegan que aquel ha dejado de percibir sus remuneraciones y que pierde lo que ellas significan para el futuro, nos parece que es imposible negar que ese es un daño efectivo, real y cierto.– Por lo tanto, cuando las sentencias de la Excma. Corte niegan su reparación bajo el pretexto que es incierta la situación laboral futura, que no se sabe a cuánto podría ascender el tiempo de vida laboral, confunden precisamente la existencia del daño con su evaluación. Que una persona sufra, a raíz de un accidente, la pérdida de su aptitud laboral es un daño efectivo y cierto, pues no podrá decirse que no se trate de una alteración actual y evidente de una situación jurídica existente. Pero, como dicen acertadamente unos autores, es evidente que, en todos esos casos, el alea que afecta al quantum del daño no puede ser obstáculo a admitir el principio de la reparación" (Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, ob. cit., inédito).

Cf. Barros Bourie, Enrique, ob. cit., N° 170, pp. 262 y s.

28 Cf. *infra* N° 40 y s.

tos probatorios suficientes en el proceso que permitan su determinación. Privilegiaremos el estudio de los fallos que no han sido ya analizados o citados por otros autores que se han referido al mismo tema[29].

a) *Los fallos que rechazan la reparación del lucro cesante futuro*

23.– En un fallo de principio, de *27.05.2008*, la Corte Suprema[30] casó de oficio la sentencia de la Corte de Santiago de 07.03.2008, que había dado lugar a una indemnización de $ 10.000.000 a título de lucro cesante, en base a las siguientes consideraciones (el subrayado es nuestro):

"1°) Que, en la sentencia impugnada, se fijaron como hechos, los siguientes: ...n) ninguna de las incapacidades sufridas por el actor le otorga derecho a pensión mensual, alcanzando el nivel de incapacidad a un 20% por las lesiones ocasionadas en el accidente del 30 de abril de 2003.

2°) Que sobre la base de los hechos narrados precedentemente, los jueces del grado concluyeron que la demandada no cumplió con el deber de seguridad que le impone el artículo 184 del Código del Trabajo y, aplicando los artículos 5°, 6°, 25, 34, 35, 36 y 69 de la Ley N° 16.744 y 1545, 1546, 1547, 1556 y 1698 del Código Civil, acogieron la demanda en los términos ya señalados, otorgando además de la indemnización por daño moral, la correspondiente al lucro cesante, para lo cual consideraron que la pérdida parcial del único medio de subsistencia del actor, debe considerarse como un perjuicio indemnizable de acuerdo con lo que razonablemente habría recibido, a lo que agregan que se trata de un trabajador sin calificación especial que percibía un ingreso mínimo por sus labores.

3°) Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante y este último ha sido conceptualizado como la pérdida cierta de la ganancia probable, de modo que deben acreditarse, por quien pretende su reparación, los presupuestos necesarios para hacerlo procedente, es decir, la merma efectiva del beneficio o provecho que se habría obtenido en determinadas

[29] Cf. Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., acápite "III Jurisprudencia chilena negativa", pp. 157 y s., y apartado "VI Jurisprudencia chilena que reconoce el lucro cesante por daño a la persona", pp. 163 y s.; Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., pp. 132-136 , acápites "4.3.1.1 Todo daño debe ser reparado aunque no se haya probado su monto preciso", "4.3.1.2 Fallos que rechazan la resarcibilidad del lucro cesante sobre la base de la incertidumbre que conlleva este perjuicio" y "4.3.1.3 Jurisprudencia que niega lugar al lucro cesante basándose en que no se acreditó en el proceso"; Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, inédito.

[30] C. Suprema, 27.05.2008, rol 2049-2008, N° *Legal Publishing* 39095; el fallo casado fue dictado por la Corte Santiago 07.03.2008, rol 3318-2007.

condiciones. En el caso, se ha partido del supuesto constituido por la labor realizada por el trabajador, sin calificación y su edad, sin embargo, ninguna de esas circunstancias puede considerarse como antecedente suficiente para tener por concurrente el lucro cesante, desde que *ambas son conjeturas*, por cuanto suponen presumir, sin fundamento conocido alguno, que la víctima sobrevivirá el tiempo necesario y con un ingreso permanente y determinado, el cual habrá dejado de percibir en razón de la incapacidad que lo afectó.

4°) Que, por consiguiente, al haberse otorgado en la sentencia atacada, indemnización por lucro cesante sobre la base de suposiciones, se ha incurrido en error de derecho por equivocada aplicación del artículo 1556 del Código Civil, yerro que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en la medida en que condujo a condenar a las demandadas a pagar un resarcimiento improcedente en el caso.

5°) Que, en tales condiciones, el fallo de que se trata debe ser invalidado para la necesaria corrección.

24.– La misma Corte Suprema, en sentencia de *12.08.2008*[31], rechazó la casación por pretender alterar los hechos establecidos por los jueces de la instancia pero agregó, sin que fuera estrictamente necesario, ciertas consideraciones en cuanto al fondo, que trasuntan su parecer (el subrayado es nuestro):

> En primera instancia se había resuelto que: "Decimosexto: Que, en cuanto al lucro cesante, al consistir esta prestación en las sumas que se dejó de percibir a causa del accidente, a fin de acceder a su pago debe acreditarse, en forma fehaciente, el monto de éstas. No es suficiente para ello el hacer un cálculo estimativo de las remuneraciones que el trabajador percibirá hasta su jubilación, pues éste parte de una serie de premisas que carecen de certeza, como que el demandante trabaje en forma ininterrumpida hasta que alcance la edad de jubilarse y que reciba la misma remuneración que ganaba al momento del accidente, motivo por el cual tampoco se accederá a la demanda en este punto". "Asimismo, cabe tener en consideración que con el fin de paliar el desmedro laboral en que queda un trabajador luego de un accidente del trabajo que le provocó incapacidad, el legislador contempló prestaciones a las que, de conformidad con el documento que rola a fs. 1 de estos autos, el actor puede acceder"

[31] C. Suprema, 12.08.2008, rol 2555-2008, N° *Legal Publishing* 39532.

La Corte de Santiago, en sentencia de 03.04.2008, rol 3398-2007, con voto disidente del Ministro Carlos Cerda Fernández, confirmó la sentencia apelada.
La Corte Suprema rechazó la casación pues: "Sexto: Que, en consecuencia, sólo es posible concluir que el recurrente pretende la modificación de los hechos establecidos en la sentencia atacada ... y como lo ha sostenido esta Corte, la fijación de los hechos corresponde a facultades privativas de los jueces del grado y no admite revisión por este medio, salvo que en su establecimiento se hayan quebrantado las leyes reguladoras de la prueba, cuestión que no se advierte en la especie". El máximo tribunal agregó: "A ello cabe agregar que la indemnización por concepto de lucro cesante, definido este último como la pérdida efectiva de la ganancia cierta, no puede otorgarse sobre la base de los supuestos de los que parte el actor, esto es, los años pendientes para su jubilación, obtención de una remuneración por todo ese lapso, a que su monto sea invariable, ya que el resarcimiento establecido por la ley debe corresponder al daño causado y, además, la Ley N° 16.744 prevé, precisamente, la compensación a este tipo de daño a través de los mecanismos que ella misma establece y a los que puede acceder el trabajador".

25.– En otro asunto, en primera instancia se había concedido la reparación del lucro cesante futuro, fallo que elevado en apelación fue revocado por la Corte de Santiago el 09.07.2009. La Corte Suprema, en sentencia de *20.10.2009*[32], rechazó la casación por motivos formales.

En el cons. 2° letra f) la Corte Suprema dio por establecido el siguiente hecho: "f) el trabajador no probó por ningún medio la existencia del lucro cesante que reclama". Más adelante resolvió: "Cuarto: Que, como se advierte de lo anotado, el recurrente se limita a contrariar los hechos y pretende modificarlos, desde que alega que el lucro cesante se encuentra acreditado y de ello deriva la procedencia de la indemnización que reclama. Sin embargo, para obtener dicha modificación no denuncia el quebrantamiento de las leyes reguladoras de la prueba en la materia, única forma en que por medio del presente recurso, esta Corte puede entrar a revisar los presupuestos fácticos establecidos, actividad en la que los jueces del grado son soberanos, de modo que, ante tal omisión, sólo es dable desestimar su presentación".

[32] C. Suprema 20.10.2009, Rol 6146-2009.

26.– En otro litigio[33], el Juzgado de Los Ángeles, en sentencia de 26.07.2004, rol 12.357, había rechazado la petición de indemnización del lucro cesante y condenado al pago de $ 10.000.000 a título de daño moral. La Corte de Concepción, en fallo de 11.07.2005, rol 3746-2004 (en la sentencia se lee que el año es el "2000", pero se trata de un error evidente), confirmó el fallo apelado, pero con declaración de que incrementaba el monto del daño moral, fijado en primera instancia en $ 20.000.000, a la cantidad de $ 30.000.000. La Corte Suprema, el *10.04.2007*, rechazó la casación formal, que en todo caso no decía relación con el lucro cesante (el subrayado es nuestro):

> El fallo de primera instancia, que fue reproducido por la Corte de Concepción, resolvió: "20° Que, con respecto al lucro cesante pedido por don Víctor Alegría, debe expresarse que éste tenía un contrato para cumplir labores de carpintero en la obra denominada moldaje rápido de descarga, obra que dadas sus condiciones propias y la de su empleador con el contratista principal, es o era de carácter total y absolutamente transitoria, tal es así que el propio contrato de trabajo, señala que el contrato durará hasta el término gradual de la obra, término que no consta en autos en el tiempo que puede, pudo o podrá producirse. Por otra parte, consta en autos que el actor estuvo percibiendo un subsidio por enfermedad desde la fecha de su accidente y hasta el 14 de abril de 2004, que le cubre el total de lo que debió percibir en caso de no haber sufrido el accidente y de haber seguido prestando servicios a su empleador. Todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 16.744. Consta asimismo en autos que a partir del día 15 de abril del 2004, el señor Alegría generó una pensión de invalidez, la que de conformidad con los artículos 38 y 41 de la mencionada Ley N° 16.744, es el equivalente al 35% del sueldo base, aumentado en un 5% por cada uno de los hijos que le causen asignación familiar, lo que legalmente aumenta su pensión de invalidez. Además, si bien se encuentra acreditado que la disminución de su capacidad laboral es de un 45%, no es menos cierto que no ha acreditado que efectivamente era un carpintero de primera como señala y que no pueda desempeñarse en otras laborales con menor exigencia física, razones por las que no se le podrá otorgar la indemnización por lucro cesante pedida".
> La Corte de Concepción, en fallo de 11.07.2005 resolvió: "2°.– Que, como lo refiere el juez de primer grado no es posible acceder a la petición de indemnizar el lucro cesante pedido por el actor ya que a los argumentos que se relatan en el motivo 20°, se debe agregar

[33] C. Suprema, 10.04.2007, rol 4005-2007, N° *Legal Publishing* 36302.

que este rubro indemnizatorio tampoco escapa a la necesidad de probar la certidumbre de su ocurrencia, requisito indispensable para su determinación. El sólo hecho de una disminución física no produce como acto reflejo que una persona dejará de percibir un porcentaje de ingresos igual al de la incapacidad determinada por los órganos de seguridad social. Por otra parte, la fórmula de contratación resulta relevante toda vez que se debe recordar que en materia de responsabilidad contractual se deben indemnizar los daños previstos y no como en sede extracontractual en que no existen limitaciones para reparar tanto los daños previstos como los imprevistos.

27.– La Corte de Santiago, en sentencia de *26.04.2006*[34], distinguió entre el lucro cesante pasado, respecto del cual revocó la sentencia de primera instancia que había negado lugar a su reparación, y el lucro cesante futuro, en relación al cual confirmó la sentencia de primera instancia, negando lugar a la pretensión resarcitoria.

"Noveno: Que, en cuanto al lucro cesante, y contrariando lo sostenido por el juez a quo, esta Corte estima que se encuentran suficientemente acreditados los supuestos para su procedencia y cuantificación. Según consta en el documento fs. 3 de la Asociación Chilena de Seguridad existió una primera evolución médica que concluyó en una incapacidad previa del 50%, que luego se revisó por agravación de las secuelas, considerándose una incapacidad del 70%. Luego, si el actor obtenía un ingreso de $ 250.000 mensuales según consta en el contrato de trabajo se produce un perjuicio patrimonial manifiesto que equivale a la disminución de sus ingresos en la misma proporción de la disminución de sus capacidades físicas. En este mérito, se otorgará al actor la indemnización por el lucro cesante que represente la diferencia entre la remuneración contractual y la pensión que ha percibido desde la fecha del accidente 6 de marzo del 2000 y la fecha del accidente" (SIC: debiera decir "y la fecha de esta sentencia, como se confirma en lo resolutivo de la sentencia). El mismo considerando agrega: "Respecto del lucro cesante que se generaría con posterioridad a esta sentencia debe decirse que no basta la simple estimación de la probable vida laboral del accidentado para inferir de ello lo que habría de percibir por este concepto, por cuanto no es posible anticiparse a numerosas eventualidades que pueden hacer variar el cálculo que pudiera hacerse, sea por circunstancias de la vida o por el acceso a capacitación y fuentes de trabajo que la medicina

34 C. Santiago, 26.04.2006, rol 2367-2005, Nº *Legal Publishing* 34391.

ha desarrollado y con ello progresivamente se ha ido produciendo una inserción al mundo laboral, lo que puede ocurrir en el caso del actor teniendo presente que no ha sufrido daños en su capacidad intelectual".

28.– En sentencia de *20.01.2003*, la Corte Suprema rechazó la casación deducida contra el fallo de la Corte de Concepción, de 10.07.2002, que había rechazado a su vez la reparación del lucro cesante futuro. Los considerandos de la sentencia de segunda instancia dan cuenta que el rechazo de la indemnización del lucro cesante se debió a que no existía el lucro cesante que se reclama, toda vez que el trabajador accidentado percibía una pensión y había sido recontratado[35]. En el considerando 19° del fallo de segunda instancia se lee:

> "Respecto de lo pretendido por el actor, no existe certeza alguna que vivirá 26 años más y que durante ese lapso de tiempo conservará su anterior empleo. De otro lado, siendo su incapacidad del cien por cien (fojas 153), le corresponderá una pensión mayor que la percibida actualmente, sin perjuicio de considerar que el actor está en condiciones de poder realizar algún tipo de actividad remunerada. En todo caso, la pensión de invalidez es una retribución por el lucro cesante. Sobre el particular, consta en autos que el actor fue recontratado por la empresa demandada en el cargo de digitador con un sueldo bruto superior al percibido en el mes de diciembre de 1998, mes anterior al accidente, todo lo cual consta de las liquidaciones de remuneraciones que se guardan en custodia. Luego, como lo ha dejado establecido el a quo, no existiría el lucro cesante que indemnizar. Por último, en vinculación con lo expuesto, preciso es consignar que de acuerdo con el artículo 161 bis del Código del Trabajo, la invalidez total o parcial no es justa causa para el término del contrato de trabajo".

29.– La Corte de Valparaíso, en sentencia de *19.01.2009*[36], rechazó la reparación del lucro cesante pero no por una razón de principio, sino por falta de prueba, decisión lógica si se tuvo por establecido que "el actor ha seguido trabajando, con posterioridad al accidente, sin dificultad en otras empresas y con una remuneración superior":

---

35 C. Suprema 20.01.2003, rol 3675-2002, FM N° 506, pp. 5267-5287; el fallo de segunda instancia fue dictado por la C. Concepción, 10.07.2002, rol 1892-2001. Consúltese también el fallo analizado *supra* N° 9 e *infra* N° 52, en que se rechazó la pretensión de lucro cesante puesto que "el actor no padeció pérdida o disminución de sus ingresos, pues éste mantuvo su trabajo y su remuneración y con el tiempo experimentó un aumento de esta última".. En el mismo sentido, C. Suprema, 10.09.2009, rol 4442-2009, N° *Legal Publishing* 42626, cons. 20 y 21 de la sentencia de primera instancia.

36 C. Valparaíso, 19.01.2009, rol 525-2008, GJ N° 343, enero 2009, pp. 237-240.

> "Octavo: Que, desde la perspectiva antes indicada, se hace necesario señalar de inmediato, que no se encuentran acreditados los requisitos para que opere la indemnización, que se pretende, por concepto de lucro cesante. En efecto: a) El lucro cesante –como ha dicho la jurisprudencia– puede ser definido como la pérdida efectiva de ganancia cierta. Así el trabajador que ha dejado sus funciones por una imposibilidad física, producto de un accidente laboral de que es responsable su empleador directo, debe acreditar los presupuestos indispensables para hacerlo procedente, es decir, la merma efectiva del beneficio o provecho que se habría obtenido en determinadas condiciones, no puede establecer como parámetro para la cuantificación del lucro cesante, los años que restan para su jubilación o de vida, pues la indemnización debe corresponder efectivamente al daño causado y no a conjeturas. Además, la compensación de este tipo de daño se encuentra establecida a través de la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del trabajo y Enfermedades Profesionales a las cuales el trabajador puede acceder. b) Como puede apreciarse, la prueba rendida sobre el particular por el actor, y que el fallo analiza in extenso, es insuficiente, e incluso de las declaraciones de los propios testigos de la demandante Maldonado Valenzuela y Olivares Lazo a fojas 155 y 158, como de los certificados de cotizaciones provisionales de fojas 168 a 170, se desprende que el actor ha seguido trabajando, con posterioridad al accidente, sin dificultad en otras empresas y con una remuneración superior".

30.– La Corte de Santiago, en sentencia de *19.04.2006*, invocó también la insuficiencia de prueba y la incertidumbre del daño para rechazar la reparación del lucro cesante[37]. Sin embargo, en el mismo fallo se elevó la indemnización del daño moral a la cantidad de $ 110.000.000:

> Cons. 15: "Que, en lo que concierne a la demanda de indemnización por lucro cesante, que el actor funda en la sola afirmación de que como consecuencia del siniestro de que se trata él dejará de percibir el sueldo de que gozaba en el momento de su ocurrencia durante todo el tiempo que media entre el accidente y la fecha en que él cumpla sesenta y cinco años de edad, cabe considerar que tal demanda no se encuentra suficientemente fundada, toda vez que no está revestida de una prueba suficiente de que el perjuicio que pretende por ese concepto se ha de producir necesariamente, ya que la posibilidad de percibir la indicada remuneración durante todos los años que transcurran hasta que el actor cumpla sesenta y cinco años de edad independientemente de la ocurrencia del

[37] C. Santiago, 19.04.2006, rol 7781-2004, N° *Legal Publishing* 34386.

siniestro de que se trata es absolutamente incierta; por tal motivo, esta corte negará lugar a la indemnización por causa de lucro cesante solicitada en la demanda"

31.– En sentencia de *12.05.2003*[38], la Corte Suprema casó por ultrapetita el fallo de la Corte de Santiago de 09.07.2002, rol 3916-2001, que había rechazado la reparación del lucro cesante. El fallo de la Corte de Santiago reza:

> "11. Que la indemnización por lucro cesante –también reclamada en la demanda– tiende a compensar lo que la víctima haya dejado de ganar o lo que dejará de percibir en el futuro por efecto del daño sufrido. Sin embargo, sólo son indemnizables los daños ciertos que sean consecuencia directa del hecho que los motiva, ya que según el citado artículo 1558 del Código Civil, ni aún en caso de dolo pueden indemnizarse los daños eventuales o indirectos. En este caso, pese a que las secuelas del accidente harán disminuir la capacidad de ganancia del demandante, ello se verá en cierto modo compensado con la pensión permanente de invalidez parcial que le ha sido otorgada, y la prueba rendida en autos no permite establecer con la necesaria certeza– que la capacidad residual de ganancia que mantiene el afectado sea tan exigua como para justificar otro pago adicional, a lo que cabe agregar que no hay elementos que permitan determinar el tiempo durante el cual –de no mediar el accidente– se habría extendido la relación laboral que vinculó a las partes, todo lo cual impide establecer la relación de causalidad que exige la norma recién citada e impide dar lugar al cobro que por este concepto se formula en la demanda".

32.– En otro asunto, en primera instancia se había acogido la demanda de indemnización, condenándose al pago de "la suma por lucro cesante, –que– se determinará durante la etapa de cumplimiento incidental del fallo". Elevado en apelación, la Corte de Santiago, en sentencia de 06.09.2002, rol 1134-2001, revocó el fallo, por las consideraciones que se transcribirán. La Corte Suprema, en sentencia de *08.04.2003*, rechazó la casación deducida[39].

---

[38] C. Suprema 12.05.2003, rol 3203-2002, FM N° 510, pp. 959-966. En síntesis, la Corte Suprema casó por ultrapetita, toda vez que la sentencia de primera instancia condenó al pago de 1.002 UF por daño moral y lucro cesante, desglosados en 302 UF por el primero y 700 UF por el segundo. La demandada no apeló respecto a la condena por daño moral, de tal suerte que la sentencia de primera instancia en esa parte quedó ejecutoriada, por lo que al rechazar la Corte de Apelaciones la pretensión resarcitoria del lucro cesante, no podía incrementar el monto a indemnizar en $ 10.000.000. La sentencia de reemplazo condenó a pagar 302 UF por daño moral.

[39] C. Suprema, 8.04.2003, rol 4729-02, FM N° 509, pp. 560-565.

"1°) Que, los actores, entre otras prestaciones solicitaron que los demandados sean condenados a pagarles a cada uno de ellos, una indemnización equivalente a la diferencia en dinero que se ha producido entre la remuneración mensual por la que fueron contratados y el monto de la primera pensión que se les pagó, multiplicada por el número de meses del período que va desde la fecha del accidente, hasta el término de su vida activa, esto es, hasta que cumplan 65 años.

2°) Que, la citada pretensión no concuerda con la reiterada jurisprudencia que ha resuelto que el lucro cesante es susceptible de indemnización, cuando el perjuicio ha consistido en la privación de una ganancia cierta, y no de la eventualidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo, ya que es evidente que los contratos de trabajo y sus particulares condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias, que como en el caso de autos, no pueden deducirse sobre la base de un simple cálculo respecto de una hipotética sobrevida laboral del trabajador.

3°) Que, por consiguiente corresponde desechar la demanda por ese concepto, atendido los fundamentos en que ella se sustenta;"

32bis.– La Corte de San Miguel, en sentencia de *01.08.2001*[40], revocó la sentencia de primera instancia que había dado lugar a una indemnización de $ 20.900.160 a favor de un trabajador que sufrió una invalidez completa y permanente, atendida su condición de parapléjico, y consideró que:

> "Tercero: Que se ha demandado por concepto de perjuicios físicos la suma de $ 20.900.160 que se hacen consistir en los porcentajes de remuneraciones que el trabajador dejará de percibir como resultado de la diferencia entre su remuneración eventual y la pensión de invalidez que percibe, este acápite no se ha acreditado en autos, siendo insuficiente la simple operación aritmética contenida en la demanda.
>
> Cuarto: Que, para que el lucro cesante sea indemnizable, debe tratarse de la privación de una ganancia cierta y no la posibilidad de su obtención en el largo plazo como se plantea en autos, toda vez que los contratos de trabajo y sus condiciones futuras se encuentran sujetos a diferentes contingencias que no pueden deducirse sólo con los antecedentes agregados al proceso".

[40] C. San Miguel 01.08.2001, rol 420-2000, N° *Legal Publishing* 22386.

33.– La Corte de Santiago, el *10.03.2000*[41], resolvió que:

"4°. Que la posibilidad abierta a las víctimas del accidente laboral para reclamar "otras indemnizaciones a que tengan derecho", además de las prestaciones por invalidez de cargo de la entidad previsional correspondiente, no impide al juzgador ponderar la forma en que la invalidez del trabajador ha disminuido su "capacidad de ganancia", que es justamente el motivo de la indemnización global que éste percibió con cargo a la Mutual de Seguridad C. CH. C. el 12.03.98, por un total de $ 1.701.648, según consta a fs. 168. El desconocimiento de este antecedente podría originar un enriquecimiento indebido por parte del trabajador, en la medida que el lucro cesante consiste en la suma de dinero o ganancia de que ha sido privado el perjudicado con la inejecución del contrato, y que en la especie se relaciona directamente con la "capacidad de ganancia" del trabajador.

5°. Que como consecuencia del accidente de marras, el actor sufrió secuelas consistentes en "limitación de la flexión de la rodilla a 120ª y leve hipotrofia del cuadriceps de la extremidad inferior derecha" (informe del Hospital de la Mutual de Seguridad, a fs. 117), que le permite sin embargo "realizar un trabajo en un puesto fijo y sin levantamiento de peso), sin perjuicio de tolerar "la posición de pie durante la jornada", (informe de terapeuta ocupacional Mariana Hidalgo, a fs. 106). Estos antecedentes, no complementados por otros medios de prueba más explícitos, no son suficientes sin embargo, a criterio de esta Corte, para determinar con la precisión necesaria la pérdida patrimonial experimentada por la víctima a título de lucro cesante, proyectada en el tiempo en función de su capacidad de generación de recursos hasta el término probable de su vida laboral. En tal virtud, se desestimará este capítulo de perjuicios, coincidiendo en esta parte con la conclusión del fallo en alzada".

b) *Los fallos que acogen la reparación del lucro cesante futuro*

34.– Entre los fallos que acogen la reparación del lucro cesante futuro, podemos distinguir aquellos que se pronuncian expresamente respecto al tema de la procedencia de la reparación, que se analizarán a continuación, de aquellos que, si bien conceden la indemnización por este rubro, su riqueza dogmática dice más bien relación con los parámetros utilizados para establecer el quantum de la indemnización. Estos últimos

[41] C.A. Santiago, 10.03.2000, rol 4283-1999, N° *Legal Publishing* 20.871.

se analizarán en el segundo acápite de este trabajo, cuando abordemos la avaluación del lucro cesante[42].

35.– La Corte de Santiago, en sentencia de *18.12.2009*, rol 2073-2009, acogió la reparación del lucro cesante futuro. Cabe destacar que en primera instancia se había rechazado al pretensión resarcitoria, decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, decidiendo que "el trabajador fallecido vivía con sus padres y era el principal sostenedor del hogar común", a los cuales aportaba el 80% de sus ingresos, ascendentes a $ 180.000, y "que, con certeza, pudo haber mantenido este aporte por cinco años", por lo que avaluó el daño en $ 8.640.000. La fórmula aplicada por el tribunal fue: $ 180.000 * 80% = $ 144.000 * 12 meses * 5 años = $ 8.640.000.

> "2°) Que con el mérito de la testifical rendida por los demandantes e informe social y psicológico de cada uno de ellos, se encuentra acreditado en autos que el trabajador fallecido vivía con sus padres y era el principal sostenedor del hogar común, de modo tal que su fallecimiento ha significado una pérdida de ingresos para los demandantes que puede ser estimada como constitutiva de lucro cesante. No obstante, no puede determinarse si dicho aporte pudo haberse prolongado durante toda la vida laboral del señor Ceballo Carrasco y por los restantes años de vida de sus padres, a lo cual debe agregarse que su remuneración mensual no era la única fuente de ingresos del grupo familiar. Por el contrario, los antecedentes del proceso permiten concluir, por vía de presunción grave y precisa, que el trabajador aportaba a sus padres recursos equivalentes al 80% de su sueldo, que ascendía a $ 180.000 mensuales, y que, con certeza, pudo haber mantenido este aporte por cinco años. En consecuencia, estimándose procedente la indemnización de este daño patrimonial, se determinará su monto en base a estos parámetros".

36.– La misma Corte de Santiago, en sentencia de *09.04.2008*[43], acogió la reparación del lucro cesante futuro. La sentencia es importante pues acoge los postulados en orden a que el sentenciador debe efectuar un juicio de probabilidad. La sentencia, dictada por una sala presidida por el Ministro Sr. Carlos Cerda Fernández, no fue objeto de recursos de casación, puesto que las partes llegaron a un avenimiento[44]. En el fallo se lee:

---

42 Cf. *infra* N° 40 y s.

43 C.A. Santiago, 09.04.2008, rol 2649-2007, N° *Legal Publishing* 38796.

44 Así consta en la página web del Poder Judicial, www.poderjudicial.cl

"9. Que, en relación al lucro cesante, estimado tradicionalmente como la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera cumplido, ha existido la tendencia a contraponerlo al daño emergente, en cuanto a la certidumbre de su ocurrencia, dando a entender que el lucro cesante es un daño incierto, que se construye sobre suposiciones y es bastante especulativo. Dicho criterio es equivocado, por cuanto el lucro cesante, para ser indemnizado debe ser necesariamente cierto; lo que ocurre, sin embargo, es que no se puede aspirar a una certeza absoluta, por la configuración y naturaleza del daño, sino a una de carácter relativo, siempre que esté fundada en antecedentes reales, objetivos y probados. Desde esta perspectiva, el lucro cesante resulta ser más bien un juicio de probabilidad, cuyo resultado no puede ser exacto, ni matemático, pero sí ha de estar basado en consideraciones fundadas y razonables, dentro de un contexto de normalidad y atendidas las circunstancias del caso.

10. Que en el caso que nos ocupa, constituye un hecho real y probado, que a la fecha del accidente el actor se encontraba trabajando para el demandado –una industria de balatas– como operario pastillero, con un contrato indefinido y que su remuneración aproximada alcanzaba a $ 397.000, por lo que de acuerdo al curso normal de los acontecimientos, de no mediar el accidente sufrido, esta situación debería, razonablemente, haberse mantenido.

11. Que se encuentra acreditado, con la copia de la resolución N° 473 de 8 de junio de 1995, emitida por la Comisión de Evaluación de Incapacidad de Accidentes del Trabajo, de la Mutual de Seguridad, que el actor había sufrido otro accidente del trabajo en el año 1995, que le significó la amputación del índice izquierdo, lo que fue evaluado en esa oportunidad, con un grado de incapacidad de 22,5%, habiéndose procedido, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 de de la Ley N° 16.744, a hacer una reevaluación de la incapacidad, con ocasión del accidente que dio origen al presente juicio, en función de su nuevo estado. Así, pues, consta de la resolución N° 2004 0577 de 15 de julio de 2004, que el grado de incapacidad actual del actor es de un 32,5%.

12. Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 del cuerpo legal antes citado, se considera inválido parcial, a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, igual o superior a un 15% e inferior a un 70%, por lo cual el actor se encuentra dentro de esta categoría. Ahora bien, si se tiene en cuenta que las declaraciones de incapacidad de un accidentado, se hacen "en función de su incapacidad para procurarse, por medio de un trabajo proporcionado a sus actuales fuerzas,

capacidad y formación, una remuneración equivalente al salario o renta que gana una persona sana en condiciones análogas y en la misma localidad" –según señala el artículo 59 de la ley citada– parece razonable que el porcentaje de incapacidad determinado por la respectiva Comisión de Evaluación, sea el referente para determinar el perjuicio patrimonial por esta causa, entendiendo que los ingresos futuros del accidentado deberían verse disminuidos en similar proporción.

13. Que, sin embargo, y para determinar la procedencia y cuantía del lucro cesante pedido en estos autos, han de tomarse en consideración dos situaciones concretas. La primera, que no existe ningún antecedente en el expediente, que permita atribuir responsabilidad al demandado en el accidente sufrido por el actor en el año 1995, por lo que no resulta procedente cargar en él todo el perjuicio patrimonial que genera su incapacidad actual. En consecuencia, y considerando la magnitud en que aumentó el grado de incapacidad que ya traía el actor después del accidente anterior, se estima que el demandado debe responder en proporción a una incapacidad de no más del 15%, que es el rango inferior considerado por la ley para determinar una invalidez parcial. En segundo lugar, consta de los antecedentes acompañados en autos que, luego de finalizado el período durante el cual el actor estuvo gozando de licencia médica, se reincorporó a la empresa, manteniéndose vigente la relación contractual entre el demandante y el demandado hasta la fecha. Durante todo este tiempo el actor ha estado percibiendo una remuneración similar a la que obtenía al momento del accidente, por lo que no corresponde considerar dicho período para efectos del cálculo del lucro cesante, que se refiere, precisamente, a lo que el trabajador dejó de percibir a causa del accidente. En relación a lo observado por el demandante, en el sentido que el subsidio percibido por el actor durante el tiempo en que duró la licencia médica, era considerablemente menor a lo que habría sido su sueldo, valga considerar que la acción indemnizatoria que concede el artículo 69, letra b) de la Ley de Accidentes del Trabajo, pretende complementar la diferencia de valor entre lo percibido por el actor del seguro obligatorio y el daño efectivamente sufrido, pero no sobre indemnizar a la víctima. A tal efecto, es menester tener presente que el representante legal del actor reconoció en estrados que éste percibió la indemnización global que ordena el cuerpo legal antes citado, para los casos de invalidez parcial, la que se mueve en un rango cuyo máximo son 15 sueldos base.

14. Que los razonamientos anteriores conducen a establecer, a título de lucro cesante, una suma no superior a los $ 2.000.000, la que

resulta de considerar un 15% del promedio de las remuneraciones percibidas por el actor en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2007, acompañadas en autos, y multiplicarlo por 36 meses, que es lo que le quedaría en la actualidad al actor para su jubilación y sólo bajo el predicamento de que no se encuentra garantizada la vigencia de su relación contractual con el demandado, hacia el futuro".

37.– ***Un estudio comparativo de los fallos reseñados permite colegir que*** existe una tendencia marcada de la Corte de Santiago para acoger la reparación del lucro cesante futuro, liderada por el Ministro Sr. Carlos Cerda Fernández, quien dictó votos disidentes en fallos que la rechazaban y también redactó los acuerdos de mayoría que se pronuncian directamente sobre el tema. Ahora bien, en la Corte Suprema parece primar la tendencia al rechazo. En efecto, el examen de los fallos más recientes de nuestro máximo tribunal, de 27.05.2008 y 12.08.2008, arriba analizados, permite colegir que el lucro cesante futuro debe probarse, siendo insuficiente la multiplicación de la remuneración obtenida por el número de años que restaban hasta la jubilación del trabajador accidentado. Quizá el aparente rechazo provenga más bien de los términos en que el caso ha sido planteado que por una cuestión de principio. Una demanda bien fundada, que no se limite a reclamar la reparación del lucro cesante futuro sino que también avance en la precisión de los criterios para su avaluación, que vaya más allá del burdo sistema de la multiplicación de la remuneración por el número de años hasta jubilar, y acompañada de una prueba pertinente, pudiera modificar el aparente rechazo.

2. LA PÉRDIDA DE LA CHANCE DE UNA GANANCIA FUTURA

38.– ***Los reparos a la indemnización del lucro cesante futuro, derivados de los cuestionamientos a la certidumbre del daño, pueden ser superados demandando, subsidiariamente, la indemnización de los perjuicios derivados de la probabilidad de obtener esas ganancias futuras***, lo que en doctrina se conoce como la pérdida de una chance. Ahora bien, en esta óptica, el quantum de la indemnización se reducirá, puesto que ya no dependerá del monto del lucro que se esperaba recibir y que se frustró, sino más bien de un porcentaje de ese daño, determinado en base a la probabilidad de que esas ganancias futuras se materializaran[45].

Si se concibe la certidumbre del daño ya no como una certeza matemática absoluta sino como un juicio de probabilidad, entonces esa probabilidad también es susceptible de grados, que van desde la repa-

[45] Flour, Aubert y Savaux, ob. cit., Nº 138, p. 129.

ración del lucro cesante futuro en un extremo hasta la de la pérdida de una chance, en el otro[46, 47].

III. El régimen

39.– Una vez admitida la procedencia de la reparación del lucro cesante futuro es necesario fijar su régimen, lo que supone determinar los criterios para la avaluación del monto de la indemnización (1) y su prueba (2).

1. La avaluación

40.– ***Criterios para la avaluación del lucro cesante futuro:*** No basta con afirmar que debe indemnizarse el lucro cesante futuro, sino que es necesario establecer los criterios para su avaluación, dificultad que es de tal envergadura[48] que ha conspirado incluso contra la admisión del principio de su reparación. De hecho, el examen de la jurisprudencia permite constatar que es frecuente que los jueces del fondo rechacen la reparación del lucro cesante futuro, pero incrementen el monto del daño moral; los sentenciadores parecen querer eludir de esa forma los reproches a la sentencia sin que con ello se conculque el derecho de la víctima[49]. Creemos que deben establecerse criterios que aseguren la igualdad ante la ley, que permitan la previsión a los operadores y que, de esa forma, faciliten los acuerdos extrajudiciales. Esos criterios deben también explicitarse en las sentencias, única forma de que éstas cumplan la exigencia de ser fundadas y eviten la arbitrariedad. Es de esperar que, si se extiende la reparación del lucro cesante futuro, no se reproduzcan los vicios que se constatan en nuestra jurisprudencia para la avaluación del daño moral, cuando se afirma que es una facultad privativa de los jueces

46 "La diferencia entre un perjuicio futuro cierto y la mera pérdida de una chance no es una cuestión nítida y la mayor parte de las veces es más una cuestión de grado que de naturaleza. Todo lo futuro tiene una dosis de incertidumbre" (Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, ob. cit., inédito).

47 La Corte de Concepción, en sentencia de 12.01.2000, rol laboral 167-1999, distinguió entre el daño cierto y el eventual y afirmó que entre ambos hay "una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en derecho como chance", y agregó que "los hechos en que el actor hace consistir el lucro cesante, caen dentro de esa zona gris de que habla Goldenberg y, por la misma razón, corresponde al fallador, en cada caso concreto sometido a su conocimiento, determinar el monto a pagar, considerando el mérito de autos". Cf. Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 79; Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., p. 129; Domínguez Águila, Ramón, *Comentario de jurisprudencia* a C. Concepción, 12.01.2000, ob. cit., pp. 165-169.

48 Gatica Pacheco expresa que "el lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter eventual que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres" (Gatica Pacheco, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, N° 80 p. 108).

49 A título ilustrativo, consúltense los fallos analizados *supra* N° 26, 30, 31 y 45.

del fondo apreciarlo *"prudencialmente"*[50], lo que se aproxima en forma peligrosa a la apreciación *"discrecionalmente"* y, además, cuando se fija una cifra global de indemnización, sin distinguir entre los distintos tipos de daños extrapatrimoniales. En esta tarea, los abogados deben también contribuir explicitando en su demanda el o los criterios que solicitan al tribunal aplicar, según el orden de preferencia (subsidiariamente), pues de lo contrario limitan la competencia del sentenciador y lo dejan, en los hechos, con las manos atadas. En doctrina se han propuesto diversos métodos para la avaluación del lucro cesante futuro. Nos remitimos, una vez más, al estudio del profesor Elorriaga de Bonis, publicado en estos mismos Cuadernos de Extensión[51]. En las líneas que siguen nos concentraremos en el análisis de las sentencias.

41.– La Corte de Santiago, en sentencia de *31.12.2007*[52], admitió la demanda de lucro cesante deducida por un jornalero de la construcción que sufrió una incapacidad del 40%. La Corte estimó que "corresponde proyectar las consecuencias de la incapacidad que sufriera, por un período que resulte coherente con lo normal y previsible". Agregó que el porcentaje de incapacidad fijaba la medida de disminución de los ingresos, ascendentes a $ 180.000 mensuales, y que las expectativas laborales eran de 20 años, por lo que fijó el quantum de la indemnización en $ 10.380.000. Nótese que si se aplican los criterios enunciados el resultado no coincide con el monto de la indemnización otorgada, lo que sugiere que los sentenciadores, sin decirlo, trajeron el monto a valor presente o sencillamente lo castigaron[53]. En la sentencia se lee:

> "Quinto: Que, considerando la edad, remuneración y labores desarrolladas por el actor al momento del accidente –jornalero de la construcción (fuente de sus ingresos)–, corresponde proyectar las consecuencias de la incapacidad que sufriera, por un período que

[50] Cf. *infra* N° 51 en que se analiza el fallo de la Corte Suprema de 28.05.2002, rol 4758-2001, que casó la sentencia de segunda instancia "ya que los sentenciadores fijaron prudencialmente el lucro cesante en la suma de $ 7.000.000, sin estar probada la existencia de daño sufrido por el trabajador por tal concepto".

[51] Elorriaga de Bonis analiza diversos criterios, que aquí sólo podemos enunciar: el método de cálculo por puntos, el método multiplicador o lineal, el método del capital rentable, el método del capital amortizable o matemático financiero, el método concreto y, finalmente, la combinación de los anteriores, lo que también abre un abanico de posibilidades (Elorriaga de Bonis, Fabián, *Método de cálculo del lucro cesante por daño físico*, ob. cit., p. 166 y s.). Consúltese también Barros Bourie, Enrique, ob. cit., N° 170, pp. 262-266; N° 183, pp. 277-279; Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., acápite 4.3.1 "criterios para determinar el monto de la indemnización por lucro cesante", p. 127.

[52] C. Santiago, 31.12.2007, GJ N° 330, dic. 2007, pp. 348-349, Id. LexisNexis 38095. La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema, pero el recurso fue declarado desierto (C. Suprema, 28.02.2008, rol 703-2008).

[53] En efecto, sueldo mensual $ 180.000 * 40% = $ 72.000 * 12 meses * 20 años = $ 17.280.000.

> resulte coherente con lo normal y previsible. Esta Corte lo fija en 20 años. Por lo tanto, las circunstancias de este caso permiten inferir que, a raíz del accidente, el actor vio diminuidos los beneficios, que, en condiciones de normalidad, obtenía de su trabajo. Así, partiendo de la base que su incapacidad alcanzó un 40% –medida de la disminución– que su última remuneración ascendió a la suma de $ 180.000 y que, en términos razonables, sus expectativas laborales se han fijado en 20 años, se tiene que la pérdida patrimonial experimentada alcanzó la suma total de $ 10.368.000;"

42. La misma Corte de Santiago, en sentencia de *17.10.2008*[54], conoció de un caso en que un albañil demandaba el lucro cesante futuro derivado de una incapacidad del 45% causada por un accidente sufrido a los 48 años de edad. La sentencia, con un voto disidente, citó la doctrina emanada del fallo de 31.12.2007, analizado en el numeral precedente. La sentencia resuelve también que procede la reparación de la diferencia que se produce entre el porcentaje de incapacidad, en este caso del 45%, y el monto de la pensión obtenida por el trabajador accidentado en el sistema de seguro, del 35%. En la sentencia se lee:

> "Sexto: Que, sobre el futuro, no es posible pretender certeza ni exactitud, siendo ineludible entrar en el terreno de las probabilidades, con el resguardo a que se refiere la moderna doctrina, como la desarrollada por el profesor Taruffo, Michele, en La prueba de los hechos, traducción Jordi Ferrer Beltrán, 2002 (Editorial Trotta, 2ª edición, Milán, 2005, p. 240). Por otra parte, es lícito sostener, y en el análisis restante se obtendrá alguna confirmación de ello, que una adecuada racionalización de esta situación puede alcanzarse con los métodos elaborados en el ámbito de las investigaciones sobre evidence and inference (más bien que con la evocación de ideas de probabilidad más o menos abstractas), aunque queda claro que estas investigaciones parten del concepto fundamental de la probabilidad como relación lógica entre hipótesis y elementos de confirmación. Esta doctrina es armónica con la que surge, por ejemplo, de un fallo de la sala especializada laboral de esta Corte, ... (Rol 1901-2007 I. Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de 31 de diciembre de 2007. Rol 703-2008 Corte Suprema. Desierto. Sentencia de 28 de febrero de 2008)"[55].

---

54 C. Santiago, 17.10.2008, GJ Nº 340, octubre 2008, pp. 278-280, *Id.* LexisNexis 41193.

55 En el voto disidente se lee: "El hecho de que el afectado haya resultado con una incapacidad laboral ascendente al 45%, por sí solo no es suficiente para estimarlo constitutivo de lucro cesante; el daño material resulta indemnizable cuando se prueba la real disminución o pérdida de valores patrimoniales del ofendido. Tratándose del lucro cesante, entendido por la jurisprudencia, como lo que se ha dejado de percibir o pagar a consecuencia del hecho ilícito, no es posible afirmar con certeza absoluta que en lo sucesivo el demandante tendrá

43.– La Corte de Santiago, en sentencia de *07.06.2006*[56], conoció de los daños sufridos por la muerte de un trabajador que fue atropellado por un bus que pretendía ingresar a una planta durante la huelga. La sentencia rechaza el sistema de la multiplicación del sueldo por el número de años de trabajo que le quedaban, consignando que ese procedimiento puede ser "una referencia pero no una forma de cálculo matemática". Los sentenciadores también tuvieron en consideración que el accidente no fue catalogado como del trabajo por la ACHS, motivo por el cual el cónyuge sobreviviente no tenía derecho a pensión en el sistema de seguro. Fijaron el monto de la indemnización en una suma global, que avaluaron en $ 10.000.000. En el fallo se lee:

> "13° Que en lo que a las sumas demandadas por lucro cesante se refiere, cabe señalar que si bien es cierto que el trabajador fallecido estaba considerado como uno bueno dentro de la empresa y nada en la empresa hacía presagiar que terminaría en el corto plazo, lo cierto es que también ha de tenerse en consideración que no es posible dar por asegurado que durante toda la vida laboral útil el trabajador permanezca vinculado a una misma empresa y con un mismo sueldo. De ello entonces no cabe aplicar una simple multiplicación del sueldo que ganaba por los años de trabajo que le quedaban. Puede este procedimiento ser una referencia pero no una forma de cálculo matemática".
>
> "14° Que cabe sí razonar que el trabajador era el sostén de su familia, particularmente de su cónyuge, la que además no percibirá ingreso distinto al que se regule en esta causa, por cuanto, y por razones que no cabe analizar en este fallo, al no ser declarado por la Asociación Chilena de Seguridad este accidente como del trabajo. Procede entonces regular su monto en la suma de $ 10.000.000".

44.– La Corte Suprema, en sentencia de *21.06.2006*[57], rechazó los recursos de casación deducidos contra el fallo que enunció los parámetros para la determinación del lucro cesante futuro. La sentencia consideró que el trabajador ganaba $ 220.000 mensuales al momento accidente; que al momento del fallo percibía $ 76.000; que le quedaba una vida útil de 24 años y determinó el monto de la indemnización en la suma global de $ 25.000.000, lo que también sugiere que corrigió el monto que resultaba

---

tales ganancias y a cuánto ascenderá su monto; lo que se exige para repararlo es acreditar la existencia del daño, es decir, que el accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor, le produjo una disminución real de lo que percibía a esa fecha, ganancia que, de acuerdo al curso normal de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente, lo que en opinión de la disidente, no se encuentra suficientemente probado".

56 C. Santiago, GJ N° 312, junio 2006, pp. 278-282, rol 6.880-2004, *Id.* LexisNexis 34747.

57 C. Suprema, 21.06.2006, rol 6694-2006, N° *Legal Publishing* 34817.

de la simple multiplicación de los factores referidos[58]. En la sentencia de primera instancia, confirmada en esta parte por la Corte de Apelaciones y cuyos recursos de casación ante la Corte Suprema fueron rechazados, por pretender alterar los hechos establecidos en la instancia, se lee:

> "Decimocuarto: Que consecuente con lo anterior, corresponderá acoger la demanda tanto respecto de la indemnización por el lucro cesante, como por el daño moral producido por el accidente; para regular la primera se considerará el grado de incapacidad permanente que ha sido secuela del accidente, estimado por los organismos correspondientes, la remuneración que percibía el actor cuando tenía plena capacidad de trabajo, la circunstancia que percibe una pensión de invalidez de $ 76.000 mensuales, y el tiempo de vida laboral hasta pensionarse por vejez; atendido los referidos parámetros, la sentenciadora regula los perjuicios por el lucro cesante en la suma de $ 25.000.000 que representa un mínimo de pérdida en ganancia atendida la remuneración que gozaba hasta el accidente y aún considerando la pensión otorgada, por los veinticuatro años de vida laboral útil que tenía el actor como expectativa".

45.– En otro asunto, conocido por la Corte Suprema, en sentencia de *05.10.2006*[59], se rechazó la reparación del lucro cesante futuro, por falta de prueba, dando a entender que estaba abierta la posibilidad de su admisión, siempre que se hubiera acreditado debidamente. La sentencia del Juzgado de Los Ángeles, de 14.07.2003, acogió la demanda de lucro cesante deducida por la hija del trabajador accidentado, otorgándole por este concepto la cantidad de $ 5.000.000 y, además, otros $ 5.000.000 adicionales por daño moral, es decir, un total de $ 10.000.000[60]. La Corte de Concepción, en sentencia de 01.08.2006, redactada por don Ramón Domínguez Águila, como abogado integrante, rechazó el sistema de la multiplicación de la remuneración por el número de años hasta completar la vida laboral útil, pues ese método "se basa en supuestos por lo demás aleatorios, lejanos al carácter de certeza que exige el daño". Precisó que, sin embargo, "nada impide que el tribunal, ante la evidencia que existe pérdida, fije prudencialmente su evaluación monetaria", pero en autos no existía prueba alguna, por lo que se rechazó la demanda de lucro cesante. Sin embargo, si se examinan los montos de las indemnizaciones, resulta patente que la Corte revocó la sentencia de primera instancia que

---

58 Sueldo mensual momento accidente ($ 220.000) – pensión ($ 76.000) = pérdida mensual ($ 144.000) * 12 meses * 24 años vida laboral útil = $ 41.472.000.

59 C. Suprema, 05.10.2006, rol 4601-2006, Nº *Legal Publishing* 35594.

60 "Decimocuarto: Que sólo se accederá a la demanda intentada a favor de Alejandra Isabel Díaz Navarrete –hija del trabajador accidentado–, estimando que el 25% del ingreso mensual del trabajador la beneficiaba, se estima prudencialmente que debe ser indemnizada en la suma de $ 5.000.000 por concepto de lucro cesante"

concedía a título de lucro cesante la cantidad de $ 5.000.000, pero elevó el daño moral de $ 5.000.000 a $ 50.000.000. La Corte Suprema rechazó los recursos de casación. En el considerando 11° de la sentencia de segunda instancia se lee:

> "Undécimo: Que no ocurre lo mismo con el daño patrimonial reclamado bajo la base de un lucro cesante, puesto que para hacerlo, la demandante proyecta la remuneración de la víctima directa al momento de su fallecimiento durante lo que entiende ser vida laboral útil normal de una persona, y ya es jurisprudencia constante que esa argumentación se basa en supuestos por lo demás aleatorios, lejanos al carácter de certeza que exige el daño (Corte de Apelaciones de Chillán, 12 enero 2004, *Semana Jurídica* N° 208, sentencia 2, página 9; Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre 2002, *Fallos del Mes* N° 509, sentencia 2, página 560; 9 julio 2002, *Fallos del Mes* N° 510, sentencia 6, página 959), aunque nada impide que el tribunal, ante la evidencia que existe pérdida, fije prudencialmente su evaluación monetaria (Corte de Apelaciones de Concepción, 12 enero 2000, rol laboral 167-99; Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de agosto 2000, rol laboral 583-2000; Corte de Apelaciones de San Miguel, 23 de marzo 2000, rol laboral 2907-2000). Pero en autos no existe prueba alguna que acredite que la víctima directa don Raúl Díaz proporcionaba la mantención de la demandante ni cuánto era su ingreso al tiempo de su muerte, pues ésta sólo acompañó a su demanda una copia de un contrato de trabajo de 1994 y además, sin indicación alguna de su objeto probatorio, de forma que no dejó al sentenciador en condiciones de determinar la existencia del lucro cesante, ni proporcionó elemento alguno para apreciar su monto".

46.– La Corte Suprema, en sentencia de *31.10.2004*[61], resolvió un asunto en que se discutió acerca de la reparación del lucro cesante futuro. En primera instancia se había rechazado tal pretensión. La Corte de Santiago, en sentencia de 07.05.2004, revocó otorgando por este concepto la cantidad de $ 60.000.000. Lo cierto es que el monto que se condenó pagar no se explica a la luz de los parámetros que la misma sentencia enuncia[62]. La Corte Suprema declaró desiertos los recursos de casación. En la sentencia de segunda instancia se lee:

---

61 C. Suprema, 31.10.2004, rol 3094-2005, N° *Legal Publishing* 33070.

62 Sueldo mensual momento accidente ($ 100.000) * 12 meses * 38 años vida laboral útil (tenía 27 al momento accidente) = $ 45.600.000 versus $ 60.000.000 concedidos en la sentencia. Nótese que tampoco se dedujo el monto de la pensión. Es también relevante que se condenó a pagar la cantidad de $ 150.000.000 a título de daño moral.

"18. Que el lucro cesante es la diferencia entre la entidad del patrimonio del trabajador tal como estaba en el momento de producirse el accidente laboral y el que tendría por medio del aumento que no se ha realizado por causa directa de dicho accidente, y que sin él, ciertamente se hubiese obtenido o logrado. Que en el fondo, equivale a colocar a la víctima en una situación análoga a la anterior a producirse el accidente;"

"19. Que la indemnización por concepto de lucro cesante se encuentra representada por la diferencia de emolumentos que dejará de percibir el trabajador con ocasión de este desgraciado percance, proyectada por los años y meses de vida laboral que le restan entre el día del accidente, 7 de agosto de 2001 y el momento en que hubiere de cumplir sesenta y cinco años de edad, considerando que registra su nacimiento el día 28 de febrero de 1974, lo que permite establecer la fecha previsible de su jubilación por vejez, la cual debe calcularse sobre el monto de la remuneración que el trabajador ganaba estando en actividad, que el actor ha probado con su contrato de trabajo ascendía a cien mil pesos ($ 100.000), sin desentenderse de la pensión de invalidez que le otorgue el seguro social a que se refiere la Ley N° 16.744 sobre Seguro Social Obligatorio de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales;

20. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 16.744, para los efectos del cálculo de pensiones se entiende por sueldo base mensual el promedio de las remuneraciones o rentas sujetas a cotización, excluidos los subsidios percibidos por el afiliado en los últimos seis meses inmediatamente anteriores al accidente laboral;"

47.- En sentencia de *12.06.2006*[63], la Corte Suprema declaró desiertos los recursos de casación deducidos contra la sentencia de la Corte de Concepción de 31.03.2003, rol 4137-2002, que había confirmado el fallo de primera instancia dictado el 18.10.2002 por el Juzgado de Letras de Talcahuano, que condenó a pagar el lucro cesante pero sin especificar monto. En la sentencia de primera instancia se condenó al demandado "a pagar al actor, la diferencia entre su sueldo real y efectivo al momento del accidente y la pensión de invalidez parcial que actualmente percibe durante el tiempo en que ésta le sea concedida, por concepto de lucro cesante o daño patrimonial, denominado por la demandante". La Corte de Concepción no enmendó el fallo en esta parte, por lo que quedó ejecutoriado. El tribunal de alzada también resolvió que si bien se había demandado el "daño patrimonial", con la fundamentación quedó claro

[63] C. Santiago, 12.06.2003, rol 1656-2003, N° *Legal Publishing* 26445. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación por manifiesta falta de fundamento por no denunciar infracción de las normas decisoria litis (C. Suprema, 16.10.2000, GJ N° 244, 2000, pp. 163-174.

que se refería al "lucro cesante"[64]. La Corte redujo el monto del daño moral de $ 15.000.000 a $ 5.000.000.

48.– La Corte de Santiago, en sentencia de *11.07.2000*[65], condenó a reparar el lucro cesante futuro, señalando que lo hacía en función de una fecha cercana a la del accidente, período que no se especifica. Lo relevante de este fallo es que, en primer término, desechó considerar toda la vida del accidentado[66]. En seguida, a diferencia de lo resuelto por la misma Corte de Santiago el 18.12.2009[67], el monto a pagar no se obtuvo de una operación aritmética, sino que se estableció una cifra global. En efecto, en la sentencia de 18.12.2009 la Corte especificó la duración del periodo que consideraría y luego obtuvo el monto de la indemnización multiplicando la remuneración por el porcentaje de incapacidad y el número de años cercanos al accidente que el mismo fallo estimaba. Aquí, en cambio, no se precisó la duración del período a considerar. Finalmente, nos parece criticable el argumento esgrimido por la Corte para limitar el tiempo a considerar para la reparación del lucro cesante, a saber, que no existía evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora del actor durante toda su vida laboral. En realidad, la obligación de reparar del empleador no está limitada al tiempo futuro en que el trabajador presumiblemente seguiría trabajando para él. En otras palabras, el empleador

64 "Segundo: Que teniendo presente que el actor pidió en su demanda que se condene a la demandada a pagar la suma por $ 40.000.000, por daño patrimonial, argumentando que se refiere a los ingresos que podría aportar a su familia estando en la plenitud de sus capacidades físicas, entre otras peticiones y que el juez a quo al momento de resolver, en el considerando 14 señaló expresamente, Que el actor demanda daño patrimonial por la suma de $ 40.000.000, por ingresos que pudo aportar a su familia estando en plenitud de sus capacidades físicas. El sentenciador entiende que el demandante se refiere al lucro cesante, esto es, lo que la víctima deja de percibir como consecuencia del hecho ilícito, es decir, lo que ha perdido de ganar a consecuencia del daño, se ajusta completamente a lo que la doctrina y la jurisprudencia ha dicho sobre la materia, esto es, que el daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. En efecto, si bien el demandante solo pidió reparación del daño patrimonial, con la fundamentación quedó claro que se refiere al lucro cesante, como lo reconoció el magistrado de primera instancia, por lo que de ninguna manera se encuentra configurado el vicio de casación en estudio".

65 C. Santiago, 11.07.2000, rol 739-2000, GJ Nº 241, pp. 201-202.

66 En primera instancia así se había resuelto. En el fallo del Juzgado de Letras se lee: "Vigésimo: Que de esa manera, a juicio del sentenciador se ha producido un efectivo perjuicio por concepto de lucro cesante para el demandante; en efecto, el actor poseía una capacidad física y mental de un cien por ciento, percibiendo una remuneración mensual de $ 130.000 a la data del accidente del trabajo; como el demandante a la fecha de ese accidente tenía 32 años de edad aproximadamente, le quedaba una vida laboral útil de a lo menos 23 años, y como a consecuencia del citado accidente se le produjo una grave invalidez con un ciento por ciento de incapacidad laboral; se considera razonable y ecuánime regular el lucro cesante que deberá percibir el actor en la suma de $ 36.000.000".
La fórmula aplicada por el sentenciador fue: Sueldo mensual ($ 130.000) * 12 meses * 23 años vida laboral útil = $ 35.880.000.

67 Cf. *supra* Nº 35.

debe reparar la pérdida de ganancia futura, sea que continúe o no en el cargo y cualquiera sea su empleador[68].

49.– En causa resuelta el *08.03.2010*[69], por la Corte de Santiago, conforme al Nuevo Procedimiento Laboral, se rechazó el recurso de nulidad deducido por la empleadora demandada y, de esa forma, quedó afirme el fallo que la condenaba a pagar la cantidad de $ 22.076.650 a título de lucro cesante, más $ 15.000.000 a título de daño moral, a favor del trabajador accidentado que había experimentado una invalidez del 15%.

La sentencia es relevante, primero, pues resuelve expresamente acerca del lucro cesante en el nuevo procedimiento laboral. En seguida, puesto que para la avaluación del monto del daño aplicó el porcentaje de invalidez (15%) sobre el monto de la última remuneración mensual del trabajador ($ 340.068) y el resultado ($ 51.010) lo multiplicó por los 36 años que le restaban hasta jubilar, lo que arrojó aproximadamente la indemnización que se ordenó pagar ($ 22.076.650). Finalmente, la sentencia contraría abiertamente el principio de que la indemnización debe tener por objeto reparar y no enriquecer, puesto que se condenó al pago de la indemnización sin considerar (ni deducir) el monto de la indemnización percibida por el trabajador, lo que fue motivo de reproche por un voto disidente del fallo.

50.– ***Conclusiones.*** Del examen de los fallos analizados puede inferirse que los actores generalmente reclaman la indemnización del lucro cesante futuro solicitando se multiplique la remuneración que obtenían al momento del accidente por el número de años que le restan hasta jubilar. Se trata del sistema multiplicador o lineal[70], cuya simpleza raya en lo burdo. Algunos fallos lo corrigen deduciendo el monto de la pensión percibida por la víctima en el sistema de seguro de accidente del trabajo y aplican la multiplicación por la diferencia. Otros lo depuran reduciendo el período a considerar a una fecha más cercana al accidente y sobre ese período corregido aplican el sistema de multiplicación. Afirman que el procedimiento de multiplicación del sueldo por los años

68 En la sentencia de segunda instancia se lee: "Que si bien es cierto Juan Rubén Uribe Fernández tenía 32 años a la época del accidente y, por lo tanto, no es descartable que hubiese podido continuar desempeñándose en las faenas en las que se lesionó, no lo es menos que carece esta judicatura de evidencia en orden a vincular a la parte demandada como empleadora del nombrado Uribe durante toda su vida laboral, por cuanto no parece posible que la relación de dependencia que los ligaba al momento del siniestro, hubiere necesariamente de perdurar de por vida y, siendo así, no se da la indispensable responsabilidad que siempre va aneja a la obligación de indemnizar". "Es por ello que estos jueces estiman que resulta razonable y prudente fijar el lucro cesante en un tiempo cercano al de la fecha del accidente y calcularlo en $ 3.000.000".

69 C. Santiago, 08.03.2010, rol 146-2009, Nº *Legal Publishing* 43.459.

70 Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 169.

de trabajo que le quedaban puede ser una referencia, pero no una forma de cálculo matemática. Ninguno de los fallos analizados considera, al menos explícitamente, que no es lo mismo recibir los ingresos futuros prorrateados en el tiempo (mes a mes) que en forma inmediata. Se omite entonces el análisis financiero, que postulan los métodos del capital rentable y del capital amortizable o matemático financiero[71]. Creemos que la jurisprudencia debe resistir a la seductora tentación de atribuirse la facultad de apreciar prudencialmente la suma a pagarse, al igual que lo hace actualmente para el daño moral, o incluso "equitativamente"[72]. En otras palabras, enunciar primero los aspectos considerados (edad, ingresos, pensión, etc.) y luego determinar una cifra al bulto. En rigor, cualquiera sea el nombre que se le atribuya, ese sistema revela en realidad la ausencia de un método[73].

51.– ***Pago de cifra global o en cuotas y variaciones (agravación o reducción) del daño posterior a la sentencia.*** Si bien escapa estrictamente del examen de la jurisprudencia nacional, conviene al menos mencionar que las dificultades derivadas de la avaluación del lucro cesante futuro pueden ser mitigadas precaviendo el pago en cuotas, que puedan ser incluso revisadas en caso de agravación o disminución del daño, como

71 *Ibídem*, pp. 170 y 171.

72 "Conforme al art. 1556 del C. Civil la indemnización en el caso comprende el lucro cesante; pero el actor debe acreditarlo y el hecho de estar obligado el empleador a jubilar a los 45 años y no a los 65, como consecuencia del accidente, no es un daño cierto, pues es imposible determinar si efectivamente el actor viviría hasta esta última edad. Sólo es reparable bajo el concepto de lucro cesante un daño cierto y situaciones teñidas de incertidumbre o meramente posibles *deben ser avaluadas prudencialmente por el tribunal*, de modo que no es posible condenar al demandado a pagar estrictamente la diferencia entre la pensión que se recibe y la que se recibiría si jubilase a los 65 años, y *el tribunal debe apreciar prudencialmente la suma a pagarse"* (Domínguez Águila, Ramón, *Comentario de jurisprudencia* a C. Concepción, 12.01.2000, rol laboral 167-1999, en Revista de Derecho, U. de Concepción, N° 206, p. 165; el subrayado es nuestro).
En otro fallo citado por el mismo autor, pero rendido a propósito de un accidente del trabajo, la Corte de Iquique resolvió que: "El lucro cesante se relaciona con un daño futuro, pero cierto, por lo mismo indemnizable, aunque su cuantía sea incierta, lo que no obsta a su reparación. Como consiste en una hipótesis de ganancia, debe proporcionarse al tribunal antecedentes más o menos ciertos que permitan determinar la ganancia probable, la que en caso de falta de regulación precisa, debe determinarse equitativamente. (Corte de Apelaciones Concepción, Rol 77-93)". (C. Iquique, 11.02.2009, rol civil 42-2008; Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, inédito).

73 Elorriaga de Bonis analiza el "método concreto" y afirma que: "Es el llamado por algunos no método, ya que se caracteriza, precisamente, por la omisión de cualquier criterio matemático o aritmético a la hora de computar el lucro cesante, quedando entregada su ponderación a la libre apreciación judicial sobre la base de los antecedentes probatorios aportados al proceso y teniendo en cuenta sólo las particulares circunstancias del caso" (Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 173). Consúltese también la combinación de los métodos matemáticos con el concreto (*Ibídem*, pp. 175-176).

se ha propuesto en otras latitudes[74] y también en Chile[75]. La solución enfrenta obstáculos considerables: en lo jurídico, la cosa juzgada, el que puede superarse si el mismo fallo contempla la posibilidad de revisión; en la práctica, la insolvencia futura, fabricada o fortuita, del autor del daño, riesgo que se reduce tratándose de demandados institucionales solventes (el Estado, por ejemplo).

La práctica forense ofrece soluciones ingeniosas para permitir el pago en cuotas. La víctima puede preferir asegurar la percepción de un ingreso mensual que le garantice flujos constantes, en lugar de una indemnización global que puede no estar en condiciones de administrar eficientemente. El autor del daño puede pagar el monto de la indemnización convenida con una cantidad que permita, por ejemplo, la adquisición de una vivienda y el saldo proporcionando el capital que permita a la víctima contratar con una compañía de seguros una renta vitalicia. La solución permite al autor del daño obtener un finiquito liberatorio y a la víctima asegurar la percepción de un ingreso constante que será pagado por un tercero solvente, no sujeto a las contingencias patrimoniales del autor del daño.

2. LA PRUEBA

52.– La prueba del lucro cesante corresponde al actor. Se trata de un tema fundamental, al cual las víctimas no siempre atribuyen la importancia debida, motivo por el cual es recurrente en los fallos que se rechace su

---

74 Flour afirma que el juez puede precaver en el fallo la posibilidad de revisión. Agrega que, a falta de esa mención en el fallo, la jurisprudencia gala niega la revisión en caso de mejoría de la víctima, por oponerse a la cosa juzgada, pero la acepta para la agravación del daño y en estos casos otorga una indemnización complementaria, sobre la base que se trata de perjuicios nuevos, distintos a aquellos sobre los cuales se había resuelto y que, por lo mismo, no hay atentado a la cosa juzgada (Flour, Aubert y Savaux, ob. cit., N° 395, p. 401).
El artículo 1379-3 del Anteproyecto Catala prescribe: "La indemnización debida a título de lucro cesante profesional, de la pérdida de apoyo material o de la asistencia de una tercera persona se cumple, salvo decisión contraria especialmente motivada, bajo la forma de una renta indexada. El juez tiene la libertad de escoger el índice. [2] El juez puede precaver que la renta sea revisada en caso de disminución o agravación del daño, a condición de precisar explícitamente la periodicidad y las condiciones de la revisión". Cf. *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción* (1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).

75 "No hay reglas que determinen que el perjuicio haya de establecerse en una suma global y definitiva. El art. 173 del Cód. de Proc. Civil manda que cuando una parte haya de ser condenada a pagar perjuicios y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, si ello es procedente, lo que también ocurrirá si no habiéndose litigado sobre esa especie y monto ello resulta de lo que se resuelve en la etapa de cumplimiento del fallo o en otro juicio que al respecto se intente. Mas no vemos que ello signifique necesariamente la obligación de señalar una cantidad fija por una sola vez y una alternativa pudiera ser la de fijar una suma periódica hasta que el daño sea superado por un nuevo trabajo" (Domínguez Águila, Ramón, *Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro*, ob. cit., inédito).

pretensión por falta de prueba más que por un rechazo de principio[76]. Esa necesidad de prueba es particularmente acuciante cuando quien demanda es una víctima por rebote, quien debe acreditar el monto de los auxilios patrimoniales que recibía del trabajador accidentado. Por su parte, la demandada tendrá interés en demostrar que el trabajador ha percibido ingresos o puede obtenerlos con posterioridad al accidente e incluso a mantenerlo en su cargo, con un sueldo superior[77]. El análisis de la prueba será crucial en el Nuevo Procedimiento Laboral, toda vez que se ha suprimido la doble instancia, de tal suerte que las partes sólo podrán recurrir a la Corte a través del recurso de nulidad; los primeros fallos que se han dictado no son alentadores[78].

53.– La Corte Suprema, en sentencia de *28.05.2002*[79], casó la sentencia de la Corte de Santiago que daba lugar al pago de una indemnización de $ 7.000.000 a título de lucro cesante a favor del trabajador que había experimentado una incapacidad del 32,5% y que reingresó a trabajar en la misma empresa e incluso experimentó un incremento en sus ingresos. La Corte Suprema reprochó a los jueces de la instancia haber vulnerado las normas de la sana crítica y resolvió:

> Quinto: Que los daños materiales serán indemnizables cuando se haya probado que efectivamente se produjo una disminución o pérdida de valores patrimoniales del ofendido. Tratándose del lucro

---

76 La Corte de San Miguel en sentencia de 24.03.2010, rol 480-2009, resolvió que: Décimo cuarto: Que el actor solicita el pago de $ 151.000.000 –ciento cincuenta y un millones de pesos– por lucro cesante y, por aplicación de las reglas generales en materia de indemnización de perjuicios, el que alega haber sufrido un daño material debe probarlo, ya que estos serán indemnizados cuando efectivamente se acredite que se produjo una disminución o pérdida de valores patrimoniales del ofendido. Tratándose del lucro cesante, entendido por la jurisprudencia relativa a la materia como lo que se ha dejado de percibir o pagar a consecuencia del hecho ilícito, si bien no es posible afirmar con certeza absoluta que en lo sucesivo el demandante tendrá tales ganancias y a cuánto accederá su monto, lo que se exige para repararlo es acreditar la existencia del daño. Décimo quinto: Que, la sola existencia de las lesiones y detrimento experimentado por el trabajador no constituyen por si misma causa suficiente para otorgar lo pedido por este rubro en términos de abarcar "los emolumentos que dejará de percibir el trabajador con ocasión de este desgraciado percance, proyectada por los años y meses de vida laboral que le restan entre el día del accidente, 15 de noviembre de 2006, y el momento en que hubiera de cumplir sesenta y cinco años de edad, considerando que registra su nacimiento el 22 de diciembre de 1976, (según consta a fojas 2 de autos) lo que permite establecer la fecha previsible de su jubilación por vejez". Resulta insuficiente la prueba aportada en tal dirección, tratándose lo pretendido del resarcimiento de un daño que consiste en la real disminución de las ganancias que habría de obtener por el desarrollo de una actividad u oficio que de no producirse el accidente seguiría el actor ejecutando, razón por la cual se rechazará la indemnización por este concepto".
Consúltense también los fallos analizados *supra* N° 26, 29 y 45. Cf. Concha Machuca, Ricardo Alberto, ob. cit., acápite "4.3.1.3 Jurisprudencia que niega lugar al lucro cesante basándose en que no se acreditó en el proceso", p. 134.

77 Como ilustración, los fallos analizados *supra* N° 28 e *infra* N° 51.

78 Cf. *supra* N° 11 y 49.

79 Corte Suprema de 28.05.2002, rol 4758-2001, *RDJ* 2002.III.113-117.

cesante, entendido por la jurisprudencia relativa a la materia, como lo que se ha dejado de percibir o pagar a consecuencia del hecho ilícito, si bien no es posible afirmar con certeza absoluta que en lo sucesivo el demandante tendrá tales ganancias y a cuanto ascenderá su monto, lo que se exige para repararlo es acreditar la existencia del daño, es decir, en la especie que el accidente del trabajo y la incapacidad laboral sufrida por el actor, le produjo una disminución de la ganancia percibida a esa fecha, la que, de acuerdo al curso normal de las cosas habría obtenido con el desempeño de su oficio, de no mediar el hecho del accidente.

Sexto: Que en esta materia los sentenciadores están autorizados para apreciar la prueba de acuerdo al sistema de la sana crítica, labor que importa consignar los fundamentos de la valoración de la prueba agregada al proceso, dejando establecidas las razones de lógica y experiencia que los llevan a determinar los hechos que sirven de base al litigio.

Séptimo: Que, con todo lo antes expresado, se puede advertir que los jueces del fondo al dar por establecida la existencia del lucro cesante, afirmando que el trabajador verá mermadas sus habilidades, lo que se refleja o reflejará en el futuro en un menor ingreso por concepto de remuneración, han infringido el sistema probatorio de la sana crítica, puesto que los antecedentes reunidos en el proceso conducen precisamente al rechazo de la indemnización cobrada por tal concepto, en razón de que no existen elementos de prueba como para adquirir la convicción de que el trabajador sufrió un daño de esas características, y por el contrario, ellos demuestran que el actor no padeció pérdida o disminución de sus ingresos, pues éste mantuvo su trabajo y su remuneración y con el tiempo experimentó un aumento de esta última.

Octavo: Que el fallo impugnado no sólo infringió las disposiciones legales que rigen el sistema de la sana crítica, bajo cuyo imperio se ponderaron los antecedentes reunidos en la causa, según lo preceptúan los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, sino también el artículo 1698 del Código Civil, ya que los sentenciadores fijaron prudencialmente el lucro cesante en la suma de $ 7.000.000, sin estar probada la existencia de daño sufrido por el trabajador por tal concepto.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

54.– Las víctimas de un accidente del trabajo cifran hoy día sus expectativas en el daño moral. Sin embargo, resulta conforme a sus intereses reclamar la reparación del lucro cesante. Al demandar, los letrados deben

procurar distinguir entre la reclamación del lucro cesante actual (el que se produce entre el accidente y la sentencia) y el futuro (posterior al fallo). Respecto a este último, deben procurar explicitar los criterios o métodos que solicitan al tribunal aplicar para su avaluación. El más socorrido hasta ahora, esto es, la multiplicación del monto de los ingresos al momento del accidente por el tiempo que resta de vida laboral útil es absolutamente insuficiente. Es más, el actor puede reclamar la aplicación de varios métodos, unos en subsidio de otros, según el orden de sus preferencias, con una fórmula conclusiva amplia, por ejemplo, solicitar que se condene a pagar la cantidad que el tribunal determine en base al método que estime, conforme al mérito del proceso. Para el caso en que el Tribunal estime que no procede la reparación del lucro cesante futuro o bien que estime que su prueba es insuficiente, resulta también conveniente solicitar subsidiariamente se indemnice la pérdida de la chance de obtener esa ganancia futura. Así se superan los reparos derivados de la certeza del daño. Durante el pleito habrá que tener especial atención en la prueba que se rinda.

El demandado, por su parte, subrayará la necesidad de certeza del daño, de que el tribunal aplique parámetros objetivos y que el actor cumpla con su obligación de probar la cantidad que el trabajador accidentado asignaba a los demandantes, en caso que se trate de víctimas por repercusión. Es aconsejable evitar el despido, no sólo por razones humanitarias, sino también conforme a sus intereses, pues al conservar la fuente de trabajo desaparece el lucro cesante, máxime cuando en la primera etapa es el seguro de la Ley N° 16.744 el que cubrirá el costo de las remuneraciones.

El sentenciador no debe temer reproches a su decisión si otorga una indemnización por lucro cesante futuro en la medida que efectúe un adecuado juicio de probabilidad de esa ganancia futura y que la pondere conforme a un método objetivo, explicitado y razonado en la sentencia.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA EN LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO: DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil y Decano
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

I. ENCUADRAMIENTO DOGMÁTICO

1. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN DEL EMPLEADOR: LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO

Me parece imprescindible comenzar formulando un encuadramiento previo respecto del marco conceptual en que se dan las relaciones entre trabajador y empleador, con el propósito de determinar las fuentes de las normas sobre protección de la vida y salud de los trabajadores y en general de accidentes del trabajo.

La fuente directa de las normas sobre seguridad en el trabajo se encuentra en el Título II del Libro III del Código del Trabajo, que impone a los empleadores básicamente los siguientes deberes:

a) tomar todas las medidas necesarias para "*proteger eficazmente*" la vida y salud de los trabajadores;
b) mantener las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas;
c) mantener los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales (art. 184 inciso 1°);

* Este trabajo constituye una pequeña actualización, especialmente jurisprudencial, del trabajo publicado en *La responsabilidad por accidentes del trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica 10, Universidad de los Andes (2005), Jorge Baraona y Pedro Zelaya, editores, pp. 123-153.

d) prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidentes o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica (art. 184 inciso 2°).
e) como deber complementario, el art. 153 del mismo Código impone a las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que utilicen normalmente 10 o más trabajadores, a confeccionar un Reglamento de orden, higiene y seguridad, que contenga "*las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento*".
f) por último, los arts. 209 a 211, del Título III del Libro II del Código del Trabajo, consagran el deber de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744. Y no sólo ello, sino que, además, el art. 210 impone a las empresas o entidades a que se refiere la Ley N° 16.744, el deber de "*adoptar y mantener medidas de higiene y seguridad en la forma, dentro de los términos y con las sanciones que señala esa ley*".

Lo anterior es sin perjuicio de otros deberes que también impone el Código del Trabajo, como es dar capacitación a los trabajadores (art. 179[1]) y en general cumplir con el resto de las normas y reglamentos sobre seguridad[2].

Para captar la profunda implicancia que tienen estos deberes de seguridad que informan el contrato individual del trabajo, es conveniente reparar que ellos encuentran fundamento constitucional en la consagración del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas (cfr. art. 19 N° 1, inciso 1°, de la Constitución Política de la República de 1980).

En el ámbito del derecho internacional, el artículo 7 del Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966, de que Chile es

---

1 "*Art. 179. La empresa es responsable de las actividades relacionadas con la capacitación ocupacional de sus trabajadores, entendiéndose por tal, el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo; y a incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía, sin perjuicio de las acciones que en conformidad a la ley competen al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo y a los servicios e instituciones del sector público*".

2 Existe una gran cantidad de normas complementarias y para no repetir innecesariamente normas, me remito a la relación que hace el profesor Díez Schwerter, en el trabajo "La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales", en *La responsabilidad por accidentes del trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica 10, Universidad de los Andes (2005), Jorge Baraona y Pedro Zelaya, editores (pp. 73-98).

signatario[3], consagra el derecho "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: la seguridad e higiene en el trabajo" (inciso 5°).

Por último, debe decirse que ha sido una preocupación fundamental de la OIT velar por la seguridad y salud en el trabajo. Tal vez la última norma de importancia aprobada, que ha entrado en vigor el 20 de febrero de 2009, es el *Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo*, de 2006, ratificado por Chile, cuya principal finalidad ha sido comprometer a los estados signatarios a desarrollar una política, un sistema y un programa nacionales, que tienda a evitar accidentes del trabajo.

2. SU NATURALEZA: CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL

2.1. La naturaleza contractual de estos deberes

Estos deberes –que como se verá importan deberes recíprocos, pues obligan tanto al empleador como al trabajador– están explícitamente reconocidos en el Código del Trabajo; sin embargo, existe la duda –la discusión también se ha planteado en la doctrina comparada– respecto a si se trata de deberes legales, que vienen impuestos directamente por el legislador al empleador, o bien si han de ser considerados como obligaciones que encuentran su fuente u origen directo en el contrato de trabajo.

Personalmente no creo que pueda existir duda de que se trata de deberes contractuales, pues ellos nacen como consecuencia de que una persona se incorpora al trabajo como efecto de la celebración de un contrato de trabajo[4]; pero la cuestión es determinar si son únicamente contractuales.

Sobre la naturaleza contractual de estos deberes, puede argumentarse en razón de que tales deberes existen no sólo porque están expresamente consagrados en el Código del Trabajo, sino además porque emanan de las reglas generales de la contratación.

El contrato individual de trabajo, como contrato privado que es, si bien se rige por las normas propias del Libro I del Código del Trabajo, en subsidio, también le son aplicables las normas del Código Civil, particularmente sus reglas generales. El art. 4° del Código Civil expresa con claridad el carácter general y supletorio que tiene respecto de otros

[3] Chile lo suscribió el 16 de septiembre de 1969 y fue publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

[4] Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 701, afirma que la acción de la víctima directa contra el empleador se rige por las reglas de la responsabilidad contractual.

códigos "especiales", entre los cuales, no puede haber duda, debemos incluir al Código del Trabajo.

Por lo mismo, el art. 1546 del Código Civil, que es una norma general, rige también los contratos del trabajo regulados por el Código del Trabajo. Es así como llegamos a concluir que las relaciones entre trabajadores y empleadores están informadas por un principio clave y fundamental: la buena fe contractual, con todas las implicancias que el reconocimiento de este principio tiene, y muy particularmente para los efectos de concretar la garantía constitucional de la protección del derecho a la vida y a la integridad (física o psíquica), en el ámbito del contrato de trabajo[5].

La afirmación anterior me lleva a concluir dos cosas. Por un lado, que, incluso en el evento de que en el Código del Trabajo no existieran normas sobre seguridad laboral, tales deberes podrían extraerse por aplicación extensiva del art. 1546 del Código Civil, en relación con el art. 1° de nuestra Constitución. Menos específicos y precisos, naturalmente, de como están consagrados en el art. 184 del Código del Trabajo.

Es claro que los deberes de seguridad se incrustan en el plexo de las obligaciones que el contrato de trabajo impone a las partes: empleador y trabajador. El mismo deber de preparar y aprobar un Reglamento de Higiene y Seguridad, que impone el inciso 1° del art. 153 del Código del Trabajo, confirma esta conclusión.

Por otro lado, debe afirmarse que, dado el carácter contractual que reconocemos al principio de buena fe, es obvio que su fuerza obligatoria no alcanza únicamente al empleador, sino que también compromete la actuación de los propios trabajadores.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha concluido, para efectos de la competencia de los tribunales, que este tipo de deberes tienen naturaleza contractual y, por lo mismo, aunque se reclame una indemnización fundada en el art. 69 de la Ley N° 16.744, se ha entendido que si la demanda es de un trabajador contra su empleador, se trata de una acción de naturaleza contractual, cuya competencia queda entregada a los Juzgados de Letras del Trabajo, conforme con lo dispuesto en el art. 420 del Código del Trabajo, letra f)[6].

---

5 Para ilustrar el principio de la buena fe en el contrato de trabajo, puede verse en el libro de Córdova, Marcos, *Tratado de la buena fe*, La Ley, Buenos Aires, 2004, los trabajos de Etala, Carlos Alberto, "La buena fe en el derecho del trabajo" (pp. 1067-1092), Sardaegna, Miguel Ángel, "Proyección de la buena fe en las relaciones laborales" (pp. 1093-1112) y Sardegna, Paula Constanza, "El vaciamiento conceptual del principio laboral de la buena fe" (pp. 1113-1135).

6 Personalmente no me deja satisfecho esta doctrina, ya que supone darle a los accidentes del trabajo un tratamiento diferenciado, discriminando entre el trabajador afectado y las demás víctimas. Si el que demanda es el propio trabajador, la cuestión se ve en sede laboral y el resto en sede civil. Pero si el daño que origina la demanda indemnizatoria tiene causa en un accidente del trabajo o enfermedad profesional, no veo razón para distinguir la sede judicial. Si se justifica una justicia del trabajo especializada, quiere decir, entonces, que todos estos casos debería verlos la justicia especializada.

2.2. El carácter legal de estos deberes

Pero de afirmar la naturaleza contractual de estos deberes no se sigue necesariamente que haya de negarse que ellos se impongan al empleador directamente, es decir, por disposición de la ley. De otra manera, si bien estos deberes suponen la existencia de trabajadores sujetos a un contrato de trabajo, no encuentra su justificación última en el acuerdo de voluntades que dio nacimiento al contrato de trabajo –o al menos el consentimiento no aparece relevante a estos efectos–, sino que ha de buscarse un fundamento superior en el deber general de respetar la vida y seguridad de los demás, que viene impuesto directamente por la ley[7].

Creo que no debe desconocerse el carácter legal autónomo de estos deberes, porque estimo que el mero contacto social unido al derecho a la vida e integridad, de fuente constitucional, que todos tenemos, ya imponen un deber de seguridad que no puede ser soslayado[8].

Entiendo, así, que bajo la mirada conjunta de la Constitución (incluyo los derechos humanos asociados al trabajo reconocidos en los Tratados y Convenios Internacionales), el Código Civil y el Código del Trabajo, los deberes de seguridad en el trabajo tienen una doble naturaleza: contractuales y legales, lo que produce un concurso de normas que dan lugar a acciones semejantes pero no idénticas en cuanto al estatuto jurídico por las que se rigen.

3. EL ART. 69 DE LA LEY N° 16.744

Una segunda fuente de legitimación para pretender indemnización por causa de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales viene dada por la Ley N° 16.744, concretamente su artículo 69.

La acción que confiere el art. 69 de la Ley N° 16.744 es precisamente el derecho que tiene el trabajador accidentado o enfermo profesionalmente para ser indemnizado de los daños que esta ley ha tipificado –art. 5° para

---

7 El art. 420 letra f) fue agregado por la modificación introducida por el artículo 1 N° 3 de la Ley N° 19.447, de 8 de febrero de 1996, y el objeto de esta modificación fue aclarar "expresamente la competencia que los juzgados laborales tienen para conocer de aquellas causas en que se persigue la responsabilidad contractual derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales..." (Cfr. Mensaje de S.E. el Presidente de la República de la época don Eduardo Frei Ruiz-Tagle); sin embargo, en la discusión que se dio en el Senado, el senador institucional William Thayer, estimó que no era conveniente explicitar que se trataba de una responsabilidad contractual, porque son normas que no emanan de lo que han contratado las partes, sino de lo dispuesto en la ley, como consecuencia de existir un contrato de trabajo. Se eliminó así la referencia a la responsabilidad contractual. Puede verse la sentencia de la E. Corte Suprema Rol N° 4.859-02, de 19 de agosto de 2003, en *Manual de Consultas Laborales y Previsionales*, enero de 2004, N° 224 (pp. 116-130).

8 Existe jurisprudencia que reconoce que estos deberes tienen fuente legal, citada en Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 701, nota 154, entre otras, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 7 de diciembre de 1998, *Gaceta Jurídica* N° 222, p. 196.

accidentes del trabajo y art. 7° para enfermedades profesionales– cuando "*el accidente o enfermedad se deba a dolo o culpa de la entidad empleadora o de un tercero*", en cuyo caso "*la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño, podrán reclamar al empleador o a terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral*".

Lo peculiar de esta norma es que por un lado tipifica una acción, fundada en el daño cuya causa está a su vez también tipificada en la ley: accidente del trabajo o enfermedad profesional. Por otro lado, la disposición da acción contra el empleador o terceros responsables del accidente o la enfermedad, si éstos han incurrido en dolo o culpa. Quedan legitimados para demandar no sólo la víctima, sino también otras personas que pudieran resultar dañadas, asegurándose incluso el resarcimiento del daño moral.

Me parece que esta acción claramente tiene una fuente legal, lo que refuerza la doble naturaleza de las acciones de que dispone un trabajador para hacer efectiva la responsabilidad por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales: contractual y legal.

De hecho, el art. 420, letra f) del Código del Trabajo, que entrega la competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de los juicios "*en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales*", excluye la responsabilidad extracontractual emanada de tales hechos. Y la E. Corte Suprema ha resuelto, en doctrina que ya parece regular, que la norma citada debe entenderse en el sentido de que excluye de la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo las acciones en que terceros afectados –cónyuge o padre de la víctima, por ejemplo– pretendan demandar al empleador ante los Juzgados del Trabajo, pues se considera que la competencia natural estaría radicada en la jurisdicción común[9].

Otra precisión conviene formular a lo dispuesto en el art. 69 de la Ley N° 16.744, pues no parece crear una acción especial, en el sentido de que reconoce que el accidente o enfermedad profesional puede causar daño a la víctima o a otras personas, quienes podrán reclamar al empleador o a terceros responsables del accidente las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

[9] E. Corte Suprema Rol N° 4.859-02, sentencia de 19 de agosto de 2003, en *Manual de Consultas Laborales y Previsionales*, enero de 2004, N° 224 (pp. 116-130), que rechaza por incompetencia una demanda en sede laboral, deducida por la mujer, cónyuge de un trabajador muerto en un accidente del trabajo, contra la empleadora. Confirmó nuestra Corte Suprema lo resuelto en la primera instancia, por estimar que no había relación laboral y por lo mismo responsabilidad contractual.

Estimo que esta norma claramente ratifica la legitimación para actuar contra los responsables, sin perjuicio del derecho a las prestaciones que tenga derecho conforme con la ley de salud. Y la referencia a que debe actuarse "*conforme con las prescripciones del derecho común*", significa que para que prospere la acción correspondiente habrán de satisfacerse los requisitos y presupuestos de las acciones, sea esta contractual o extracontractual[10], haciendo explícita consagración del derecho a la reparación del daño moral[11].

Se puede concluir, entonces, que efectivamente de estas normas pueden derivarse tanto responsabilidad contractual como extracontractual, pero yo agregaría un matiz, y es que incluso en la relación entre el propio trabajador y su empleador, la responsabilidad puede tener también carácter extracontractual o legal.

4. EL DEBER DE DAR PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES ¿ES UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS O ACTIVIDAD O DE RESULTADO?

La doctrina del derecho comparado no termina de concordar acerca de si este tipo de deberes son de resultado, es decir, que imponen al empleador el deber de "garantizar" la vida y salud de sus trabajadores. Esto significa que la sola presencia de algún daño de este tipo en sus trabajadores ya implica que tales deberes se han infringido. O bien, que se trata de deberes u obligaciones de medios u actividad que sólo imponen al empleador el deber de respetarlos, poniendo la diligencia razonable a las circunstancias del caso, por lo mismo su prestación no se traduce en "asegurar" al trabajador de todo daño[12], sino que únicamente poner los medios para que estos no se produzcan.

---

10 En el mismo sentido Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 700.

11 Esta precisión puede estimarse especial, pues el Código Civil no hace una referencia explícita a la indemnización del daño moral, el que ha sido incluido como susceptible de cobertura indemnizatoria civil por la opinión de la doctrina y la jurisprudencia.

12 Vid. Cabanillas Sánchez, Antonio, *Los deberes de protección en materia civil, comercial y laboral,* Civitas, Madrid, 2000, pp. 381-394. Afirma este autor que en el derecho español efectivamente existe discusión, pero él se inclina por la tesis de que se trata de una obligación de resultado. "La obligación de seguridad está barnizada por la diligencia que exige el cumplimiento del programa de prestación, pero ello no impide desconocer que la obligación del empresario se confirma como una obligación de resultado. En la doctrina francesa y en la italiana se afirma también que la obligación de seguridad es una obligación de resultado. En la Directiva-Marco, la obligación de seguridad se configura igualmente como un resultado determinado, al establecer que el empresario garantiza que la seguridad y la salud de los trabajadores no se vea afectada por la incidencia de la prestación laboral. Por ello, el empresario, hoy en día no sólo es deudor de seguridad, es decir, según la tópica y secular expresión, sino garante de seguridad, es decir, se configura la obligación como garantía de un resultado y no como un deber de conducta propio de una obligación de medios que haga depender la obligación de seguridad de la técnica y las posibilidades económicas de la empresa. Si se produce el daño personal el mismo se tendrá que conectar con el incumplimiento de la obligación de prevención: al trabajador le bastará acreditar el daño sufrido y la relación laboral, debiendo probar el empresario que actuó con la diligencia exigida por la obligación de seguridad".

Comprendo que esta discusión en Chile puede no ser relevante, porque la distinción no encuentra demasiado acomodo en doctrina, pero de cara a una configuración dogmática de la materia no puede soslayarse.

El art. 184 del CT afirma que "*el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores*", lo que hace suponer que el contenido mismo de la obligación es el de "*tomar todas las medidas*" destinadas a "*proteger eficazmente*", es decir, de una manera efectiva, que bien podría entenderse que está exigiendo que se produzca el resultado esperado.

El siguiente fallo de la CA de Rancagua puede iluminar este criterio[13]:

El Tribunal de primera instancia (Santa Cruz) rechazó la demanda, pero la CA de Rancagua, revocando la sentencia de primer grado, la acogió.

"7°) Que si bien nuestro Código Civil contempla en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad subjetiva o a base de culpa, por los inconvenientes que se fueron presentando en diversos accidentes sufridos por trabajadores en actividades complejas y peligrosas que quedaban sin indemnizaciones por falta de prueba o lo difícil de ella, se fue adentrando en la jurisprudencia y en la doctrina, el concepto de responsabilidad por el riesgo creado u objetiva, estableciéndose por el legislador, como lo expresa el profesor don Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra "De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno", Tomo I, página 110, diversos correctivos o presunciones de culpabilidad, a fin de facilitar la prueba de la culpa que pesa sobre la víctima, presumiéndose su existencia, y requiriéndose en ciertos casos que el autor señala –artículos 2320 a 2323 y 2326 a 2329– por parte de la víctima que ha sufrido el daño, "sólo probar los hechos de los cuales la ley deduce la culpa, y establecido éstos, se presumirá la culpabilidad de la persona civilmente responsable y será ésta quién deberá probar, para exonerarse, que no hubo culpa";

"8°) Que, por consiguiente, y aceptándose por estos sentenciadores en situaciones como las reseñadas en estos autos, el concepto de responsabilidad por el riesgo creado, fundado principalmente en lo dispuesto en el artículo 2329 del Código Civil, que establece una presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa del agente, en la especie, la demandada, como se desprende de los elementos probatorios analizados en los motivos precedentes, se concluye, que es legítimo, al tenor de la norma transcrita, que si se produjo el daño que sufrió el menor, se debió a que la empresa no actuó con la debida diligencia, debiendo haber probado que se tomaron las medidas

[13] Se trata de un operario agrícola que demandó la indemnización por un accidente sufrido mientras trabajaba para la demandada; fundamenta su acción en que su hijo, que aún no cumplía 15 años, fue contratado verbalmente por la demandada para labores de operador en máquina calibradora de frutas en *packing*, consistiendo su trabajo en vigilar que la máquina no se atascara o dejara de funcionar por el paso de la fruta. Un cajón se quebró, por lo que el menor bajó sus manos sobre la máquina, la que le cercenó todos los dedos de la mano derecha y el dedo pulgar de la mano izquierda, quedando con gravísima incapacidad laboral de por vida. La demandada alegó culpa de la víctima.

adecuadas para evitarlo, lo que no ha ocurrido en esta causa, más aún, si se advierte que infringió claramente lo dispuesto en el artículo 187 del Código del Trabajo en lo referente a las labores que se encomiendan a los menores (considerandos 7° y 8°, sentencia de 7 de marzo de 2002, Rol 18.105)"[14].

En esta otra sentencia se condena al empleador por un accidente sufrido por un trabajador ferroviario, que fue el resultado de una mala maniobra de carros de un tren de carga.

"Con las medidas de seguridad no se está protegiendo valores de índole patrimonial, sino ulteriores, por lo que la ocurrencia de un accidente del trabajo pone de manifiesto un fracaso de las medidas que ha debido adoptar el empleador para proteger ambos bienes. O no se han adoptado las medidas necesarias, o las que se han puesto en ejecución no han sido eficaces. Es por ello que el empleador responde contractualmente hasta la culpa levísima, ya que tiene la obligación de que nada ocurra a sus trabajadores mientras prestan sus servicios (considerando Duodécimo, Corte de Apelaciones de Concepción). Existe relación de causalidad cuando, suprimido un acto de voluntad humana, deja de producirse el resultado concreto. En otros términos, que el resultado sea determinado por la acción u omisión. Si la empresa hubiera adoptado todas las medidas necesarias para dar seguridad efectiva a su trabajador, manteniendo en condiciones eficientes el material rodante, o sea, suprimida su omisión, no habría sido necesaria la intervención manual del actor para movilizar los carros y, en consecuencia, éste no habría resultado lesionado. Luego, ha existido una concatenación causal necesaria para responsabilizar a la empresa (considerando Decimotercero, Corte de Apelaciones de Concepción). Ahora bien, la mera existencia de un reglamento interno y el posible conocimiento que de su contenido pudiera tener el trabajador no es suficiente para estimar satisfecha la obligación del empleador de "tomar todas las medidas necesarias" a que alude el artículo 184 del Código del Trabajo, para proteger eficazmente al trabajador durante el desempeño de sus funciones, mayormente cuando se trata, como en la situación de autos, en que el demandante es un conductor de trenes que resultó con sus piernas amputadas, de labores que implican considerables riesgos en su ejecución. Así las cosas, la causa determinante del perjuicio sufrido por el demandante provino, sin duda, de la omisión de la empresa demandada (considerando Decimocuarto, Corte de Apelaciones de Concepción). De otro lado, la apreciación del daño estará sujeta a reducción sólo si la víctima se expuso "imprudentemente" a él, de modo que para que proceda la reducción es necesario que la acción u omisión de la víctima sea culpable, ilícita. La acción ejecutada por el demandante no puede así calificársela. Para ello es preciso considerar ciertos principios que rigen las relaciones laborales, como el de primacía de la realidad y el de la experiencia, los que llevan a concluir que el actor se vio obligado a actuar frente a los desperfectos de los carros que operaba, debiendo movilizarlos del lugar a como diera lugar, ya que estaban obstaculizando las vías transversales de circulación y el tránsito de los otros carros de la empresa

[14] La E. Corte Suprema rechazó el recurso de casación, por estimar que no había base para estimar infringidas las normas reguladoras de la prueba, sentencia de 6 de mayo de 2002, Rol 1187-02 (*Legal Publishing* N° 24.427).

que debían entrar al recinto antes de las 08:00 horas del día de los hechos, y el no hacerlo habría significado un reclamo en su contra"[15].

Puede entenderse, entonces, que la manifestación de un accidente del trabajo o enfermedad profesional supone por sí misma una infracción al deber de protección en cuestión, y por lo mismo será el empleador quien deberá probar que ha actuado con la diligencia debida. Pero bajo esta doctrina, la diligencia empleada por el empleador y que debería probar en el juicio no sería la vía para acreditar el cumplimiento de sus deberes de seguridad y que le imputan infringidos, sino que sería el camino que él tiene disponible para exonerare de responsabilidad.

"8.– Que el Informe de investigación del accidente del Departamento de Prevención de Riesgos de la empresa demandada, le atribuye a la actora responsabilidad por no cumplir con las instrucciones establecidas, al introducir su mano bajo los rodillos, al querer voltear un trozo de jibia que ya iba mal ingresado por la propia trabajadora. No obstante ello, del mérito de la prueba rendida y que se ha expresado precedentemente no existieron las instrucciones suficientes en las labores que desempeñaba la demandante, más aún, el mismo informe del accidente del Departamento de Prevención de Riesgos constata que existen antecedentes de que la Sra. Carrasco debía ser apoyada por sus compañeros para mantenerse despierta mientras se encontraba en proceso, debido a que, según manifiesta un compañero de trabajo, Sr. José Reyes, en varias oportunidades tuvo que ejecutar acciones diversas (golpear camelas contra el suelo, moverla o hablarle) (sic). Estos antecedentes tienen importancia en el accidente, porque tratándose de trabajos que por su naturaleza revisten peligrosidad que originan accidentes, el trabajador debe encontrase en condiciones físicas y saludables acorde con el trabajo que desempeña, estas condiciones de salud deben ser vigilada por la persona encargada de la vigilancia en su trabajo en este caso la Capataz Jacqueline Pereira quien declara como testigo, y dice haberse encontrado cerca a los hechos y que fue la persona que le impartió las instrucciones en su trabajo, pero no se percató de este hecho siendo su obligación hacerlo, porque fue ella, según su propio testimonio, la que le dio charla de capacitación a la entrada del turno y las instrucciones de lo que había que hacer y de lo que no había que hacer.
La demandada resulta responsable de las inadecuadas condiciones físicas de su trabajadora, de acuerdo al documento de fojas 6 emanado de la Inspección del Trabajo, el que acredita que la demandada fue objeto de sanción con multa por no otorgar días de descanso semanal en compensación con las actividades desarrolladas en día domingo en el periodo laborado 03/02/2005 al 11/02/2005, se debe destacar que el accidente fue el día 12 de febrero de 2005, lo que justifica que ese día estaba con "falta de sueño y por ende no estaba en condiciones de desempeñar sus labores con la rigurosidad y concentración que se requería.
El documento acompañado por el actor a fojas 83 da cuenta que se deja sin efecto las dos multas aplicadas, pero no la de 60 UTM, la que fue objeto de reclamación ante Segundo Juzgado del Trabajo de Concepción, causa Rol N° 102-2007 (tenida

[15] Considerando Decimoquinto, de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1892-2001 (*Legal Publishing* N° 30.551).

a la vista a petición de la demandada) reclamación que no fue acogida y sólo se rebajó la multa. Trascendencia tiene lo consignado en la sentencia en su fundamento 6º letra b), en la parte que dice: "Que no aparece acreditado que se haya otorgado descanso compensatorio, por el día domingo laborado entre el 3 y el 9 de febrero de 2005, éste último en que sufrió un accidente laboral.

9.– Que la causa del accidente no sólo se debió a que la demandante introdujo la mano en la máquina fileteadora, sino que el incumplimiento de la empleadora de no otorgarle el descanso semanal compensatorio, lo que afectó la concentración de la trabajadora en el desarrollo de sus actividades, siendo un elemento que originó el accidente, que no le es atribuible la responsabilidad a la actora, sino que a la demandada que contribuyó a ello.
En este orden de ideas se le resta valor probatorio a los testimonios de la demandada, quienes trasladan la responsabilidad a la actora, lo que no se comparte de acuerdo a lo que se ha razonado, apreciando la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica"[16].

De concluirse que estos deberes son de resultado –que por lo demás no parece una conclusión tan extraña a la luz de la jurisprudencia de nuestros tribunales– la presencia del accidente del trabajo, más que una presunción *iuris tantum* de incumplimiento contractual, sería en sí mismo el hecho que prueba objetivamente la infracción del contrato.

El empleador debería reducir su defensa a probar que en la producción de tal evento dañoso no ha tenido responsabilidad, por lo que la prueba de su diligencia o caso fortuito no vendría a acreditar el cumplimento de sus obligaciones, sino que sería la evidencia que daría cuenta de que tal infracción al contrato o ley laboral no le serían imputables.

Yo no dudo que el criterio jurisprudencial de hecho va por este camino y, por lo mismo, la indagación por la cuestión de la culpa o hecho de la víctima tiene pocas alternativas procesales en nuestros tribunales[17].

Sin embargo, pienso que en una sociedad de riesgos como la que vivimos, el asumir que la ley le impone al empleador el deber de organizar su empresa de manera que ha de evitarse todo accidente del trabajo, supone configurar un deber de satisfacción o cumplimiento prácticamente imposible y que, interpretado de una manera demasiado estricta, incluso podría atentar contra el denominado derecho a la seguridad jurídica que

16 Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 21 de julio de 2009, Rol 524-2008 (*Legal Publishing* Nº 42308). Se trata de una trabajadora que se accidentó su mano mientras trabajaba en faenas de fileteado de jibias.

17 Sin embargo existen sentencias que claramente están en la vía que me parece correcta. "6º) Que, el empleador debe tomar las medidas y proporcionar los implementos necesarios para prevenir accidentes, es decir, para intentar que no se produzcan tales siniestros, pero en caso alguno, puede entenderse que se compromete a que no se produzcan accidentes". Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de noviembre de 2007, Rol 1868-2007 (*Legal Publishing* Nº 37.840). Se trataba de un accidente en un bus interprovincial que sufrió el trabajador de la empresa demandada, a consecuencia de una colisión que el bus en que el trabajador viajaba sufrió con otro vehículo. La Corte entendió que la empresa no tenía responsabilidad.

consagra el art. 19 N° 26 de la Constitución Política de la República. Una conclusión así me lleva a entender que impide el legítimo ejercicio del derecho –consagrado en la Constitución– de desarrollar cualquier actividad económica. No otra cosa puede suponer imponerle al empleador un sistema de seguridad en el trabajo que garantice la evitación de todo accidente.

Por ello, me inclino hacia una interpretación más abierta, y por lo mismo creo que debemos afirmar que los deberes de seguridad o protección laboral son obligaciones de actividad o diligencia. En consecuencia, si el empleador acredita en el juicio que ha empleado la diligencia debida, con tal actuación procesal no está probando técnicamente una causa de exoneración, sino que está demostrando que ha cumplido con su obligación de prestar seguridad a sus trabajadores[18].

Una sentencia de nuestra Corte Suprema ofrece una consideración en esta línea:

> "8. Que así entonces, y tratándose de obligaciones que emanan del contrato de trabajo que liga a trabajador y empleador, acaecido un accidente es en este último en quien pesa la obligación de probar que se tomaron todas las medidas necesarias para que el trabajo se desarrollase en condiciones adecuadas y seguras, no obstante lo cual el accidente igualmente se produjo, en términos tales que él no pudo prever ni evitar. Lo anterior significa que el empleador no será responsable de todo daño sufrido por sus trabajadores, dado que es común que el trabajo implique ciertos riesgos, los cuales obviamente se busca evitar, pero que en ocasiones, inevitablemente para el empleador, igual acontecen"[19].

Esta circunstancia en mi criterio queda más clara aún en el caso del art. 69 de la Ley N° 16.744, porque la acción que esta disposición consagra es una acción fundada en la culpa del empleador o tercero –deben haber actuado con culpa o dolo–, lo que confirma que se trata de un supuesto de imputación subjetiva y, por lo mismo, bajo los cánones de la responsabilidad contractual clásicos.

Los presupuestos de esta acción, son:

a) que exista daño por causa típica: accidente del trabajo o enfermedad profesional, conforme con los arts. 5° y 7° de la Ley N° 16.744;
b) que el empleador o tercero haya actuado con culpa o dolo en la producción de ese accidente;

---

18 Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, cit., pp. 704-705, califica este tipo de responsabilidad como un deber u obligación de seguridad que "a diferencia de las obligaciones de garantía, no tienen por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino que establecen un deber de cuidado, que debe ser apreciado según las circunstancias".

19 E. Corte Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2007, Rol 5303-2007 (*Legal Publishing* N° 37675). Se trata de un trabajador que sufrió severos daños en una de sus manos, con fracturas de algunos dedos, por el efecto de que al proceder a limpiar una máquina "mezclador lechuga" que se energizó en circunstancias de que la estaba limpiando.

c) que la acción la entable algún legitimado: es decir, la víctima o un tercero que haya resultado causalmente dañado por el accidente del trabajo o la enfermedad profesional.

No hay aquí razón, creo, para estimar que la sola presencia del accidente suponga la infracción del contrato o la ley.

Todo lo anterior, y por supuesto de cara a la incitación de una jurisprudencia más comprensiva, teniendo en consideración que nuestro país debe favorecer siempre el principio de la autorresponsabilidad[20], como elemento de actuación ético-jurídico que no sólo obliga a los empleadores sino que también a los trabajadores. Más aún, en un ambiente económico en donde las contingencias de riesgos del trabajo para las pequeñas y medianas empresas (PYMES) pueden ser absolutamente desastrosas.

II. Las cuestiones que plantea la culpa o hecho de la víctima en los accidentes del trabajo

1. Sólo se estudia el comportamiento de la víctima de frente a la pretensión indemnizatoria

Una vez fijado este marco conceptual, creo, se puede estudiar el efecto que se produce cuando en la producción del daño ha jugado un papel determinante el hecho o la culpa de la víctima. Me interesa concentrarme específicamente en el comportamiento de la víctima del daño, y la relevancia que este comportamiento puede tener en su producción.

2. Precisión conceptual importante: víctima y perjudicado

Creo que conviene precisar, además, que me referiré al comportamiento de la víctima, y no a la posición en general del perjudicado, porque entre víctima y perjudicado existe una diferencia conceptual que debe ser delimitada.

La víctima en un accidente del trabajo es quien sufre el evento, quien padece personal y directamente el accidente o la enfermedad. En cambio, el perjudicado es quien se ve dañado o lesionado como consecuencia mediata del accidente, sin ser quien lo padece personalmente. El art. 69 letra b) de la Ley N° 16.744 distingue ambas posiciones, cuando habla de "*La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño...*".

[20] Cfr. Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 132-137.

3. UNA APROXIMACIÓN GENERAL: LOS DEBERES DE LAS PARTES

Para poder comprender la incidencia de la culpa de la víctima en un accidente del trabajo conviene adoptar una posición metodológica que ofrezca un conjunto de los deberes suficientemente comprensivo, tanto respecto del empleador como del trabajador, porque los comportamientos de ambas partes están interrelacionados. Para hacerlo, creo, es prudente repasar cuáles son los deberes básicos de uno y otro en el contexto de una organización de trabajo.

El considerando que copio resume adecuadamente el punto:

> "Séptimo: Que en la relación entre trabajador y empleador no sólo existe un contenido de naturaleza patrimonial, cual es el intercambio de servicios por dinero que los retribuye, sino también elementos jurídicos no patrimoniales, entendida esa vinculación como una comunidad con objetivos comunes que impone deberes recíprocos y permanentes de lealtad, respeto y protección. La legislación nacional ha recogido en el mencionado artículo 184 la obligación normal que recae sobre el empleador para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores. La regla del citado precepto ha sido complementada por la normativa de seguridad social, reafirmando el carácter tuitivo del derecho laboral y su unión con esa rama del derecho del trabajo"[21].

3.1. Deberes básicos del empleador

Como hemos visto, la ley exige al empleador tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

Esta primera exigencia debiera llevar al empleador a adoptar las siguientes acciones dentro de su empresa:

a) evaluación permanente de los riesgos de la empresa;
b) definir las funciones en razón de su peligrosidad;
c) seleccionar a los trabajadores de acuerdo con esta realidad;
d) instruir y capacitar a los trabajadores conforme con las contingencias advertidas.

La siguiente sentencia ayuda a ilustrar este deber:

> "4°) Que, finalmente, no consta del proceso que tratándose del traslado de estas especies, la empleadora haya confeccionado un Reglamento Interno o haya proporcionado instrucciones precisas y determinadas, por escrito y con conocimiento de sus trabajadores, que hayan implicado la responsabilidad de éstos en algún

[21] Se trata de un trabajador que era operador en una planta de hormigón, y en circunstancias que trasladaba material, sufrió una caía en una zanja de tres metros y no recibió atención profesional inmediata, agravándosele el daño. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de julio de 2008, Rol 6920-2007 (*Legal Publishing* N° 39.618).

tipo de accidente. De acuerdo con las funciones que cumplía el trabajador, las que iban más allá de lo pactado contractualmente, según lo reconoce la propia parte demandada, importan que ésta es responsable de las consecuencias ocurridas en el retiro de mercadería que iba en directo beneficio de la empleadora, y en el horario de trabajo del occiso"[22].

Otro caso similar, también ilumina este deber:

"Sexto: Que resulta así establecida la culpa del empleador, que se traduce en la inobservancia de su deber de brindar seguridad efectiva a los trabajadores demandantes, a quienes expuso a un riesgo en su lugar de trabajo, dejando de adoptar las medidas de prevención que la prudencia aconsejaba para evitar un daño posible de prever"[23].

En la siguiente sentencia, la imprudencia de la víctima se estimó causada por falta de capacitación laboral[24].

"En la causa ha quedado demostrado que el coloso al desengancharse se deslizó, lo que significa que el conductor del tractor, empleado del demandado, no tomó las medidas necesarias para que ello no ocurriera, demostrando falta de pericia, pero además, falta la capacitación laboral lo que motivó el accidente, siendo sus consecuencias, entonces producto de la carencia de elementos de seguridad; todo –tanto lo primero como lo último– es de responsabilidad del empleador, de índole contractual, ya que la obligación nace del contrato, por remisión de la ley"[25].

---

22 (Corte de Apelaciones de Copiapó, sentencia de 18 de julio de 2002, CS Rol 3073/02, *Gaceta Jurídica* N° 271). Se trata de un mecánico, quien se desempeñaba como jefe de mantenimiento mecánico para la sociedad demandada. Según el referido contrato debía desempeñarse como jefe de mantención mecánica, y a pesar de no estar estipulado en su contrato, regularmente se le encargaba la conducción de ciertos vehículos para labores administrativas. El día 29 de julio de 2000, mientras estaba trabajando para la demandada, se le ordenó a las 12:50 horas que fuera a buscar dos ángulos metálicos de 100 X 100 de 6 metros de largo y 75 kilos cada uno. El trabajador protestó porque no le correspondía realizar tal función y además, sabía que el vehículo asignado por la empresa no tenía las condiciones de seguridad suficiente para el traslado de éstos, pese a lo cual la empresa no lo escuchó y lo envió solo, sin cargador o peoneta que le ayudara a realizar las tareas de carga y descarga de las pesadas vigas, las que debía transportar en una pick up, doble cabina de su propiedad, la que no se encontraba acondicionada para este cometido.
El trabajador intentó cargar los ángulos metálicos, pero dado el excesivo largo y peso de las vigas le habría resultado imposible realizar solo esta tarea, por lo que le auxilió un administrador de la empresa. Para cargar los ángulos debió subir a la carrocería de la camioneta, la que no estaba acondicionada para tal efecto y no contaba con las medidas de seguridad necesarias, lo que dificultó la operación y le provocó la pérdida de equilibrio, cayó al suelo y los dos ángulos de fierro resbalaron desde la camioneta cayéndole encima del cuerpo. Las macizas vigas le cargaron fuertemente el pecho impidiéndole respirar, muriendo en ese mismo lugar por asfixia.

23 Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de julio de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 265. Se trata de dos personas que se les encomienda la limpieza de ductos posiblemente tóxicos.

24 Se trata de un trabajador que queda gravemente herido al manipular un coloso inadecuadamente.

25 Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 15 de septiembre de 2003, Rol 1926, que revocó la sentencia de primera instancia, dando lugar a la demanda. La casación fue declarada desierta (*Legal Publishing* N° 28.991).

Otros deberes del empleador:

e) ofrecer a los trabajadores los equipos e instrumentos idóneos para operar.
f) mantener sistemas de reacción eficientes y eficaces, en caso de que decrete una emergencia.
g) evaluar permanentemente el estado físico de sus trabajadores.
h) evaluar frente a cada accidente las causas del mismo, para evitar su ocurrencia futura.
i) respetar todas las normas legales, reglamentarias e internas, que norman aspectos de seguridad laboral.

Son muchas otras las acciones que deben reconocerse como deberes del empleador, pero creo que estas pueden ser las básicas.

Es en este contexto en donde debe evaluarse la intervención de la víctima, que, como se ha dicho, siempre será un trabajador.

Lo anterior es importante, porque la posibilidad de que un daño pueda ser causado por la propia imprudencia de la víctima siempre ha de ser considerada. En cualquier empresa, por altos que sean los niveles de control, no puede evitarse la acción intencional del trabajador, y de hecho la ley sanciona esta conducta, por una lado en el art 5° de la Ley N° 16.744, para excluir como accidente del trabajo los causados "*intencionalmente por la víctima*", y por otra para sancionar al trabajador con una multa, cuando el accidente del trabajo o la enfermedad profesional ocurre debido a una "*negligencia inexcusable*" del propio trabajador.

Queda nítido, entonces, que más allá de los deberes generales de prudencia, la ley de accidentes del trabajo deja afuera a los accidentes intencionales y al que demuestra "*negligencia inexcusable*".

3.1.1. *Los deberes del trabajador: obediencia, veracidad, lealtad. Un deber peculiar: la mitigación de daños*

Por parte del trabajador, existen ciertos deberes que parecen básicos.

En primer lugar, existe un deber de obediencia, en el sentido de apegarse a los reglamentos, instrucciones y recomendaciones que recibe. Pero la desobediencia del trabajador no es por sí un factor que exima de responsabilidad, porque todo empleador debe contar con ella[26]. Ha de establecer sistemas que aseguren la obediencia de su personal.

[26] *Obiter dicta* "27°.- Que de acuerdo con los principios generales, el incumplimiento de las obligaciones contractuales genera para las partes una subsecuente indemnización de perjuicios, como lógica consecuencia de la falta o mora en que ha incurrido uno de los contratantes, cuyo es el caso, como quedó establecido en el fallo de primer grado y, aún más, si se considera que el deber de protección encuentra su fuente inmediata en la ley

Además, el trabajador debe ser veraz en la información que ofrece a su empleador, tanto al contratarse (estudios, cursos, experiencia anterior), como también durante el trabajo, a fin de facilitar a su empleador las tareas de evaluación y detección de los riesgos durante el contrato de trabajo. Pero el empleador no puede descansar en la pura información de sus empleadores, y deberá establecer sistemas que detecten y confirmen la fiabilidad de la información que reciben.

En tercer lugar, no puede haber duda respecto del deber de lealtad de los trabajadores, que emana precisamente del contexto contractual en que ha de desenvolverse su actuación, lo que les obliga no sólo a tomar las precauciones que su propia prudencia le indiquen, más allá de las instrucciones que haya recibido, sino que, además, a advertir respecto de los posibles defectos o peligros que hayan detectado y que no hubieran sido aún reconocidos por su empleador, deber que se traduce en la mitigación de los daños que pueda recibir.

3.1.2. *La culpa de la víctima como factor de atenuación o exoneración de responsabilidad*

De acuerdo con la doctrina común, y a partir de lo dispuesto en el art. 2330 del Código Civil, se debe afirmar si es la propia víctima la que ha contribuido con su hecho o culpa a causar exclusiva –o al menos parcialmente– el daño, el demandado debe ser exonerado absolutamente de responsabilidad, o cuando menos la condena en su contra deberá ser reducida.

La víctima siempre interviene en el hecho dañoso, pero lo hace de una manera pasiva, no le puede ser imputado el mismo, salvo que él intervenga *de una manera activa*[27], sea porque altera el curso causal, o al menos con su imprudencia atenúa la responsabilidad (negligencia) del demandado.

Quedan claros los elementos que deben reconocerse para poder hablar de que el comportamiento de la víctima tenga relevancia en la producción de un daño, sea como factor de exoneración total, sea como elemento de atenuación de responsabilidad del demandado:

laboral. Sin embrago, si bien es cierto que la ley pone a cargo del empleador tomar las medidas para proteger la vida y salud de los trabajadores, no lo es menos que ella impone a los trabajadores la obligación de acatar las normas de seguridad que determine la empresa, a través del reglamento interno o de sus instrucciones, o la propia legislación". Dictada por la señora Berta Jimena Pool Burgos, Jueza Titular Juzgado de Letras de Concepción, Rol N° 02-830 (*Legal Publishing* N° 26.503).

[27] Domínguez Águila, Ramón H., "El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 136 (abr.-jun. 1966) (pp. 29-54).

a) un hecho (comportamiento) activo imprudente de la víctima;
b) comportamiento que debe tener la virtualidad de constituirse en causa exclusiva del daño;
c) o alternativamente que el comportamiento de la víctima, sin ser causa exclusiva del daño, al menos concurra a producirlo.

Como hemos reconocido que la base de la responsabilidad del trabajador es de fuente contractual, parece razonable preguntarse si acaso la norma contenida en el artículo 2330 del Código Civil es aplicable en estos casos, con la función pretendida, es decir, que la exposición imprudente de la víctima permita reducir el monto de la indemnización o eventualmente totalmente al empleador. La cuestión no debería causar polémica, si se aplica a las víctimas por repercusión, por cuanto la jurisprudencia consolidada de nuestra Corte Suprema niega que en estos casos haya responsabilidad por aplicación de las reglas sobre contrato de trabajo, y por lo mismo la responsabilidad aplicable sería la extracontractual. Pero, en cambio, la duda se abra a la hora de determinar si son aplicables a las reglas del contrato de trabajo. De hecho, existen sentencias que se niegan a aplicar esta disposición en sede contractual.

> "Decimoquinto: Que descartados los argumentos principales de la defensa de las demandadas, es pertinente referirse a la petición subsidiaria de los escritos de apelación. Ambas demandadas invocan en su beneficio la norma del artículo 2330 del Código Civil, esto es, reducción del monto de los perjuicios por estimar que el actor se expuso imprudentemente al daño. En la especie es claro que la fuente legal que sustenta la decisión que se revisa no es sino la relación laboral que vinculaba a las partes o, expresado en otros términos, el contrato de trabajo entre el actor y su empleador directo, razón por la cual únicamente puede inferirse que la involucrada en este caso es la responsabilidad contractual –y no extracontractual–. Por consiguiente, la norma en virtud en la cual se pretende la rebaja del monto del resarcimiento otorgado es absolutamente impertinente a la materia"[28].

Me parece una doctrina exagerada sostener la no aplicabilidad de la norma del artículo 2330 del Código Civil, en este caso. Entiendo que el fundamento final de la disposición se basa en un principio general, que deriva de que entre el daño causado y el hecho que se le imputa al demandado debe existir una razonable relación de causalidad, que si está interferida por la actuación de la propia víctima, la condena debería ser eliminada o al menos atenuada. Por lo mismo, no me parece impertinente el recurso al artículo 2330 del Código Civil, sino como aplicación directa, al menos indirecta.

[28] Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de julio de 2008, Rol 6920-2007 (*Legal Publishing* N° 39.618).

Con todo, creo que conviene precisar, en este caso, el concepto de *culpa* de la víctima, porque no parece correcto del todo llamarle así, dado que estrictamente *culpa* es la noción que permite formular un juicio de imputación contra el demandado, es decir, contra quien se ejerce la pretensión indemnizatoria[29]. De hecho, nuestro Código habla de exponerse imprudentemente, con lo cual lo que quiere decir es que efectivamente se trata de un comportamiento desviado.

3.1.3. *Elementos para detectar el hecho de la víctima en la responsabilidad por accidentes del trabajo*

En materia de accidentes del trabajo, la cuestión del hecho o culpa de la víctima tiene alguna especificidad, tanto en el planteamiento del tema de la causa misma como en la detección de la supuesta imprudencia del trabajador.

Con todo, ya ha quedado dicho que la relación empleador-trabajador los pone en un contexto de subordinación, que permite afirmar la posición de garante en que se encuentra el empleador, no sólo del comportamiento de sus trabajadores, sino que de los conocimientos y habilidades que ellos puedan tener para desarrollar sus actividades laborales: cobra aquí particular y especial relevancia la capacitación laboral y profesional.

Pero veamos los problemas con mayor precisión.

3.1.3.1. La cuestión causal

Ya se ha dicho que los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales son contingencias o riesgos inherentes a la empresa, por lo mismo, si nuestra sociedad pretende evitarlos del todo, puede estar imponiendo ciertas exigencias que inhiban absolutamente la acción empresarial, entendida ésta en un sentido amplio.

a) Imputación objetiva

Por ello, parece razonable que a la imputación por hechos derivados de accidentes del trabajo se le asocien los criterios que para el Derecho Penal se denominan de "imputación objetiva"[30]. De otra manera, no parece conveniente aplicar en materia de responsabilidad civil por accidentes del trabajo los criterios de causalidad corrientes, es decir, la *conditio sine qua non*, y que siguen imperando en nuestros tribunales[31], porque resultan

[29] Sobre el punto Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima...*, cit., pp. 127-132.

[30] Sobre el tema y el hecho o culpa de la víctima, Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima...*, cit., pp. 144-165.

[31] La sentencia que ya he citado antes contiene una referencia a la causalidad en términos de la *conditio* :"Existe relación de causalidad cuando, suprimido un acto de voluntad humana,

exagerados, y pudiera llevar la responsabilidad hasta niveles que no son razonables[32].

Puede ser prudente plantearse la cuestión de la causalidad como un problema normativo en donde el empleador que asume un deber de seguridad frente a sus trabajadores debe contar con la colaboración de éstos, en un contexto de riesgo y, por lo mismo, en donde no debieran serle objetivamente imputados al empleador aquellos daños que escapen del ámbito o esfera en que opera la empresa. Los riesgos más obvios, la misma ley se encarga de precisarlos: los daños intencionales de la propia víctima y los que provengan de caso fortuito. Pero aún así, puede analizarse la relevancia que puede tener la intervención dolosa de un tercero (la prohibición de regreso) o de la propia víctima. El juez debe tener la suficiente sensibilidad para captar cuál es el riesgo permitido en la empresa a fin de no imputarle (daños) más allá de ese ámbito.

Debemos tener presente este contexto. Aunque es evidente que para nuestra Corte Suprema la cuestión causal todavía sigue siendo una materia de hecho, que por lo mismo queda entregada enteramente a los jueces del fondo.

Veamos la doctrina recogida en este caso[33]:

> "El recurso pretende alterar los hechos establecidos soberanamente por los jueces de fondo, sin que las normas legales invocadas como infringidas artículos 2320, 2329 y 2330 del Código Civil, revistan el carácter de leyes reguladoras de la prueba motivo por el cual tales hechos resultan inamovibles, lo que conduce al rechazo del presente recurso. En efecto, la sentencia recurrida ha establecido que la empresa recurrente no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar el riesgo, en especial la normativa reglamentaria pertinente" (considerandos 3° y 4° sentencia Corte Suprema).
>
> Del análisis de los antecedentes se desprende que la víctima, de 21 años de edad, carecía de formación técnica respecto de los trabajos que realizaba, era un simple obrero que realizaba labores encomendadas por sus superiores, que no tenían formación técnica y profesional y que eran las personas aptas para prever los riesgos a que se sometían sus subordinados, que se limitaban a cumplir órdenes, por esta razón no puede estimarse que la víctima, hubiera podido exponerse al

---

deja de producirse el resultado concreto. En otros términos, que el resultado sea determinado por la acción u omisión. Si la empresa hubiera adoptado todas las medidas necesarias para dar seguridad efectiva a su trabajador, manteniendo en condiciones eficientes el material rodante, o sea, suprimida su omisión, no habría sido necesaria la intervención manual del actor para movilizar los carros y, en consecuencia, éste no habría resultado lesionado Luego, ha existido una concatenación causal necesaria para responsabilizar a la empresa (considerando Decimotercero, Corte de Apelaciones de Concepción, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1892-2001 (*Legal Publishing* N° 30.551).

32 Véase a este respecto mi trabajo "La causa del daño en la jurisprudencia reciente", en *Revista Chilena de Derecho*, v. 30 N° 2, 2003 (pp. 345-379).

33 El día 26 de octubre de 1996, siendo aproximadamente las 06:40 horas, en el kilómetro 01 de la ruta U 55, Osorno, muere por electrocución el trabajador, soltero, de 21 años, mientras se desempeñaba en las faenas de instalación de líneas y redes eléctricas, contratado por una contratista.

daño y consecuencialmente no se puede aplicar en este caso lo señalado en el artículo 2330 del Código Civil (considerando 4° sentencia Corte de Apelaciones). Dado el giro propio de la demandada Sociedad Austral de Electricidad Sociedad Anónima, del conocimiento, especialidad y experiencia de sus órganos ejecutores y en especial de las actuaciones de sus empleados, es posible inferir, que, si de haber actuado de otra manera, se habría evitado los sucesos de autos. Teniendo en cuenta los estándares generales que deberían imperar en una empresa que dentro de su giro el principal es el de trabajar en la distribución y comercialización de la energía eléctrica; es dable suponer que a la demandada le era razonablemente exigible actuar de otra forma, lo anterior dado la proximidad de un cruce paralelo de otra empresa y habida consideración de que existe una normativa vigente que está creada precisamente para evitar situaciones como ésta, agravada por el hecho de que se sabía con anterioridad de que entre las obras había cruces de líneas aéreas y por la inexistencia de una actitud de real supervisión que se condiga con los títulos de los supervisores. Así, la demandada incurrió en una conducta omisiva, hizo menos de lo que le correspondía hacer en tanto persona jurídica dedicada al giro eléctrico; configurándose a su respecto, una actitud negligente, pues no reconoció la posibilidad del resultado dañoso, conducta sancionada en el artículo 2329. A mayor abundamiento existió culpa contra la legalidad, esto es, su actuar fue antirreglamentario al no cumplir con la norma N.S.E.G. 5 E. N71" (considerandos 19° y 20° sentencia de primera instancia, Tribunal de Letras de Osorno, en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Valdivia).

Como se puede apreciar, la Corte de Apelaciones había aplicado un criterio rígido de causalidad, la *conditio sine qua non* a una omisión, y en el fallo de la Corte Suprema, se estima que esta valoración es inmodificable por la vía del recurso de casación en el fondo.

b) Cambio de criterio: ¿una golondrina no hace verano?

Sin embargo, una sentencia de principios de año en materia de responsabilidad civil vino a reconocer el carácter mixto de la cuestión causal. Es decir, que el análisis causal envuelve tanto aspectos normativos como fácticos, lo que permite sostener la posibilidad de revisar la calificación causal por la vía del recurso de casación en el fondo.

Dijo la Corte Suprema:

"Quinto: Que la responsabilidad por culpa supone una infracción a un deber de cuidado, de modo que la calificación reparatoria tiene por condición que el responsable haya incurrido en un hecho ilícito y de modo que por contravenir dicho deber de cuidado, el autor del hecho debe reparar los daños resultantes. En este contexto, se plantea un problema de atribución de los daños al hecho, si a pesar de haberse realizado un acto que civilmente es ilícito, no existe, sin embargo relación entre el daño y el equívoco fin protector de la norma.

"Sexto: Que, con todo, la causalidad es una cuestión estrictamente de hecho en su primer aspecto –el naturalístico–, esto es, entendido como condición necesaria de responsabilidad; pero la atribución normativa del daño al hecho ilícito (daño directo) encierra elementos y aspectos de derecho y, como tal, es susceptible de

ser revisados por la Corte Suprema mediante el presente recurso de casación en el fondo".

"Octavo: Que al estimar, en consecuencia, los jueces recurridos que el error del banco demandado al verificar el domicilio del cuentacorrentista no puede considerarse como un hecho doloso o culposo que haya causado daño, evidentemente ha incurrido en un error de derecho en cuanto a la atribución normativa del daño al hecho ilícito, equívoco que ha influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, desde que condujo al rechazo de la acción resarcitoria intentada, pues de obrar interpretando correctamente el artículo 2314 del Código Civil, en los términos ya indicados, los sentenciadores habrían debido confirmar, en todas sus partes, la sentencia de primer grado"[34].

3.1.3.2. La culpabilidad de la víctima

En materia de accidentes del trabajo, la indagación por la relevancia del comportamiento de la víctima en la producción de hecho dañoso obliga a relacionar funcionalmente lo que la víctima hizo, considerando lo que debió hacer (y que le era posible) en el contexto de lo que el empleador, a su vez, pudo y debió hacer por controlar la imprudencia de sus trabajadores.

Es evidente que la imprudencia de la víctima en el marco de un accidente del trabajo debe ser contrastada con la actuación de su empleador, básicamente porque sobre éste recae la seguridad en el trabajo, y por lo mismo –como ya dije– el empleador no sólo debió prever o precaver los accidentes que podrían producirse en su empresa, y en función de ellos capacitar a su trabajadores.

Puede pensarse, así, que muchos accidentes en que la víctima ha contribuido imprudentemente a causarse un daño, debe en principio atribuirse al propio empleador que no ha capacitado adecuadamente a sus trabajadores y, por lo mismo, deberá el empleador acreditar que él ofreció al trabajador la debida instrucción o capacitación y que el trabajador efectivamente asimiló la capacitación recibida.

Una segunda cuestión que habrá que indagar dice relación con el tipo de trabajo que desempeñaba el trabajador accidentado. Porque es evidente que no todo trabajador, por capacitado que esté, puede desempeñarse en cualquier trabajo.

Un tercer aspecto dice relación con el estado de los equipos y maquinarias en general, cuya responsabilidad, una vez más, es del empleador.

Un cuarto aspecto apunta a la adecuada vigilancia del trabajador, cuando ésta es posible.

[34] E. Corte Suprema, sentencia de 26 de enero de 2004, Rol 2601-2004 (*Legal Publishing* N° 29707).

Una última cuestión se refiere al hecho de si el trabajador siguió o no las instrucciones de operación, en la medida de que tales instrucciones fueran asequibles, claras y el trabajador podía seguirlas.

En el caso que sigue, se analiza un accidente en que un trabajador sufrió serias lesiones en los dedos de una de sus manos, que fueron causados al triturárselos con una máquina que manipulaba y que recibió instrucciones de reparar, sin antes ser advertido que debía detener la máquina. El trabajador intentó destrabar la máquina mientras se mantenía activa, lo que causó el accidente lamentable. El Tribunal de la instancia consideró que había existido culpa de ambas partes. Del empleador, en cuanto la instrucción recibida no fue precisa en el sentido de que antes de arreglar el problema que presentaba la máquina debía ésta ser detenida; al mismo tiempo estimó reprochable el comportamiento de la víctima:

> "TRIGÉSIMO PRIMERO: Que se debe tener en cuenta que si bien la demandada no cumplió adecuadamente con los deberes de resguardar la vida y salud del trabajador, y que la primera medida a adoptar debió ser –por parte del Sr. Cáceres– detener la máquina en cuanto falló, se debe tener en cuenta que el actor tenía tres años de experiencia en la materia y 10 años en la empresa, éste por lo demás reconoce no haber detenido la máquina, por lo tanto aún cuando obedeció una orden tuvo la posibilidad de detener la máquina igualmente –dada las funciones que cumplía–, en razón de esto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil se puede establecer que el actor se expuso imprudentemente al daño, lo que llevará a reducir la apreciación del mismo"[35].

Todos estos son elementos pueden conspirar contra el empleador a la hora de enervar su responsabilidad por daños causados por un accidente del trabajo o enfermedad profesional.

El límite, aparte del dolo o intención de causarse el daño en que puede incurrir en el trabajador, será una actuación o conducta incontrolable por parte del empleador, por lo que los extremos girarán, por un lado, en acreditar que el trabajador incurrió en una imprudencia gruesa, no atribuible a falta de capacitación o información y, por otro, en que el empleador no tuvo forma de controlarla.

La sentencia que ya hemos compulsado, con todo, apela a un principio que denomina "de la primacía de la realidad y el de la experiencia", para justificar la acción imprudente del trabajador al haber actuado, no obstante el grave riesgo que ello suponía para su integridad, porque la acción debía ser realizada y de otra manera habría sido reprendido:

> "De otro lado, la apreciación del daño estará sujeta a reducción sólo si la víctima se expuso "imprudentemente" a él, de modo que para que proceda la reducción es necesario que la acción u omisión de la víctima sea culpable, ilícita. La acción ejecutada por el demandante no puede así calificársela. Para ello es preciso con-

[35] Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 27 de noviembre de 2009, Rol 116-2009.

siderar ciertos principios que rigen las relaciones laborales, como el de primacía de la realidad y el de la experiencia, los que llevan a concluir que el actor se vio obligado a actuar frente a los desperfectos de los carros que operaba, debiendo movilizarlos del lugar a como diera lugar, ya que estaban obstaculizando las vías transversales de circulación y el tránsito de los otros carros de la empresa que debían entrar al recinto antes de las 08:00 horas del día de los hechos, y el no hacerlo habría significado un reclamo en su contra"[36].

Me parece que se exagera con esta doctrina hasta llevarla a límites intolerables, porque el deber de actuar y el susto a la reprimenda que puede tener el trabajador no le impiden su deber de actuar razonablemente.

3.1.3.3. Estándar de culpa de que responde el empleador

Pudiera formularse todavía la siguiente pregunta: ¿de qué culpa responde el empleador? ¿Es aplicable a este respecto el art. 1547 del Código Civil?

No se me escapa que algunos fallos hablan de que el empleador responde incluso de culpa levísima.

Es la doctrina que emana del siguiente considerando:

"13.– Que, por otra parte, atendido a que el artículo 69 de la Ley N° 16.744 no determina el grado de culpa de que debe responder el empleador en su cumplimiento, debe concluirse que éste es el propio de la culpa levísima, esto es, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre medio juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes"[37].

Estimo que el estándar de comportamiento de las partes no debiera reconducirse al artículo 1547 del Código Civil, que ha sido estructurado para una relación de carácter patrimonial. Por ello, no parece razonable exigir que el empleador responda de culpa levísima, que es una forma elegante, si se quiere, de hacerlo responder de toda culpa.

Es el criterio que emana del siguiente fallo:

"8°.– Que en autos, la demandada ha demostrado fehacientemente que el trabajador realizó una maniobra defectuosa y errónea, posibilitando con su conducta la explosión que causó sus lesiones. Sin embargo, no ha podido acreditar que la maniobra riesgosa del actor haya sido debidamente supervisada o controlada por una persona a cargo de la misma y esta omisión comprometió la seguridad

[36] Considerando Decimoquinto, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1892-2001 (*Legal Publishing* N° 30.551).

[37] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 21 julio de 2009, Rol 524-2008 (*Legal Publishing* N° 42.308). Se trata de una trabajadora que se accidentó su mano mientras trabajaba en faenas de fileteado de jibias. Aunque se alegó que había sido responsabilidad de la trabajadora el accidente, la Corte estimó que la empleadora era responsable por las malas condiciones físicas en que la trabajadora hacía su labor.

de la operación. Este solo dato es suficiente para establecer la responsabilidad de la empresa pues el grado de culpa de que responde se asimila al de levísima, es decir, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, tomando en cuenta que el deber de seguridad que la ley y el contrato comprometidos en su obligación importan la vida, la integridad física y síquica del trabajador;

"9°.– Que de este modo, se dará curso a la indemnización por daño moral pero su apreciación se sujetará a reducción por cuanto hubo una exposición imprudente al daño, de acuerdo al informe del Comité Paritario de la Empresa. En lo que concierne a lucro cesante y daño emergente, la prueba en autos es insuficiente para discernir montos (cons. 9°)"[38].

En materia de seguridad laboral, lo que verdaderamente importa es que concurran los dos elementos que configuran toda actuación imprudente o negligente: por un lado la posibilidad de prever un evento o efecto dañoso, y por otro, la evitabilidad de tal evento o daño. Obviamente utilizando un criterio de evitabilidad que sea funcional al nivel de riesgo esperado.

En el caso que sigue el tribunal de primera instancia estuvo por rechazar la demanda, sin embargo el de segunda instancia y la Corte Suprema estuvieron por acogerla. Se trataba de un trabajador que sufrió una seria herida en una de sus piernas, que le supuso lesiones permanentes y una severa crisis emocional, todo por efecto de pedazo de fierro que salió disparado, como consecuencia del intento de estirar un cable de fierro, que se fijó en un árbol y la otra punta se intentó estirar con una retroexcavadora. El tribunal de primera instancia estimó que había culpa de la víctima, por cuanto el trabajador, teniendo 10 años en la empresa, debía conocer sus procedimientos, más aún si había sido él mismo quien habría entregado el material, no obstante no haber sido parte de la maniobra lamentable. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, acogiendo el recurso de apelación, aceptó la demanda en lo que se refería al daño moral, con intereses y costas, sin mayor explicación de su razonamiento. Nuestra E. Corte Suprema acogió un recurso de casación por *ultra petita*, al estimar que no debió la Corte de Valparaíso conceder intereses si no se le habían pedido. En su sentencia de reemplazo la Corte hizo la consideración que sigue, para estimar que toda la responsabilidad del hecho estuvo en la misma empresa demandada y no en el trabajador afectado:

"Cuarto: Que el informe de peritos de fojas 516, del profesional señor Guillermo Castillo Yáñez, concluye que en el referido accidente del trabajo existieron causas humanas, falta de conocimiento y circunstancias del ambiente, abuso por parte de los usuarios. En cuanto a los factores del trabajo, alude a las relaciones jerárquicas

38 Corte de Apelaciones, sentencia de 29 de agosto de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 278. Se trata de un trabajador que fue contratado como matricero, e hizo una operación riesgosa para destapar una matriz de agua potable, que le explotó causándole daño en una pierna.

y asignación de responsabilidades poco claras, programación o planificación insuficiente del trabajo y escasas instrucciones, orientación y/o entrenamiento, falta de conocimiento en el trabajo de supervisión y administración, y a una retroalimentación deficiente o incorrecta con relación al desempeño. En otros aspectos que detalla, menciona la comunicación inadecuada de las informaciones sobre aspectos de seguridad y salud, manejo inadecuado de materiales y una evaluación deficiente de las necesidades y riesgos.

Quinto: Que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial, ésta unida al mérito del informe pericial antes referido, cuyo valor probatorio se aprecia de conformidad a las reglas de la sana crítica, hacen plena prueba en orden a establecer que, los trabajadores de la demandada enfierradores y chofer de la retroexcavadora determinaron por sí la ejecución de una labor de trabajo de alto riesgo, sin advertir de ella a ningún superior, lo que demuestra la total falta de supervisión por parte de la empresa en relación a la faena que los trabajadores realizaban. En efecto, al tiempo de ocurrido el accidente que ocasionó daño a la salud del actor, no se encontraba presente ni el ingeniero a cargo de la obra ni el capataz de la misma, responsables directos de impartir instrucciones, evaluar el riesgo de los procedimientos de trabajo y de adoptar las medidas de prevención y seguridad en cada una de las faenas, sin que tal obligación se pueda atribuir al actor, pues, tal como lo reconoció el representante de la empresa en la absolución de posiciones, éste únicamente desempañaba labores de bodeguero, sin ninguna ingerencia en las demás actividades de la obra.

Sexto: Que, en definitiva, se encuentra demostrada en el proceso la absoluta ausencia de control por parte de los administradores o dependientes de la demandada en relación a los agentes directos que en el ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por el empresario causaron el daño, lo que hace responsable a la demandada de conformidad a lo previsto en el artículo 2.330 del Código Civil. En consecuencia, el fundamento de la responsabilidad que se acredita es la culpa o negligencia del empresario, derivada de la falta de vigilancia sobre sus dependientes, la que no ejerció en debida forma o las medidas que esgrime, como la contratación de un experto en prevención de riesgo o la existencia de un reglamento interno, resultaron insuficientes, vale decir, se trata de una omisión culpable en la selección, vigilancia, control y dirección de sus dependientes"[39].

c) Un caso extremo[40]

"4.– Que examinados los antecedentes allegados al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, los sentenciadores arriban a la conclusión que el patrón demandado no logró probar de modo suficiente haber adoptado todas las medidas necesarias para proteger la vida de su trabajador.

[39] Corte Suprema, sentencia de quince de noviembre de 2004, Rol 4019-2003 (*Legal Publishing* N° 31.392).

[40] El día de los hechos el actor se encontraba trabajando en el cambio de la tela de un letrero de publicidad, cuando sopló un fuerte viento, levantándose la tela y la mencionada varilla tocó el tendido eléctrico de alta tensión que pasaba por el lugar, sufriendo el actor una pérdida de equilibrio, cayendo al suelo, resultando con quemaduras de consideración.

En efecto, en orden a lo dicho, el accidente era del todo previsible, según se verá.
En primer lugar, con referencia al sitio, condiciones y tiempo en que se realizaba el trabajo a cargo del equipo de tarea que integraba el actor.
El sitio de tarea era un descampado, al interior de la parcela El Sauce, en un costado de la Ruta 5 Sur, 8ª Región.
El trabajo era en altura, cerca de cables eléctricos, con uso de varillas metálicas de cuatro metros de largo.
La faena se desarrollaba el día 30 de abril de 2002, que corresponde a la estación de otoño, de paso al invierno.
Estas circunstancias no han sido discutidas por las partes y aparecen reconocidas en sus escritos respectivos y absolución de posiciones que ambas produjeron.
"5.– Que ahora bien, en esta región (8ª Región) del sur del país, el viento es un fenómeno atmosférico esperable con el que se debe contar, en especial para faenas a cielo descubierto. Aparte de ello, el viento, también la lluvia y los demás meteoros, pueden conocerse con días de anticipación a través de los medios informativos todos, y por la red Internet. Se pronostica incluso la velocidad del viento.
Pero, como se sabe, los anuncios del tiempo no tienen la exactitud de una ciencia, sólo su arte y su método, por lo que dentro de un pronóstico de velocidad moderada del viento, resulta esperable un ventarrón o racha muy fuerte de viento.
Enseguida, dentro del equipo de tarea (3 trabajadores) específicamente el demandante Rubén Flores, manipulaba varillas (2) metálicas en presencia cercana de cables eléctricos de alta tensión en la faena de ejecución.
En las precisas condiciones pre-anotadas se produjo el accidente en estudio que el demandado, tras advertir que había provisto a sus trabajadores de todos los elementos necesarios para realizar su labor en forma segura, sin riesgos para él ni para sus compañeros de labores, señalando que tales implementos estaban constituidos por zapatos de seguridad, casco, guantes con aditivo de goma, arnés con cuerda de vida, antiparras y ropa apropiada, imputa y atribuye al trabajador demandante, apuro e imprudencia en la realización de la faena, factores, dice, que fueron determinantes en la producción del accidente, explicando al efecto que el actor no se puso el arnés, que habría evitado su caída y las fracturas que sufrió; y que ejecutó la maniobra de introducir la lanza o varilla dentro de uno de los pliegues de la tela del letrero que instalaba en forma contraria a la prevista, circunstancias todas éstas que favorecidas por el ventarrón que repentinamente se levantó, provocó que se levantara la tela y que la lanza impulsada por la tela hiciera contacto con los cables de electricidad a unos 3 metros de distancia (fojas 20) cayendo al suelo.
"6.– Que, se echa de menos en el proceso un informe técnico sobre las medidas de seguridad que debieron adoptarse para la ejecución de la obra de instalación de un letrero de publicidad caminera. Sin embargo, puede observarse que principalmente y siendo conocida la circunstancia que el trabajo debía ejecutarse en altura, próximo al tendido de cables de alta tensión, lugar determinado de antemano por la existencia de un contrato para su exhibición con el dueño de la parcela en donde se procedía a su instalación, debió como medida de máxima seguridad emplear varillas no conductoras de electricidad como las metálicas que manipulaba el trabajador demandante y que constituyeron el nexo determinante en la producción del accidente laboral (ver declaración de accidente del trabajo que hizo el empleador a fojas 25 y 26).

El patrón demandado, al ser consultado sobre la posibilidad de haber programado el trabajo utilizando varillas de un material no conductor de electricidad, respondió, que se sabía que había que cambiar la tela con los materiales que había (absolución de posiciones fojas 60, pliego en fojas 51 articulación 8ª).
La respuesta señalada admite tácitamente que existía la posibilidad consultada, pero que el trabajo había que hacerlo con los materiales de que se disponía. Ello quiere decir, con el riesgo incorporado que representaba el empleo de varillas conductoras de electricidad, riesgo que se hizo efectivo (cons. 6°)"
"7.– Que el deber de protección u obligación general de seguridad (artículo 184 Código del Trabajo) importa para el empleador actuar con la debida diligencia parar evitar la producción del daño, diligencia que se identifica con el sumo cuidado, al grado de culpa levísima a que se refiere el artículo 44 del Código Civil, no sólo porque la ley manda que el empleador tome todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, sino principalmente por la naturaleza de los intereses que la ley pretende proteger, que no son de carácter pecuniario sino propios de la naturaleza humana de todo trabajador (*Gaceta Jurídica* 223, pág. 209 y *R.D. y J.* Tomo XCVII, 2ª P. sec. 3ª, pág.)[41].

3.2. La distribución de la responsabilidad cuando interviene el hecho o la culpa de la víctima en conjunto con la del empleador

Respecto de los criterios que deben seguirse a la hora de distribuir la responsabilidad, puede señalarse que nuestra jurisprudencia actúa bajo criterios absolutamente subjetivos, sin atender a pautas claras. En ciertos casos nuestros tribunales suprimen completamente la responsabilidad del demandado, en otros sólo rebajan la indemnización.

En una sentencia se fija un criterio genérico que tiene interés reproducir:

"9. Que el actor ha sostenido en su demanda que el accidente se debió a que la mantención de la máquina que debía operar era mala y que no había recibido la capacitación adecuada para maniobrar en ella. Sin embargo, como bien discurre la sentencia en revisión, ha quedado establecido que el trabajador fue descuidado en el desarrollo de sus funciones, pues no logró acreditar que cuando procedió a limpiar la máquina ésta estaba apagada y que se energizó posteriormente, circunstancia que sólo será considerada para rebajar el monto de la indemnización demandada, pero en ningún caso puede ser tenida como suficiente para decretar la compensación de culpas solicitada, dado que no se acreditó que el demandado contara con las mínimas condiciones de seguridad ni desarrollara acciones tendientes al cuidado eficaz de la vida y salud de sus trabajadores. Asimismo, se acreditó que no contaba con comité paritario de seguridad y que no efectuaba la

[41] Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de octubre de 2003, Rol 1730-2003, que revoca la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda (*Legal Publishing* N° 29.624).

capacitación adecuada a sus trabajadores, por lo que mal puede entenderse que el accidente se debió a caso fortuito o fuerza mayor"[42].

III. Una mirada a la jurisprudencia chilena

La jurisprudencia chilena ha ido perfilando una responsabilidad por accidentes del trabajo crecientemente objetiva, por lo que son contados los casos en donde la intervención culpable de la víctima es considerada una causa que excluye o al menos atenúa la responsabilidad de la demandada. Las razones conceptuales para ello, creo que las he perfilado en la parte dogmática de este trabajo.

Así por ejemplo, en un caso en que dos trabajadores resultan con invalidez permanente como efecto de la limpieza de un pozo con ácido sulfúrico, se resuelve que la empleadora es responsable:

1. Rebaja de la indemnización por una exposición imprudente de la víctima

No son muchos los casos en que se ha reconocido la rebaja de la indemnización:

a) La mezcladora de caucho usada como moledora de carne[43].

> "25°.– Que el empleador demandado en este juicio, según aparece de los antecedentes, no ha desvirtuado la presunción de culpa que lo alcanza. Ahora bien, demostrada la existencia de un accidente mientras el actor se desempeñaba bajo las órdenes de la demandada en un trabajo que le había sido encomendado y con ocasión de él, sin que éste pueda imputarse a una acción voluntaria de la víctima a un caso fortuito en relación con el trabajo, la empleadora debe responder. En todo, caso se tendrá presente para los efectos correspondientes el alto grado de imprudencia observado por el actor al manipular una máquina sin estar capacitado para hacerlo".

El empleador había reclamado la exoneración total, pues contrató a un trabajador que declaró ser un experto. Señala el fallo que el accidente se debió tanto al uso de guantes de seguridad inadecuados como a la posición insegura de la mano derecha del actor y se vio facilitado por la falta de conocimiento del trabajador en la manipulación de la máquina

[42] La sentencia es de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de julio de 2007, Rol I N° 1759 2006. la que fue confirmada por la E. Corte Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2007, Rol 5303-2007 (*Legal Publishing* N° 37675).

[43] Se trataba de un trabajador que recibió la orden de alimentar a unos perros del dueño, y que dado que la comida estaba gruesa decide molerla con una mezcladora de caucho, que por mala operación le trituró la mano a la altura de la muñeca con las consiguientes secuelas.

referida, técnicamente concebida para la operación de alargamiento de caucho por medio de rodillos metálicos y para obtener caucho en forma de plancha y de modo alguno para moler alimento para perros (considerando 17°).

La demandada alegaba que el trabajador se presentó a trabajar como experto en seguridad y presentó un curso de seguridad industrial. Dice, también, que los empleados de la firma le señalaron que no usara la máquina moledora de caucho, pues era peligrosa y que, pese a ello, aduciendo su capacidad técnica, sin recibir orden de nadie y sin que nadie se fijara, usó la máquina que causó el accidente[44].

b) No uso del arnés de seguridad en andamios

"16°.– Que no merece dudas que desmontar andamios es una faena riesgosa y en el caso de autos, aparece que la demandada no tuvo una supervigilancia auténtica en cuanto a la forma como el actor desarrolló la actividad que culminó con el desplome de los andamios en las faenas ejecutadas en la obra denominada Ribera Norte II, en Temístocles Rojas con Costanera, en esta ciudad, andamios cuyas bases de acuerdo a lo que afirman los testigos Rolando del Tránsito Leiva Pincheira y Juan Ricardo Vergara Jerez, no estaban bien apoyadas en el suelo o estaban socavadas y que, además, tenían muy pocos alambres que los sujetaran al muro soportante, hechos que resultan verosímiles, a raíz de lo acontecido, hechos que también destacaron los testigos de la contraria. En efecto, Juvenal Rigoberto León Contreras, según se lee en fs. 57 ha señalado que Zúñiga y el actor no se percatan que los andamios no estaban bien sujetos al muro. A su vez, el testigo Pedro Antonio Flores Cáceres ha manifestado en fs. 59 vta. y 60 que el día del accidente, el actor por un exceso de confianza, no verificó si los andamios estaban debidamente amarrados. Se añade a tales hechos que el actor ni su compañero de trabajo usaron en las faenas indicadas cinturón de seguridad ni arnés de protección[45]".

"b) Que el trabajador sufrió un accidente de trabajo el 6 de julio de 2000 sufriendo politraumatismo, que le dejaron como secuelas dolor lumbar crónico, rigidez parcial del tobillo derecho y muñeca izquierda, resultando con un grado de incapacidad del 22,5%;

c) Que antes de iniciar la faena el trabajador no verificó que los andamios estuviesen bien armados, ni se colocó cinturón de seguridad[46].

44 E. Corte Suprema, sentencia de 2 de diciembre de 2003, Rol Rol N° 4.142-03 (los considerandos son del fallo de primera instancia), *Gaceta Jurídica* N° 282. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó el fallo de primera instancia, que condenó a la empresa con rebaja de la condena pecuniaria. La ECS rechazó el recurso de casación.

45 Dictada por la señora Jimena Pool Burgo, Jueza Titular de Concepción. Rol N° 01-3.557 (*Legal Publishing* N° 26.688).

46 E. Corte Suprema, sentencia de 12 de marzo de dos mil tres (*Legal Publishing* N° 26.688).

2. EXONERACIÓN POR FALTA DE CULPA DEL DEMANDADO. ¿EL ALBUR JUDICIAL?

a) el volcamiento del tractor[47]

"Que, asimismo de los medios de prueba rendidos en autos, particularmente relacionados a las debidas condiciones de mantenimiento y seguridad para las faenas agrícolas, como también de los antecedentes tenidos a la vista con el expediente criminal ya referido, no se ha agregado ningún antecedente nuevo, en cuya virtud pudiera concluirse de modo diferente, que lo resuelto en el proceso penal antes referido; en efecto, del examen de esta causa, resulta que no existe ningún elemento adicional que permita fundar la culpabilidad del demandado en los hechos que han sido investigados" (Sentencia del Juez de primera instancia de Paillaco, que paradojalmente condenó a la demandada).

Sin embargo, la CA de Valdivia revocó el fallo.

"Cuarto: Que con el mérito de lo señalado en el considerando decimocuarto del fallo en alzada, se establece que en la muerte de Américo Enrique Gatica Baeza, no existió ni dolo ni culpa atribuible a un tercero ni al demandado"[48].

b) la picadora de papeles[49]

"Que es efectivo que se desempeñaba como trabajador de Sargent Agrícola; que entre sus funciones estaba la de picar papel mediante la máquina Schleicher, modelo Intimus 407; que el día del accidente la picadora se encontraba en pleno funcionamiento; que el día anterior se le había hecho mantención por el servicio técnico de la empresa; que nunca antes había ocurrido ningún accidente con los anteriores operadores de la máquina; que nunca había existido otro accidente del trabajo en la empresa; que es efectivo que dentro de las normas de procedimiento de la demandada, en caso de atascamiento de la máquina, debía darse aviso en forma inmediata al jefe de bodega, a fin que éste avisara al servicio técnico; que en la oportunidad de los hechos, producido el atoramiento de la máquina, no avisó a nadie y trató de solucionarlo personalmente; que el atascamiento se produjo por haberle colocado exceso de papel; que el absolvente fue quien la sobrecargó; que al trabarse la máquina, no la desenchufó y por consiguiente, no se desactivó la energía eléctrica con que la máquina funcionaba; que al atascarse la máquina, destornilló los pernos que permiten descubrir la cubierta protectora; que tras sacar la cubierta protectora, insertó un palo en la máquina y luego trató manualmente de destrabar el sistema de engranajes; que al hacerlo la manipuló con guantes y cuando lo hizo, la máquina estaba funcionando y trabada por el

---

47 Un trabajador agrícola efectuaba labores en un potrero del mismo predio, cuando fue aprisionado por parte de un coloso cargado con varios sacos de abono, falleciendo a causa de las lesiones sufridas.

48 Sentencia de 2 de enero de 2003 Rol 13.824-02. La CS declaró desierto el recurso de casación (*Legal Publishing* N° 28.370).

49 Se trata de un trabajador no calificado que decide destrabar una picadora de papeles, pese a la advertencia que había tenido de que no debía hacerlo.

exceso de papel; que los trabajadores que habían trabajado con anterioridad en la máquina, le hicieron ver que los procedimientos por atascos de papel eran peligrosos y no debían hacerse; que el día anterior el Sr. Pedro Méndez lo sorprendió con la máquina destapada y le advirtió el riesgo de maniobrarla; que don Pedro Méndez, le había advertido el riesgo en su maniobrar; que el empleado Ricardo Valderrama, anterior operador de la máquina, le advirtió el riesgo que se corría al destrabar el papel atascado del modo en que él lo hacía; que desatendió sus indicaciones; que el procedimiento correcto era en primer lugar desenchufar la máquina y avisar al jefe de bodega para que llamara a los técnicos que le solucionaran el problema; que no cumplió con este procedimiento; que no cortó la energía eléctrica; que desde su incorporación a la firma, se le instruyó respecto al manejo de la picadora y el procedimiento para desarrollar sus labores; que no siguió tales instrucciones; que cuando le ocurrió el accidente ya había operado en muchas ocasiones la máquina en cuestión; que había adquirido ya cierta destreza en su manejo; que al destaparla y tratar de destrancarla en forma manual, pensó que en razón de su pericia no se accidentaría; que no pidió ayuda a nadie; que a la fecha en que se produjo la confesional trabajaba en otra empresa; que sólo estuvo un mes sin trabajar al ocurrir el accidente; que por tal razón no ha sufrido lucro cesante; que cuando se reincorporó a sus labores, lo hizo al mismo cargo y por igual remuneración a la que percibía con anterioridad al accidente; que la demandada jamás le puso inconveniente alguno para su desarrollo laboral; que el representante de las demandadas, al día siguiente del accidente concurrió al hospital a fin de acompañarlo y enterarse de su estado de salud; que conversó con la profesional tratante a fin de enterarse de su situación y poner a su disposición los recursos necesarios para su pronta recuperación y que jamás se le sancionó por sus continuos retrasos e inasistencias debidas a su tratamiento de rehabilitación;"

"13°.– Que, fuera de la relacionada, no se produjo por las partes ninguna otra clase de pruebas y con su mérito debidamente concordado y apreciado según las normas de la sana crítica, cabe tener por establecido que el demandante sufrió un accidente de trabajo el día 29 de junio de 2000, en circunstancias que se encontraba trabajando en la máquina picadora de papel y dicha máquina se atoró por el exceso de papel, la que trató de arreglar, para lo cual le destornilló su cubierta, introduciendo sus manos en la misma, sin haber desenchufado la máquina y le puso un pedazo de palo al chips para que se detuviera y las cadenas, debiendo sacarse la chaveta que es donde va el piñón para que la cadena gire y así girar los cuchillos y entonces el palo que tenía afirmando los chips se soltó y el piñón le tomó el guante y de ahí la mano entera, ya que el actor estaba trabajando con guantes de lana, lo que no se debe hacer porque la cadena puede pillar al guante en cualquier momento, siendo así como el trabajador perdió tres dedos de su mano derecha;

14°.– Que, también ha quedado establecido que el actor había recibido las instrucciones necesarias para operar la máquina picadora, por parte de los dos testigos de la demandada, quienes dicen haberle enseñado su manejo, como el hecho de haber sido amonestado en dos ocasiones por su jefe, al sorprenderlo trabajando sin la cubierta de la máquina colocada;

"15°.– Que, así las cosas, resulta que la empleadora cumplió con otorgar al trabajador la instrucción necesaria para que éste pudiera operar la máquina picadora, en que ocurrió su accidente de trabajo, la que se encontraba en buenas condiciones

de funcionamiento y sólo se atoró por haber colocado en ella el demandante, exceso de papel y al producirse tal problema, el actor, con manifiesta imprudencia, desatendiendo las instrucciones que le habían sido dadas, resolvió arreglar por sí mismo su problema, incurriendo temerariamente en el hecho de operarla manualmente, sin desenchufarla, produciéndose el lamentable accidente que le ocasionó la pérdida de tres dedos de su mano derecha"[50].

c) el muchacho que se ahoga intentando sacar una vaca del tranque[51]

"15°.– Que según el informe de investigación del accidente evacuado por la Mutual de Seguridad y rolante a fs. 158, se verificó en el cerco la existencia de alambres cortados por el animal, no existiendo en el tranque letrero de prohibición de nadar o de ingreso de personas a él;
"16°.– Que, enseguida, del tenor del informe realizado por el Comité Paritario de Higiene y Seguridad de la empresa, agregado a fs. 131 y siguientes se infiere que la falla operacional consistió en ingresar al interior del tranque, destacándose que Gabriel Pailamilla (el padre del occiso) sacó con un lazo del agua a Augusto Ríos, cuando éste intentaba rescatar a José Pailamilla, para consignar, finalmente, como causa básica "cercos, con alambre cortados y "colchados" con toda tensión" (CA Pedro Aguirre Cerda).
Que, a su vez, no resulta convincente que con mejor estado y mantención de los alambres del cierre aludido y un aviso de peligro o prohibición de ingreso al tranque, se hubiese impedido el acceso del vacuno y su custodio a ese sector y, aun, si eventualmente esas omisiones fueran la causa de tal acción, todavía es racionalmente aceptable y libre de duda afirmar que el trágico desenlace fatal ocurrió al provenir de una acción evidentemente arriesgada de la víctima, quien, conociendo las condiciones del lugar y procedimiento aplicable, no tomó las medidas mínimas de precaución al ingresar al agua para rescatar un animal de gran envergadura, quien, por lo demás, como se enuncia a fs. 62, habría sobrevivido a los hechos;" [52]

d) camionero imprudente

"21°) Que a este respecto resulta relevante el informe pericial evacuado por el experto en prevención de riesgos Sernageomín y a que se ha hecho referencia en el considerando decimoquinto, que concluye que la causa inmediata del accidente fue la de operar el camión de extracción en mina subterránea a una velocidad no razonable ni segura, y agrega que no existían condiciones inseguras ni en el sector ni en el equipo. Establece como causas básicas el factor personal, traducido en no

50 El Juez de Primera instancia, paradojalmente, condena al daño moral; la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 5 de marzo de 2003, Rol 3094-2002, revoca la sentencia y rechaza incluso el daño moral; la E. Corte Suprema rechazó el recurso de casación (*Legal Publishing* N° 29.674).

51 Se trata de un joven obrero agrícola, que junto a su padre rodeaba un piño de animales, una vaca se metió a un tranque y en la angustia por salvarla se mete él mismo al tranque, sin saber nadar. El muchacho muere por inmersión, frente a su padre que lucha por sacarlo.

52 Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 18 de diciembre de 2002, Rol 196-2002, que revocó una sentencia que había acogido la demanda; la ECS declaró que el Tribunal del Trabajo era incompetente.

querer apreciar el riesgo al pasar 12 veces antes por el mismo lugar, por una falta de motivación al no asimilar las medidas preventivas, y agrega que es importante destacar que el demandante se volcó dos veces anteriormente conduciendo un camión Aveling Barford cuando transitaba por piso irregular en superficie, y que además se volcó en un camión Astra cuando descargaba material en el inclinado en superficie cayendo por el talud. El informante, don Miguel Henríquez Cataldo, declara a fojas 95 y ratifica su informe señalando que la causa del accidente sufrido por el actor fue transitar a una velocidad no razonable ni prudente por el interior de la mina, más precisamente en el acceso al nivel 475 que fue donde ocurrió el hecho, en circunstancias que el reglamento establece que las velocidades para transitar deben ser razonables y prudentes para no perder el control de su equipo y no deben superar los 30 kilómetros por hora; agregando que de acuerdo a las investigaciones hechas en terreno, él verificó tres puntos de impacto dentro del túnel, los que le indicaron claramente que la velocidad a la que se desplazaba el móvil conducido por el actor no era ni razonable ni prudente, y superaba la velocidad máxima establecida en el reglamento, ya que los daños vistos en el equipo superaban, el 30% de su estructura destruida. La demandada rindió además la testimonial, ...".

"23°) Que como puede verse, ninguno de los testigos presentados por el demandante presenció el accidente que éste sufrió, resultando sus dichos del todo insuficientes para establecer algún grado de responsabilidad emanada del contrato, en los hechos que lo motivaron, más por el contrario, se ha demostrado con el peritaje efectuado por el experto en prevención de riesgos Sernageomín que las causas del accidente pasaron única y exclusivamente por factores personales del demandante, lo que conduce a rechazar la demanda interpuesta..."[53].

e) una caída de 9 metros[54]

"a) Que el actor fue contratado por la demandada en labores de ayudante, sin especificar las labores concretas a cumplir, el día 15 de diciembre de 2000 alrededor de las 16:30 horas, cuando se encontraba en la loza del segundo piso de la obra en construcción de la empresa..., procedió a recoger y guardar materiales de trabajo, esmeril, por término de la jornada;

el demandante procedió a recoger el cable de un esmeril eléctrico que se encontraba enchufado en el piso inferior, para lo cual empezó a enrollarlo hasta llegar al borde de la loza, lugar en el cual comenzó a tirarlo y, más aún se hinca en el borde en tal maniobra, cayendo al vacío, versión que se ve corroborada por el otro testigo, en el sentido que dio la orden o instrucción de guardar los materiales;

c) Que se debe tener presente que la empresa había proporcionado al trabajador los implementos de trabajo necesarios, según lo reconoce el demandante en

[53] Tercer Juzgado de Copiapó, Rol 17.901, sentencia de veinticuatro de septiembre de 2002, confirmada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, el recurso de casación declarado inadmisible, en lo formal (*Legal Publishing* N° 28.402).

[54] Un trabajador de la construcción, en circunstancias que prestaba servicios para la demandada principal, en las excavaciones y construcciones de su nuevo edificio, sufrió un accidente por caída de aproximadamente 9 metros de altura, diagnosticándosele, en la Mutual de Seguridad, fractura de cráneo, T.E.C. cerrado y otras lesiones, producto de las cuales quedó incapacitado permanentemente.

confesional y, más aún habían hecho entrega del Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad"[55].

IV. Principales conclusiones

El sistema de responsabilidad civil por accidentes del trabajo encuentra un fundamento tanto legal como contractual.

Los deberes que imponen las leyes (reglamentos) para la seguridad en el trabajo la comprometen tanto a los empleadores como a los trabajadores. El principio de la buena fe es una fuente importante para la concreción de estos deberes.

No parece aplicable a la responsabilidad por accidentes del trabajo la graduación de la culpa del artículo 1547 del Código Civil, que tiene una clara connotación patrimonial.

La indagación de la culpa de la víctima (el trabajador) puede llevar a la exoneración, o al menos la atenuación de la responsabilidad del empleador demandado, bajo estándares que valoren la influencia de la negligencia de la propia víctima en la producción del daño.

Los criterios de causalidad deben ser considerados conforme con las modernas doctrinas sobre imputación objetiva.

[55] Juez Titular del Cuarto Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 12 de marzo de 2003. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo, pero lo enmendó en el sentido de que no condenó en costas (*Legal Publishing* N° 26.716).

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

MARCELO NASSER OLEA
Doctor en Derecho
Universidad de los Andes
Profesor de Derecho Romano
Universidad de los Andes

El objeto de este estudio es describir para los abogados de empresas la realidad que actualmente presenta la cláusula adicional a la póliza de responsabilidad civil general, analizar sus coberturas y sus exclusiones.

Debemos advertir que no nos detendremos en el análisis de las estadísticas de siniestro ni en el análisis del riesgo, propio de las pólizas de responsabilidad civil y de sus cláusulas adicionales, que ya han sido recientemente repasadas en las *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho de Seguro* del Capítulo Chileno de AIDA a principios de noviembre de 2009, con un enfoque dirigido preferentemente a los operadores del mercado asegurador. En el caso de esta presentación, la perspectiva que se quiere dar es preferentemente forense.

I. COBERTURA DE LA CLÁUSULA ADICIONAL PATRONAL

El problema de la cobertura (y de la falta de cobertura) de la cláusula adicional patronal a la póliza de responsabilidad civil es una cuestión que los abogados y asesores de empresas deben tener siempre en cuenta a la hora de transferir los riesgos de la industria.

El problema que abordamos no puede ser entendido prescindiendo de la póliza de responsabilidad civil "general"[1]. Esta póliza general, como su

[1] En el mercado asegurador, se suele utilizar la póliza de responsabilidad civil depositada bajo el código POL 1-91-086.

nombre lo indica, busca "mantener indemne el patrimonio del asegurado"[2] expuesto a causar daños a terceros. En efecto, típicamente expuestos a causar estos perjuicios se encuentran los empresarios, los profesionales, las Municipalidades, etc., quienes transferirán a un asegurador, por medio de esta modalidad del seguro, el riesgo de pagar una condena indemnizatoria a los terceros damnificados.

La póliza de responsabilidad civil general puede contar, entre otras coberturas, con una adicional llamada "cláusula de responsabilidad civil patronal"[3]. Las coberturas especiales de esta cláusula son económicamente útiles para el empresario a la hora de transferir su riesgo. Lo primero que se debe tener claro es que, para el seguro, el riesgo es la posibilidad de que se produzca un acontecimiento incierto, desfavorable en términos económicos, y capaz de provocar un daño en los intereses legítimos del asegurado[4].

En el caso de la cláusula adicional patronal, este riesgo consiste en dos cosas muy diversas, ambas cubiertas por la compañía aseguradora: El más importante de estos riesgos es la eventualidad de ser condenado por un tribunal a pagar una indemnización de perjuicios por haber causado culpablemente a un dependiente un accidente del trabajo. A éste lo podemos llamar "riesgo indemnizatorio" y constituye el objeto básico y esencial de toda póliza de responsabilidad civil con o sin cláusulas adicionales[5]. La segunda eventualidad o riesgo consiste los honorarios profesionales de los abogados y demás personas que participen en la defensa del asegurado cada vez que se produzca la posibilidad de un siniestro indemnizatorio, o sea, cada vez que se le notifique una demanda al empleador. La defensa judicial tiene un valor en dinero que la compañía aseguradora asume mediante la designación de un abogado probadamente competente y de su confianza, pues la póliza y el adicional que se utilizan en Chile comprenden los gastos de defensa como parte de su cobertura.

Así, podemos entender que hay dos siniestros cubiertos: uno que consiste en la defensa judicial y sus gastos anexos; y otro consistente en el pago de una sentencia ejecutoriada dictada contra el asegurado. El primero tiene lugar con la notificación de la demanda, es a todo evento

---

2 Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *Seguro contra la responsabilidad civil*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 17.

3 CAD 1-93-051.

4 Melij, Gustavo Raúl, *Seguro de responsabilidad civil*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 49.

5 Concordamos con Melij, cit., p. 69 y especialmente 75, quien sostiene que "esta clase de seguro cubre la integridad patrimonial del asegurado" y que "el siniestro tiene lugar cuando a causa de un suceso dañoso contemplado en el contrato de seguro, nace para el asegurado una deuda de responsabilidad civil; es decir, la obligación de reparar el daño causado". Para Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *op. cit.*, p. 212, "El riesgo en el seguro contra la responsabilidad civil consiste, pues, en la eventualidad que el asegurado vulnere un deber jurídico, dañando a un tercero, con lo cual nace su deuda resarcitoria". Aunque las posturas no son idénticas, ambos tienen en común el identificar el riesgo con la eventualidad de que nazca una deuda, y no con la eventualidad que un tercero se vea afectado, por ejemplo, por un accidente.

y se traduce en los gastos de defensa. El beneficiario de esta parte del seguro es el propio asegurado pues la defensa va en su favor e interés[6]. Esta clase de cobertura busca evitar que se produzca el siniestro indemnizatorio, o que éste se produzca en condiciones más favorables para la compañía de seguros.

En cambio, el segundo siniestro, o si se prefiere la segunda parte del siniestro (que hemos llamado indemnizatorio), es futuro e incierto y podría no verificarse jamás ya que el asegurado puede resultar absuelto, o por ejemplo, puede decretarse la prescripción de la acción, o el abandono del procedimiento, entre otras situaciones favorables a los intereses del asegurador.

Si se llegara a verificar el siniestro indemnizatorio, el o los beneficiarios del pago del seguro serán terceros distintos del asegurado: Muy concretamente, quienes aparezcan como demandantes en la acción de perjuicios y en cuyo beneficio se decreta la indemnización de perjuicios. Asimismo, podrán requerir el pago los causahabientes o cesionarios de estos últimos. Por ello, para ser considerado beneficiario de un seguro de esta clase no basta con ser heredero de una persona que sufrió un accidente del trabajo, sino que es preciso demandar al empleador y obtener sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra, en la medida que el supuesto que da origen a la responsabilidad sea de aquellos cubiertos por la póliza, esto es, que no esté excluido expresamente en el contrato.

En efecto, la cobertura de responsabilidad civil "general" no es suficiente para asegurar todos los riesgos de una industria, ya que, como es normal, el condicionado de la póliza establece múltiples exclusiones. En general, sólo se aseguran por medio de esta póliza general los daños causados a terceros respecto del asegurado[7]. Así, en lo relativo a los daños causados a trabajadores del empresario, el mero carácter de "dependiente" excluye *a priori* la cobertura, pues tales dependientes no se consideran terceros (art. 1.3). Otro tanto ocurre con los familiares del asegurado, quienes tampoco son considerados terceros para los efectos de la póliza de responsabilidad civil general, y por ello quedan excluidos.

En virtud de estas exclusiones, el empleador que contrata solamente la póliza de responsabilidad civil general, sin su cláusula adicional patronal, quedará expuesto a las indemnizaciones que pueda fijar un tribunal, las que pueden comprender el daño emergente, el lucro cesante y el daño

6 No se trata de un pago al asegurado sino que, básicamente, consiste en una obligación de contratar a uno o más abogados para que dirija la defensa. El asegurado debe soportar la carga de conducción del procedimiento, conferir mandato judicial y presentarse a absolver posiciones, entre otros deberes impuestos por el contrato.

7 Así, *vid.* Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, *op. cit.*, p. 212. Lo mismo en Achurra Larraín, Juan, *Derecho de Seguros*, tomo II, Colección Jurídica Universidad de los Andes, p. 120.

moral causado a los trabajadores mismos, o bien a los beneficiarios de éstos en el caso de muerte del accidentado[8].

En una sociedad industrializada, y por ello de riesgos, los dependientes que sufren accidentes del trabajo por infracción al artículo 184 del Código del Trabajo o 69 de la Ley N° 16.744 (por "culpa o dolo" del empleador) también se acrecientan. En Chile, esto se ha manifestado en el notorio aumento de demandas dirigidas contra los empleadores según las normas de derecho común. Por otra parte, la alegada insuficiencia del régimen de seguro de protección social (Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo) ha hecho económicamente necesaria la creación de una cobertura especial que comprenda los llamados "accidentes del trabajo", aunque veremos que la cobertura adicional tampoco los abarca todos.

En primer término, resulta esencial que un asesor de empresas sepa que, al igual que en el caso de la póliza de responsabilidad civil general, la cobertura indemnizatoria otorgada por la cláusula adicional patronal no opera por anticipado. Así, no basta que se denuncie un accidente del trabajo al asegurador, sino que es preciso que se cumplan algunas condiciones sin las cuales el accidente no quedará cubierto. A falta de cobertura, como es obvio, será el asegurado quien deba soportar las indemnizaciones que se declaren en su contra.

Lo que a nuestro juicio constituye la más importante de las condiciones que debe cumplir el accidente para quedar cubierto por la cláusula adicional patronal es, precisamente, que se trate de un *accidente del trabajo*. El requisito se desprende de la lectura del encabezado de la cláusula adicional patronal (apartado A), aun cuando más adelante se repite expresamente, pues, por la vía de las exclusiones, quedan fuera de la cobertura del seguro los accidentes que no son "del trabajo".

La calificación de un accidente del trabajo no es ni fortuita ni arbitraria, sino que debe ser objeto de un pronunciamiento de un órgano calificador, que es ordinariamente una Mutual.

La redacción de la cláusula establece que el accidente del trabajo, además, haya sido "cubierto". El tenor literal permitiría dudar acerca de si es preciso que el sistema de seguridad social haya pagado efectivamente al trabajador o a sus beneficiarios, o si basta, simplemente, la calificación como accidente del trabajo por parte de la Mutual para dar lugar a la cobertura patronal. Pensamos, y así lo ha entendido la práctica, que es suficiente con que se le haya concedido la calidad de accidente del trabajo mediante la declaración del órgano calificador, sin que el hecho del

[8] Se ha expuesto en este seminario por parte de los profesores Domínguez Águila y Corral el estado actual de la jurisprudencia en relación a la competencia de juzgados civiles o laborales para el caso de muerte del trabajador. Nos remitimos a lo expresado por ambos profesores, y a lo que se dirá *infra* a propósito de la limitación textual de la cláusula adicional patronal a la responsabilidad extracontractual.

pago efectivo al acreedor sea especialmente relevante para la posterior operación del seguro privado propio de la cláusula adicional patronal.

Ahora bien, para que opere la cobertura, la mera calificación como accidente del trabajo no basta pues no todos quedan cubiertos con la cláusula adicional patronal por el solo hecho de ser calificados como tales. La calificación es, aunque el más importante, el primer requisito de varios más.

En efecto, para que opere la cobertura indemnizatoria es necesario que el empleador sea condenado como culpable del accidente por una sentencia firme de un tribunal que ejerza jurisdicción. En consecuencia, no se trata de un riesgo indemnizatorio cubierto *a priori*. La póliza limita la responsabilidad del asegurador sólo a las sentencias firmes, lo que significa que el asegurador no es deudor de una cobertura indemnizatoria sino hasta que el empleador es condenado y no proceden recursos. Esta limitación, con todo, resiste una excepción pues resulta evidente que la compañía de seguros podrá cubrir un accidente del trabajo sobre la base de un equivalente jurisdiccional anterior a la sentencia, concretamente pagando el precio de una transacción o de un avenimiento, e incluso pagando al acreedor contra la simple firma de un escrito de desistimiento y aceptación. Esta última modalidad parece bastante cómoda, por ejemplo, cuando la compañía de seguros, o el propio asegurado, quieren excluir del conocimiento público o de los jueces un arreglo extrajudicial.

La razón de ser de esta cobertura indemnizatoria *a posteriori*, esto es, contra sentencia firme, obedece a que la obligación de concurrir al pago de la indemnización en un seguro de esta clase sólo procede una vez que se ha acreditado culpa. La prueba de la culpa puede ser obviada cuando el propio asegurado admite su negligencia en un acuerdo extrajudicial, aunque sea para evitar el litigio. Si no hay admisión de negligencia, el pago (y la cobertura misma) carece de causa. Como consecuencia de esto, si el empleador es absuelto en el juicio, por ejemplo, por acreditarse la culpa exclusiva de la víctima o inexistencia de relación de causalidad, no habrá cobertura pues, técnicamente, ni siquiera hay totalmente un siniestro (salvo en lo referido a la cobertura especial consistente en la defensa judicial del asegurado). Si de hecho se paga, la causa del desembolso o bien no existe o bien se debe a factores externos que el asegurador debe sopesar (duración y costo de un litigio, mala publicidad, necesidad de proteger la honra del asegurado, etc.).

La cobertura *a posteriori*, esto es, contra sentencia firme, tiene todavía una limitación adicional, que además es doble. En efecto, sólo existirá responsabilidad de la compañía aseguradora si es que el accidente se ha producido cumpliéndose dos requisitos copulativos:

i) Que el accidente se haya producido en el desarrollo de las obras efectuadas por los asegurados, lo que debe entenderse como actividades propias de la materia asegurada o labores del asegurado, y

ii) Mientras que el trabajador estuviere trabajando directamente en la labor asegurada, ejerciendo sus labores dentro del recinto indicado en las condiciones particulares.

De tal manera, aun cuando exista una sentencia firme condenatoria en contra el empleador respecto de un accidente del trabajo calificado como tal por un organismo competente, se excluyen de cobertura indemnizatoria todas las situaciones que no se enmarquen dentro de las dos mencionadas más arriba. Por ejemplo, quedan fuera de la cobertura de la cláusula adicional patronal los llamados "accidentes de trayecto", que, aunque se sabe, son accidentes del trabajo por los que los trabajadores reciben prestaciones del seguro social en virtud de la Ley N° 16.744.

Por esta misma razón, también se excluyen las enfermedades profesionales, pues tales enfermedades, si bien presentan similitudes con los accidentes del trabajo, no lo son. La cláusula adicional patronal prescinde expresamente de las enfermedades profesionales en la letra "g" de la parte relativa a las exclusiones, pero la exclusión de esta clase de enfermedades se puede deducir ya en el encabezado de la cláusula adicional patronal, que se refiere exclusivamente a las "lesiones corporales o muerte", categorías en que las enfermedades profesionales no pueden ser subsumidas con demasiada comodidad.

Veamos ahora algunos problemas que presenta la cláusula adicional patronal, acaso con el fin de pensar una eventual redacción alternativa, que se enmarque mejor dentro de las exigencias actuales.

II. La desafortunada referencia a la responsabilidad "extracontractual" contenida en la letra A número 1 de la cláusula adicional patronal

A pesar de que la cuestión no presenta mayores dificultades prácticas, pues la liquidación del seguro suele dar lugar a todo accidente del trabajo que cumpla con los requisitos establecidos en la póliza y en su adicional patronal, no nos parece posible pasar por alto la referencia expresa y exclusiva contenida en el "apartado A" a la responsabilidad "extracontractual".

Como se sabe, la responsabilidad extracontractual es aquella que deriva de un delito o cuasidelito civil. Si existe contrato, como de hecho debe ocurrir en las relaciones laborales por expreso mandato legislativo, entonces la responsabilidad es contractual, hasta que dicho vínculo se extinga por alguna causa legal.

La jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha considerado, por ejemplo, que las cuestiones relativas a lesiones de un trabajador deben seguir la suerte de la responsabilidad contractual pues se producen en el marco de un contrato de trabajo. Por otra parte, las cuestiones relativas

a la muerte del trabajador que dan lugar a causas judiciales iniciadas por sus herederos o beneficiarios, como ha apuntado anteriormente en este mismo seminario el profesor Domínguez Águila, dan lugar a la responsabilidad extracontractual pues, entre otras cosas, la muerte termina con el vínculo laboral y los familiares, amigos y beneficiarios carecen de interés procesal de fuente contractual.

Nos parece que la referencia exclusiva a la responsabilidad extracontractual resulta (al menos desde el año 2003) un poco pasada de moda. Como se sabe y se ha repetido en el curso de este Seminario de Derecho de Daños, antes del año 2003 la responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo se solía perseguir sobre la base de la responsabilidad extracontractual, ya que hasta entonces la responsabilidad contractual presentaba problemas a la hora de pedirse (y concederse) el daño moral. En un escenario en que los daños de esta clase se solían perseguir por vía extracontractual, la redacción resultaba coherente pues aquél era el único escenario conocido y seguro. Hoy, tras los vaivenes jurisprudenciales imprevisibles para los redactores de la póliza de responsabilidad civil general y de su adicional patronal, la referencia exclusiva a la responsabilidad extracontractual no resulta para nada cómoda.

Si recordamos, esta cláusula adicional patronal cubre tanto las lesiones como la muerte como causa de un accidente del trabajo. Asimismo, cubre condenas obtenidas en juicios iniciados por el mismo trabajador, pero también las obtenidas en juicios iniciados por sus sucesores o beneficiarios. Antes de 2003, e incluso después de esa fecha en los juzgados de letras y Cortes de Apelaciones, la responsabilidad por muerte del trabajador se solía radicar en los Juzgados del Trabajo. Las excepciones de incompetencia eran normalmente desechadas y los fallos de esa clase eran confirmados en apelación. Los tribunales especiales no veían impedimento para conocer de cuestiones relativas a indemnizaciones solicitadas por los familiares, sucesores e incluso concubinas por causa de muerte de un trabajador, acaso por la cercanía temática del asunto meramente indemnizatorio con los accidentes del trabajo.

En ese escenario, todas las cuestiones relativas a accidentes del trabajo, sin importar su naturaleza contractual o extracontractual, eran conocidas por los tribunales especializados (del trabajo). Hoy, los conflictos indemnizatorios causados por muerte del trabajador han transitado hacia los juzgados civiles en sede extracontractual, en juicios ordinarios por daño emergente, lucro cesante y especialmente daño moral.

Por otra parte, la naturaleza puramente contractual de los litigios *indemnizatorios* por lesiones, en que el legitimado activo suele ser el propio trabajador, está fuera de toda duda. Producto de esto, la referencia expresa a la responsabilidad extracontractual contenida en el apartado A numeral 1° de la adicional patronal nos parece problemática y su modificación altamente recomendada.

En efecto, en una lectura estricta de la póliza no quedarían cubiertos los asuntos relativos a la responsabilidad contractual. Esto se agrava si se tiene en cuenta la letra "e" de la parte referida a las exclusiones. En ellas se excluyen expresamente de cobertura las "*reclamaciones en virtud de responsabilidades distintas a las específicamente definidas en el apartado A*". La responsabilidad contractual es distinta a la extracontractual, por lo que la cobertura debería ser rechazada. Con lo anterior, y dada la práctica de los liquidadores y de las compañías aseguradoras de dar cobertura a los accidentes, sin perjuicio de su naturaleza, pensamos que una redacción que haga referencia a la "responsabilidad civil", o acaso a la mera "responsabilidad", sería una redacción correcta, que solucionaría el conflicto para siempre. Por lo demás, nada obsta a que los tribunales cambien nuevamente su postura en relación con la clase de responsabilidad de que se trata, por lo que para evitar los eventuales vaivenes jurisprudenciales de una cuestión más bien técnica, una redacción más simple nos parece prudente.

III. El problema de las exclusiones de la cláusula adicional patronal

Como se desprende de la sola lectura de la cláusula adicional patronal, además de aquellos accidentes que no fueron calificados como accidentes del trabajo, queda excluida de cobertura toda reclamación contractual fruto de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales en el seguro de accidentes del trabajo o en el pago de salarios y, en general, cualquier reclamación fundada en "cualquier relación laboral". La lectura de esta exclusión es compleja, pues la jurisprudencia entiende que la obligación de dar seguridad a los trabajadores es una obligación contractual del empleador, establecida a mayor abundamiento en la ley, por ejemplo, para los dueños de obras o faenas. La verdad es que esta exclusión, pese a su redacción hoy pasada de moda, dice relación con otra cosa. Se refiere a que el seguro no cubrirá omisiones del empleador relativas al pago de salarios y al pago de cotizaciones obligatorias de seguridad social dentro de las que caben las relativas al seguro de accidentes del trabajo. Pensamos también que esta exclusión merece una nueva redacción, más acorde con los tiempos y con la ampliación jurisprudencial del concepto de "relación laboral" de la que se ha hablado largamente en el desarrollo de este seminario.

Asimismo la cláusula adicional patronal excluye las pérdidas materiales del trabajador, y esto aunque la pérdida se deba al accidente del trabajo que sí queda cubierto. Será el empleador y no la compañía de seguros quien deberá indemnizar al trabajador por tal concepto si es que es condenado por sentencia ejecutoriada. Quedan, asimismo, excluidas de la cobertura de la cláusula adicional patronal los accidentes que pueda sufrir

el propio asegurado (persona natural, se entiende) y las personas que colaboran con el asegurado en la dirección o vigilancia de la empresa, así como los familiares de todos ellos. Esto pues, como se ha dicho más atrás, estas personas no son consideradas como "terceros".

Se excluye de la cobertura de la cláusula adicional patronal "*toda otra reclamación en virtud de responsabilidades distintas a las específicamente definidas en el apartado A*", esto es, como ya se ha dicho, la responsabilidad extracontractual a causa de un accidente del trabajo. Nos hemos referido al problema que hoy presenta la redacción de dicho apartado por su referencia exclusiva a la Responsabilidad Extracontractual. Una lectura estricta de esta exclusión (que, debemos admitir, no se hace) debería llevar al rechazo de la cobertura para toda reclamación en virtud de una sentencia ejecutoriada en sede contractual.

Otra cuestión que es de suma importancia se refiere a la exclusión de las llamadas enfermedades profesionales. En el curso de este seminario el Profesor Dr. Alfredo Sierra se ha referido a las dificultades que presentan estas enfermedades incluso para el sistema de seguro social. Respecto de ellas, se ha señalado que a diferencia de los *accidentes del trabajo* no se sabe con certeza ni cuándo ocurren o en qué momento son causadas. Sólo puede determinarse con precisión el lugar donde éstas se manifiestan exterior o sintomáticamente, siempre mediante el diagnóstico médico. El sólo hecho del diagnóstico de una enfermedad profesional no trae como consecuencia que la enfermedad no pudo haber estado presente durante mucho tiempo, ni que sea connatural al estado de salud del trabajador, al lugar donde vive, etc. El problema, como se ve, es propiamente de causalidad. Sin embargo, para evitar siniestros que pueden manifestarse incluso 15 años después de terminado el contrato de seguros, la póliza excluye expresamente las enfermedades profesionales. En efecto, es una característica propia de esta clase de enfermedades el hecho de manifestarse en un momento determinado, pero no se puede saber con certeza si la enfermedad se produjo mientras el trabajador prestaba servicios para el empleador actual o si, por ejemplo, la contrajo en otro empleo anterior o incluso en un trabajo independiente anterior. Si se tiene en cuenta que las enfermedades se suelen manifestar mucho después de las primeras exposiciones a sustancias malignas, como el asbesto o el sílice, no cabe duda que su aseguramiento sería demasiado complejo, sea como sea que se estableciera en la póliza. Se trata de los llamados "*long tail claims*" o siniestros cola larga, cuyo aseguramiento sería demasiado oneroso. Además, existen seguros de vida y de salud que los empleadores pueden contratar a favor de sus trabajadores, en los que esta clase de enfermedades sí recibirán cobertura.

Por último, queda excluida (aunque se suelen negociar para incluirla) la responsabilidad por trabajos en altura y subterráneos, como la responsabilidad por el uso de explosivos. A este último respecto, es necesario aclarar que la exclusión se refiere precisa y estrictamente al uso de los

explosivos, lo que no debe confundirse con el simple hecho de explotar. Esto significa que sí queda cubierta la responsabilidad civil del empresario derivada de un accidente en que su trabajador muere o resulta herido "picando la tierra" y causa una explosión.

Un acápite especial merece el asunto de los accidentes de trayecto. En efecto, a pesar de ser accidentes del trabajo según el artículo 5 inciso 2° de la Ley N° 16.744, esta clase de accidentes también quedan excluidos, pero no en virtud de las exclusiones particulares a que nos hemos referido, sino debido a que para que exista responsabilidad de la compañía es preciso que el trabajador accidentado esté trabajando directamente en las labores aseguradas en la póliza general de responsabilidad civil y dentro de los recintos expresamente pactados en las condiciones particulares.

IV. La necesidad de una sentencia ejecutoriada que determine la existencia de un accidente del trabajo

Técnicamente, la póliza de responsabilidad civil con adicional patronal no cubre un daño al trabajador, sino que más bien un perjuicio que puede sufrir el empresario a causa de una demanda civil intentada por un trabajador. En palabras de Melij, cubre "una deuda emergente" contra el patrimonio del empresario[9]. En palabras de don Juan Achurra, el riesgo asegurado en esta clase de seguros es la probable ocurrencia de un siniestro o eventual nacimiento de una obligación o pasivo frente a un tercero como consecuencia de la responsabilidad civil[10]. Si el trabajador no demanda dentro del plazo de prescripción (art. 11 Póliza Responsabilidad Civil), no hay otro siniestro que cubrir que los gastos de defensa pues la alegación de prescripción la hace judicialmente el asegurador con cargo a la póliza.

Lo que hemos dicho trae como consecuencia que el "riesgo", que es un elemento esencial del seguro, lo constituye la eventualidad de ser condenado y no la eventualidad de que los trabajadores sufran accidentes. La obligación indemnizatoria del asegurador nace, en consecuencia, cuando existe una deuda líquida y actualmente exigible de responsabilidad patronal, y no antes. Esto no significa que no existan procedimientos previos que el asegurado debe cumplir estrictamente para minimizar el riesgo al que expondrá a la compañía de seguros.

En efecto, el asegurado esté sujeto a lo que la doctrina ha llamado "cargas". Principalmente, las cargas en esta clase de póliza son anteriores a la producción del siniestro (entendido como la condena líquida y exigible). Incluso estas cargas son anteriores a una incierta notificación de una demanda judicial que podría incluso jamás llegar.

9 Melij, Gustavo Raúl, *op. cit.*, p. 69.
10 Achurra, Juan, *op. cit.*, p. 122.

Fundamentalmente esta clase de cargas del asegurado se refieren a comunicar al ente asegurador (POL art. 9.1) cualquier reclamo, queja, amenaza de cualquier acción o demanda en su contra.

La póliza señala la forma y el plazo para dar este aviso a la compañía (carta certificada 5 días). En caso de muerte de un trabajador, la "carga" de avisar tiene una modalidad más estricta, pues en tal caso el asegurado debe dar aviso inmediatamente de conocida la muerte a su compañía de seguros.

Ahora bien, si de hecho se gatilla un proceso judicial en contra del asegurado, éste debe comunicar dicha circunstancia por escrito a la compañía de seguros dentro de 48 horas de notificado.

Como se ve, esta clase de comunicación entre el asegurado y su ente asegurador es fundamental para que quien va a cargar con los riesgos tome todas las providencias del caso de manera de minimizar sus propios perjuicios. Por ello, y con la misma razón, existen otras cargas que debe soportar el asegurado, de manera de no frustrar una defensa judicial que, como veremos, no necesariamente le pertenece.

En efecto, conjuntamente con los deberes de comunicación inmediata, el contrato impone al asegurado la carga consistente en "no admitir su responsabilidad", ni celebrar transacciones o pagos extrajudiciales de ninguna clase con el trabajador o sus beneficiarios. Pensamos que esta carga no se frustra si el empleador reconoce los hechos ante la autoridad pública, por ejemplo un juez, que lo ha citado a absolver posiciones o en una declaración judicial o policial.

De hecho, por expresa disposición de la póliza, esta carga no se incumple si el empleador en virtud de sus deberes legales traslada al accidentado a un centro asistencial o le presta primeros auxilios.

Respecto de la carga de no celebrar transacciones con el trabajador o sus beneficiarios, ni pagos de cualquier tipo, al igual que la situación anteriormente descrita, ésta pretende que el asegurador no se enfrente a un hecho consumado en que se le ha privado de toda posibilidad de defensa judicial[11].

Finalmente, el asegurado debe tolerar que sea la compañía de seguros la que dirija el proceso judicial en su favor, para lo que deberá conferir mandato judicial a los abogados que ésta designe, y estar disponible para comparecer, por ejemplo, a absolver posiciones. Conjuntamente con ello, la póliza le impone el deber de suministrar al asegurador todos los medios de prueba y antecedentes que le sean requeridos por la defensa.

Como se sabe, la omisión de concurrir a las cargas del asegurado genera la caducidad del contrato y con ello, aunque haya ocurrido el siniestro y este se encuentre técnicamente cubierto por el contrato, el asegurador puede negarse válida y automáticamente a cubrir el siniestro.

[11] Melij, Gustavo Raúl, *op. cit.*, p. 118 s.