

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO AJENO Y EL SEGURO

Pedro Zelaya Etchegaray

Doctor en Derecho (U. de Navarra)

Profesor de Derecho Civil

U. de Chile y U. de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo solo me voy a referir a la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, dejando de lado la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus agentes y auxiliares, y ello por varios motivos:

- a) En primer lugar, porque –al menos la Póliza de Responsabilidad civil aprobada por la SVS mediante Resolución Exenta N° 211 de 17/7/97 e inscrita en el Registro de Pólizas bajo el número 1 97 008– se excluye clara y abiertamente la Responsabilidad Contractual del asegurado, de forma que la cobertura asegurativa se extiende solo a la responsabilidad civil extracontractual. Con ello –y creo oportuno destacarlo aquí– se ha creado un grave vacío en esta cobertura asegurativa frente a decidida contractualización que está experimentando la responsabilidad civil en muchos ámbitos del quehacer industrial y empresarial. Basta considerar, por ejemplo, muchos casos de responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo¹, o de responsabilidad médica u hospitalaria por los daños causados al paciente, casos que hoy están siendo conocidos y fallados en sede contractual².
- b) En segundo lugar, porque la responsabilidad contractual por el hecho ajeno –y a diferencia de la responsabilidad extracontractual– no reviste mayores desafíos dogmáticos ni problemas prácticos, pues ya desde antiguo ha sido pacíficamente aceptada y reconocida por la doctrina y la jurisprudencia chilenas³.

¹ Por de pronto, queremos llamar la atención en relación con la Póliza CAS 1 93 051 (*Cláusula de Responsabilidad Civil Patronal*, adicional a POL 1 91 086) ya que, por expresa disposición de su texto, solo cubre la responsabilidad civil **extracontractual** motivada por demanda interpuesta por el trabajador a causa de la muerte o lesiones corporales derivadas de un accidente del trabajo. En efecto, en la letra C se indica: “*Esta cláusula adicional no cubrirá las reclamaciones fundadas en la relación laboral*”. Sin embargo, es un hecho que, a partir de la reforma experimentada por el artículo 420 del Código del Trabajo, ha existido una decidida contractualización de la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo. En efecto, al leer y estudiar alguna jurisprudencia por accidentes del trabajo es fácil apreciar que las víctimas de accidentes del trabajo han decidido iniciar demandas ante los Tribunales Laborales los cuales solo son competentes para conocer de la responsabilidad contractual emanada del incumplimiento del contrato de trabajo. De esta forma, la responsabilidad extracontractual quedó radicada en la competencia de los Tribunales civiles y hoy se aplica, en la práctica, de una manera más o menos residual, fundada en el artículo 69 letra b) de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

² Basta leer la sentencia de la Corte Suprema de fecha 5 de noviembre de 2001 (sentencia aún sin publicar), en la cual se condena como civilmente responsable a un laboratorio privado, por el errado diagnóstico del VIH, obligándole a indemnizar el daño moral alegado por el demandante con fundamento en el artículo 1556 del Código Civil.

³ Aunque nuestro Código Civil no contempló un principio general de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, sí existen varios casos o supuestos donde se hace civilmente responsable al deudor por los hechos imputables a sus agentes y dependientes. Así, por ejemplo, en materia de arrendamiento de cosas, el artículo 1926.1 CC señala: “*Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios*” y el artículo 1941 CC agrega: “*El arrendatario es responsable no solo de su propia culpa sino de la de su familia, huéspedes y dependiente*”. Así también, en materia de contrato de obra, el artículo 2000 CC señala: “*Por consiguiente, la pérdida de la materia*

- c) Además, porque existe hoy una decidida tendencia que acepta el cúmulo (en su versión restringida) u opción (de elección) de responsabilidades, de forma que –no obstante existir un vínculo obligacional previo al daño– el demandante puede optar y elegir el estatuto de la responsabilidad extracontractual, pasando esta a ser en la práctica, la regla general en materia de responsabilidad civil⁴.
- d) Por último, porque la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno –y, particularmente la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes–, ha sido uno de los supuestos del Código Civil que mayor jurisprudencia ha generado en las últimas décadas y que mayor transformación ha experimentado en los últimos años, siendo los arts. 2320.4 CC y 2322 la puerta de entrada de una fuerte y decidida objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empresario moderno⁵.

Aclarado estos puntos, entremos en materia.

En muchas pólizas de responsabilidad civil –y, particularmente en la Póliza CAD 1 91 092, (Adicional a la Póliza de RC inscrita bajo el Código POL 1 91 086), que cubre la “*responsabilidad civil por los trabajos efectuados por empresas que colaboran en la construcción de obras nuevas o en la reparación y mantención de obras existentes*”–, se establece que ella cubre “*la responsabilidad civil del asegurado por los daños causados a las personas o a las cosas de terceros, derivada de la obligación de vigilancia del empresario asegurado, por los actos y las omisiones de aquellas personas que dependen de él y mientras actúen bajo sus órdenes*”.

De esta forma, el mercado del seguro ha previsto –al menos en lo relativo a la actividad de la construcción– el riesgo que significa la eventual responsabilidad civil del empresario por los actos y omisiones de terceras personas que trabajan bajo sus órdenes.

Aunque este Adicional a la Póliza Suiza de Responsabilidad civil solo se refiere a la industria de la construcción, es claro que ella apunta –y nos introduce– a un tema de la mayor trascendencia teórica y práctica, a saber, la responsabilidad civil del empresario por el hecho o culpa de otro.

¿Cuáles son los fundamentos, los requisitos y las características de la responsabilidad civil del empresario por los actos de sus dependientes? ¿Y cuál ha sido la transformación que ha experimentado esta clase de responsabilidad civil en manos de la ley y de la jurisprudencia?

II. FUNDAMENTO, REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL HECHO AJENO

1. Fundamento

Fiel a la doctrina de la culpa subjetiva y probada, imperante a la época de la promulgación del Código Civil, Andrés Bello acogió y consagró la doctrina de la culpa en la elección o en la vigilancia como el fundamento último de la responsabilidad civil del empresario.

suministrada por el que encargó la obra, pertenece a este; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perezca por su culpa o por culpa de las personas que le sirven”. En relación con la pérdida de la cosa que se debe, el artículo 1679 CC señala, de un modo general, que “*en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable*”. Así también, el artículo 2015 inc. final, en relación con el arrendamiento de transporte, señala que “*tendrá lugar la responsabilidad de acarreador no solo por su propio hecho sino por el de sus agentes o sirvientes*”. Como regla general, y aunque se discute el verdadero fundamento de esta clase de responsabilidad, se entiende que la culpa del agente o auxiliar no constituye caso fortuito o fuerza mayor que exima de responsabilidad al deudor demandado por incumplimiento de la obligación asumida. Cfr. CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. V (*De las obligaciones*), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp. 539 y ss.

⁴ Para apreciar el actual estado jurisprudencial del llamado cúmulo u opción de responsabilidades en Chile puede verse ZELAYA ETCHEGARAY, P., *El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva Ley de Protección al Consumidor*, en AA.VV., *Derecho del Consumo y protección al consumidor*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho, U. de los Andes, Santiago, 1999, pp. 232-239.

⁵ Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, secc. II, II, tomo 90, N° 3, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 119-156.

Por ello, los artículos 2320.4 y 2322 CC han permitido siempre al empresario –al menos formalmente en el texto o letra de la ley– exonerarse de la responsabilidad civil que se le imputa probando que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho.

2. *Requisitos y características*

Acorde con este fundamento, la doctrina tradicional ha enseñado –de la mano del decano ALESSANDRI⁶– que el empresario es civilmente responsable por el hecho ajeno si concurren, al menos, los siguientes 4 requisitos:

1. Que el empresario haya incurrido en culpa o negligencia en la elección, vigilancia, dirección o control de la actividad del dependiente que directa y materialmente causó el daño. Esta culpa se presume *iuris tantum*, de manera que cabe la prueba en contrario.
2. Que entre el empresario demandado y el agente directo del daño exista una relación de tal naturaleza –denominada vínculo de subordinación y dependencia–, que permita presumir que el daño se debió más al descuido del propio empresario demandado que al acto u omisión del dependiente que material y directamente causó el daño.
3. Que el dependiente o agente directo del daño sea capaz de delito o cuasidelito civil y que este haya incurrido en dolo o culpa.
4. Que el dependiente haya actuado dentro del ámbito de sus funciones y no en abierta extralimitación de las mismas.

Asimismo, la doctrina tradicional ha señalado dos grandes características de esta especial clase de responsabilidad civil:

1. La responsabilidad civil del empresario es directa y no subsidiaria, pues, frente a la víctima, existe solidaridad pasiva entre el empresario y el dependiente (artículo 2317 CC) de forma que el perjudicado puede demandar la íntegra reparación al dependiente, al empresario o a ambos conjuntamente.
2. El empresario que paga a la víctima podrá repetir contra el dependiente que con culpa causó el daño el reembolso de todo el daño causado (artículo 2325 CC).

III. PAULATINA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

Sin perjuicio de las leyes especiales que han creado supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa⁷, es claro que la responsabilidad civil del empresario establecida en el Código Civil ha ido experimentando una paulatina objetivación en manos de la jurisprudencia judicial.

En otras palabras, los Tribunales Ordinarios de Justicia (tanto los de jurisdicción o competencia civil como los de jurisdicción o competencia penal) han ido haciendo cada vez más

⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 308 y 309.

⁷ En Chile se han dictado leyes especiales que han creado regímenes de responsabilidad civil estricta, objetiva o sin culpa del titular de ciertos bienes o actividades peligrosas. Así, por ejemplo, (i) los artículos 49 y siguientes de la Ley N° 18.302 sobre Seguridad Nuclear, establecen una responsabilidad objetiva del explotador de una instalación nuclear; (ii) el artículo 174.2 de Ley del Tránsito (Ley N° 18.290), establece una responsabilidad estricta del propietario del vehículo a motor; (iii) el artículo 155 del Código Aeronáutico (Ley N° 18.916) establece una responsabilidad objetiva del explotador de la aeronave; (iv) el artículo 144 de la Ley de Navegación Marítima (DL 2.222 de 1978) establece una responsabilidad estricta que afecta solidariamente al propietario, armador y operador a cualquier título de la nave o artefacto naval que produzca el derrame de hidrocarburo en el mar territorial, etc. Cfr. LAGOS NARVÁEZ, P., *La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988*, en AA.VV., Colección de Tesis (Magíster en Derecho de la Empresa), Facultad de Derecho, U. del Desarrollo, Concepción, 2001, pp. 101 a 131.

estricta la responsabilidad civil del empresario mediante una interpretación extensiva del Código Civil y en protección de la víctima inocente.

Se trata de mecanismos jurisprudenciales de objetivación y paliativos de los duros efectos que supondría la aplicación estricta de la doctrina de la culpa a la moderna gestión empresarial⁸.

1. Así por ejemplo, hay jurisprudencia que señala que la presencia de un reglamento interno en la empresa –que ordena y prohíbe ciertas conductas riesgosas a los dependientes– no es suficiente para eximir de responsabilidad civil al empresario demandado, pues dicho reglamento es inoponible a la víctima.
2. Así también, hay fallos de los cuales se desprende que, una vez acreditada la culpa en el dependiente (*culpa in operando*), los Tribunales condenan civilmente al empresario demandado, identificando ambas culpas, sin liberar al demandado de la responsabilidad civil nacida en la persona del dependiente.
3. Por otro lado, los Tribunales también han señalado que ya no es necesario determinar con precisión cuál fue el concreto dependiente que con culpa causó el daño; y basta a la víctima señalar que alguien, dentro de la empresa, actuó o dejó de actuar con culpa o negligencia.
4. Además, nuestra jurisprudencia –frente a la prueba rendida por el demandado– ha declarado la insuficiencia de las medidas adoptadas por el empresario demandado, o bien, ha manifestado el no agotamiento de la diligencia exigida, de forma que se ha hecho cada día más difícil acreditar la prueba liberatoria del artículo 2320 inc. final del CC.
5. Por último, la jurisprudencia ha condenado al empresario demandado en casos que constituyen claras extralimitaciones o abuso de funciones; por ejemplo, se condena a la empresa de transportes cuando el dependiente conduce –contra prohibición expresa– a exceso de velocidad y en estado de embriaguez. Así también, se ha condenado al empresario por hurtos, robos, estafas y otros engaños que causan daño a la propiedad ajena.

De esta forma, en muchos fallos cuesta entender que la culpa tradicional sea el verdadero y real fundamento de la condena civil del empresario demandado. Pareciera que el fundamento es otro, pero formalmente se mantienen declaraciones judiciales a favor de la culpa del sujeto civilmente responsable.

Con ello, en la práctica, la jurisprudencia tácitamente ha ido modificando –sin apartarse de los moldes clásicos y formales de la culpa– los fundamentos, las características y los efectos que la doctrina tradicional predicaba de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil.

Sin embargo, en esta ocasión solo me voy a referir a la forma como esta paulatina objetivación de la responsabilidad civil del empresario ha ido afectando también al denominado “vínculo de subordinación y dependencia”.

IV. EL VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA CIVIL

1. *Doctrina clásica o tradicional*

En un primer momento se entendió que solo podían ser dependientes –para los efectos de la responsabilidad civil del empresario–, aquellas personas naturales que guardaban un estrecho vínculo y una cercana relación con el demandado, de manera que el empresario podía elegirlos, vigilarlos, darles órdenes e instrucciones, incluso sobre la manera de realizar el trabajo encomendado. Además, se entendía que este vínculo solo podía establecerse respecto de personas naturales, sin que una persona jurídica y su organización pudiesen ser considerados dependientes para los efectos de la responsabilidad del empresario demandado.

⁸ Un apretado resumen de estos mecanismos jurisprudenciales de objetivación pueden encontrarse en ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)*, en Revista de Derecho N° 197 (enero-junio), Facultad de Derecho, U. de Concepción, 1995, pp. 101-145.

No obstante que ALESSANDRI RODRIGUEZ⁹ había señalado que no era requisito la existencia de un contrato entre el empresario y el dependiente, se empezó a considerar –sobre todo a partir de la entrada en vigencia del primer Código del Trabajo– que la relación laboral era el paradigma o el prototipo de la relación de subordinación y dependencia exigida por el Código Civil para dar lugar a la responsabilidad civil del empresario por el hecho ajeno, descartando otras formas que podía adquirir el vínculo entre el empresario demandado y el agente directo del daño.

2. *Jurisprudencia clásica o tradicional*

De esta forma, y siguiendo esta postura restrictiva, nuestra jurisprudencia había señalado, por ejemplo:

1. Que el que encarga la confección de una obra o trabajo a un empresario o contratista que lo realiza según su propia iniciativa, no era civilmente responsable por los daños causados por los dependientes de este¹⁰.
2. Que el pasajero que sube a un vehículo de transporte no es civilmente responsable de los daños que cause el conductor a terceros.
3. Que el mandante no era civilmente responsable de los delitos y cuasidelitos cometidos por su mandatario en el desempeño del mandato¹¹.

En todos estos casos no existía responsabilidad civil por el hecho ajeno ya que dicha jurisprudencia entendía que no había culpa en la elección o vigilancia del demandado como tercero civilmente responsable.

3. *El vínculo de subordinación y dependencia frente a la objetivación de la responsabilidad civil extracontractual*

Sin embargo, y como ya lo adelantábamos, la paulatina objetivación de la responsabilidad civil se ha producido a través de dos grandes vías o caminos: (i) la legislación especial y (ii) la jurisprudencia judicial.

En ambos casos, la objetivación de la responsabilidad civil –este paulatino y poco perceptible alejarse, en relación con el fundamento de la obligación indemnizatoria, de la culpa para acercarse o radicarse en el riesgo creado– ha tenido un fuerte impacto en el vínculo de subordinación y dependencia. Lo anterior en un doble sentido:

⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 364 señaló que lo que caracterizaba al dependiente es el hecho de ser subalterno de otra persona, de prestar sus servicios bajo la autoridad o las órdenes de otro, con independencia de la naturaleza del contrato que los ligue, la naturaleza del encargo, la duración del trabajo, la remuneración y forma de su pago.

¹⁰ Así ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 310, se refiere a dos fallos que acogen esta tesis en materia de contrato de obra y de servicios. (i) En el primero, publicado en RDJ, tomo 29, 2ª parte secc. 1ª, p. 425, la Corte Suprema señaló que el dueño de un edificio, cuya construcción había sido encomendada a un constructor o contratista, no era civilmente responsable por los daños causados a un obrero de este último por el derrumbe de una muralla acaecida al comenzarse la construcción. En relación con este preciso caso, el propio ALESSANDRI RODRÍGUEZ reconoció –en nota al pie de página– que dicho fallo solo se explicaba por haberse dictado con anterioridad a la entrada en vigencia del primer Código del Trabajo pues, con posterioridad al mismo, habría sido clara la responsabilidad civil subsidiaria del dueño de la obra por los accidentes del trabajo sufridos por los dependientes del contratista. (ii) El segundo fallo citado por ALESSANDRI eximió de responsabilidad civil a la Empresa de Ferrocarriles del Estado por el accidente ferroviario con daños causados a terceros por la negligencia de una empresa contratista que estaba a cargo de la construcción y reparación de las vías férreas. A este respecto, también hoy esta solución de la Corte de casación podría llegar a ser distinta a la luz de la responsabilidad objetiva del Estado por falta de servicio (artículos 6, 7 y 38 inc. 2º de la Constitución del Estado y artículos 4 y 44 de la LOC Bases Generales de la Administración del Estado). Quizá la responsabilidad objetiva del Estado por falta de servicio surja hoy, incluso, en los supuestos de daños por negligencia de los contratistas del Estado y de las Municipalidades.

¹¹ Cfr. Gaceta Jurídica año 1938, tomo II, sent. 72, página 321 (considerandos 5, letras c y d).

- a) Por un lado, frente a las leyes especiales que han creado supuestos de responsabilidad estricta, sin culpa u objetiva, el vínculo de subordinación y dependencia –y la calidad misma de dependiente– ha ido perdiendo toda relevancia jurídica, llegando incluso a ser innecesario para atribuir el deber de reparar al empresario demandado.
- b) Por otro lado, en los casos en que no hay leyes especiales, sino que se demanda la obligación de indemnizar en virtud del Código Civil, el vínculo de subordinación y dependencia ha ido experimentado, junto a la paulatina objetivación, una paulatina extensión jurisprudencial.

3.1 El vínculo de subordinación y dependencia frente a las leyes especiales que han creado supuestos de responsabilidad estricta, objetiva o sin culpa.

En primer lugar –y para ejemplificar este acápite– explicaremos algunos supuestos respecto de los cuales se han dictado leyes especiales que han establecido una responsabilidad estricta, objetiva o sin culpa del demandado y cómo ello ha influido en el llamado vínculo de subordinación y dependencia civil.

3.1.1 Responsabilidad civil del dueño de un vehículo a motor

Hasta la década de los años treinta, nuestra jurisprudencia señalaba –por ejemplo– que el propietario de un vehículo no era civilmente responsable de los daños causados por el conductor cuando aquel se lo había entregado a este en virtud de un contrato de arrendamiento, pues no se podía calificar como dependiente al arrendatario de automóviles particulares y que, en tal calidad, los conducía para ejercer su propia industria o comercio¹².

Sin embargo, a partir de la publicación de la primera Ley del Tránsito –que consagró en su artículo 5º¹³ la responsabilidad objetiva y solidaria del dueño del vehículo por los daños causados por el conductor culpable– la situación cambió en el aspecto normativo (texto de ley) y dio pie para que cambie en el plano jurisprudencial¹⁴.

En efecto, con esta ley especial la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo por los daños causados por el conductor culpable se configuró como una responsabilidad directa que puede surgir con independencia de si el conductor culpable es o no dependiente del propietario.

Así, el empresario dueño de un vehículo podría llegar a ser civilmente responsable con total independencia de si existe o no un vínculo de subordinación y dependencia con el conductor culpable ya que su responsabilidad civil dejó de estar fundada solo en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil (donde se exige el vínculo de subordinación y dependencia para imputar culpa al empresario demandado). Ahora la Ley del Tránsito establece una responsabilidad directa y objetiva del titular de un bien peligroso donde no es jurídicamente relevante el vínculo entre el propietario y el conductor culpable¹⁵.

De esta forma, en los casos de responsabilidad civil del propietario de un vehículo a motor por los daños causados por el conductor culpable, conforme al art. 174.2 de la Ley del

¹² OTERO, F., *Concordancias y Jurisprudencia del C. P. C.*, tomo V, 1918-1922, p. 24, N° 8 (cons. 3º y 4º).

¹³ El artículo 5º de la Ley 15.123, publicada en el Diario Oficial N° 25.444, de 17 de febrero de 1963 señalaba que: “Sin perjuicio de la responsabilidad de otras personas en conformidad con el derecho común, será responsable solidariamente con el conductor, del pago de los daños y perjuicios causados, el propietario del vehículo, a menos que pruebe que le ha sido tomado sin su conocimiento o sin su autorización expresa o tácita

¹⁴ A partir de esta ley, la responsabilidad civil del propietario de un vehículo a motor pasó a ser estricta, objetiva o sin culpa pues su única excepción liberatoria era probar que el vehículo había sido tomado sin su autorización o conocimiento. Hoy, luego de la reforma introducida a la Ley del Tránsito por la Ley N° 19.495 de 1997, el artículo 174 inc. 2º quedó como sigue: “El conductor y el propietario del vehículo, a menos que este último acredite que el vehículo fue usado sin su conocimiento y autorización expresa o tácita, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen con motivo del uso del vehículo; todo sin perjuicio de la responsabilidad de otras terceras personas, en conformidad a la legislación vigente”. Con ello, la prueba liberatoria o eximente de responsabilidad civil del propietario se ha extendido considerablemente.

¹⁵ Para un análisis más detallado de esta materia puede consultarse ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el uso de vehículos de transporte*, en A.A.V.V., *Responsabilidad civil del empresario*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho, U. de los Andes, Santiago, 1996, pp. 105-143; también fue publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 93, número 1 (enero-abril), 1996, pp. 1-38.

Tránsito, el vínculo de subordinación y dependencia –y la figura misma del dependiente– pasa a ser jurídicamente irrelevante. Al tratarse de una responsabilidad objetiva y directa del propietario (sea o no empresario) ya no es necesario acudir a los arts 2320.4 y 2322 CC (responsabilidad por el hecho de los dependientes) para hacer civilmente responsable al referido propietario, sino que se le demanda –y podría llegar a ser condenado– fundado en una normativa especial, con independencia de si el conductor es o no dependiente.

Por ello, en ciertos casos y bajo ciertos supuestos, el dueño arrendador de un vehículo podría llegar a ser civilmente responsable por los daños causados por el arrendatario, aunque no exista vínculo de subordinación y dependencia entre ambos¹⁶.

3.1.2 Responsabilidad civil de la Municipalidad por el hecho de contratistas particulares

Durante la primera mitad del siglo XX, nuestra Corte Suprema había fallado, por ejemplo, que la Municipalidad –como persona jurídica de derecho público– no era civilmente responsable por los daños causados a un vehículo que cayó dentro de una zanja abierta en la calle por un contratista de la referida Corporación, pues dicho contratista –y su organización– no podía ser considerado como empleado o dependiente de la Municipalidad demandada¹⁷.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del D.L. 1.289 de 14 de enero de 1976¹⁸, Orgánica de Municipalidades y, más tarde, con la publicación de la Ley N° 18.290 de 7 de febrero de 1984, Ley del Tránsito¹⁹, se estableció en Chile una responsabilidad objetiva de la Municipalidad por falta de servicio.

Con ello, las Municipalidades comenzaron a ser civilmente responsables por el hecho culpable de sus propios contratistas y subcontratistas de obra, que dejaban negligentemente las vías públicas en estado de causar daños a los usuarios de las mismas, sin que fuese necesario acreditar subordinación y dependencia del agente directo y material del daño.

De esta forma se comenzó a condenar como civilmente responsable a la Municipalidad por falta de servicio, con independencia de la calidad de dependiente del agente directo y material del daño²⁰.

3.1.3 La responsabilidad civil del dueño de un predio por los daños causados por un contratista en la aplicación de plaguicidas o pesticidas.

Es interesante destacar aquí un caso especial, y poco conocido, de responsabilidad estricta, sin culpa o por riesgo creado derivado del uso de bienes peligrosos y su influencia en el llamado vínculo de subordinación y dependencia.

¹⁶ Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1995, pp. 415 y siguientes. En este trabajo se explica el desarrollo de la jurisprudencia extranjera (particularmente la española) en materia de responsabilidad civil del sujeto cuyo giro o tráfico es el arrendamiento de vehículos sin conductor. Allí se explica que la jurisprudencia española condena como civilmente responsable al empresario cuyo giro consiste en arrendar vehículos sin conductor a terceros.

¹⁷ En la causa “*Petersen con Municipalidad de Iquique*”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 3, 2ª parte, secc. 2ª, p. 86, la Corte de Tacna, en fallo de 24 de noviembre de 1904, revocando el fallo de primera instancia declaró que la Municipalidad no era civilmente responsable ex artículo 2329 CC por el accidente ocurrido al demandante a consecuencia de caer en una zanja abierta por un contratista privado en una calle pública, sin haberse colocado parapeto, iluminación ni señal alguna que previniese del peligro.

¹⁸ El artículo 62 del citado cuerpo legal estableció claramente que “*la responsabilidad extracontractual [de las Municipalidades] procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente*”.

¹⁹ La Ley N° 18.290, publicada en el D.O. el 7 de febrero de 1984, llamada Ley del Tránsito, señaló claramente en su artículo 174 que: “*La Municipalidad respectiva, o el Fisco en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización*”.

²⁰ Así, en el caso *Iñiguez Fernández con Municipalidad de Las Condes*, de 1994, la Corte de Santiago (C. de Santiago de 14 de julio de 1994, en Gaceta Jurídica N° 169, pp. 63 y ss.) condenó a la Municipalidad a pagar los perjuicios sufridos por la demandante con ocasión de la muerte de su marido, ocurrida a raíz del choque del vehículo en el cual viajaba, al intentar esquivar la rotura de pavimento dejada por la reparación de la matriz de agua potable efectuada por un contratista de la Empresa de Agua Potable Lo Castillo.

En efecto, se trata de la responsabilidad civil establecida en la llamada Ley de Protección Agrícola. El artículo 6 de la Ley N° 15.703 de 22 de septiembre de 1964 estableció, por primera vez en Chile, una responsabilidad civil solidaria respecto del que ordena ejecutar la fumigación (sujeto que detenta y explota a cualquier título el predio) y del que la ejecuta (el contratista y su organización), por los daños causados por la aspersión de plaguicidas²¹.

No obstante que la citada disposición legal no era clara en relación con el criterio de imputación (criterio para atribuir el deber de reparar) aplicable los sujetos civilmente responsables (el que encarga la fumigación y el contratista que la realiza), nuestra jurisprudencia entendió que se trataba de una responsabilidad objetiva o sin culpa probada respecto de todos los sujetos pasivos señalados en la ley.

Así, por ejemplo, existe un fallo de nuestra Corte Suprema que, bajo la vigencia de la Ley N° 15.703, condenó como civilmente responsable al dueño de un predio por los daños causados al predio vecino por la negligente fumigación practicada por una empresa contratada especialmente al efecto. Nuestro Tribunal de casación entendió que tanto la empresa de fumigación aérea –cuyo piloto había sido negligente al fumar el predio vecino– como el propietario del predio, que había comprado el herbicida y se lo había entregado al contratista, eran solidariamente responsables frente a la víctima demandante, sin necesidad de discutir siquiera si existía vínculo de subordinación y dependencia entre ambos demandados²².

De esta forma, y aunque el actual texto de la Ley de Protección Agrícola (contenida en el DL N° 3.557) es bastante menos claro en su redacción que la norma derogada²³, es posible sostener que se ha mantenido el criterio de imputación (responsabilidad sin culpa, objetiva o por riesgo) respecto de los posibles sujetos civilmente responsables, de forma que la víctima podría demandar la íntegra reparación no solo a la empresa contratista de la fumigación –y a su dependiente culpable– sino también al que encargó dicho servicio, aunque no exista relación de subordinación y dependencia entre ambos.

Con ello, la responsabilidad estricta establecida en la Ley de Protección Agrícola, en favor de la víctima inocente de productos peligrosos, conlleva una natural extensión de la legitimación pasiva en las acciones indemnizatorias, de forma que los posibles demandados serán solidariamente responsables frente a la víctima del daño causado, con total independencia de si existe o no un vínculo de subordinación y dependencia entre ellos.

3.1.4 Responsabilidad del dueño de obra, empresa o faena por los daños causados a los obreros del contratista o subcontratistas

Desde la entrada en vigencia del Código Civil era claro que el dueño de obra –el que encarga la confección de una obra material al artífice o constructor– no podía ser civilmente

²¹ En efecto, el artículo 6 de la referida disposición legal señalaba: “*Toda persona que ordene ejecutar una fumigación deberá indemnizar a terceros los perjuicios que le ocasione dicha aplicación de pesticidas. Las personas naturales o jurídicas que ejecuten una fumigación o aspersión responderán, solidariamente con el dueño del predio, arrendatario, mediero o mero tenedor que les haya contratado, de los daños que, a los predios vecinos, cauce la fumigación. La acción para obtener la indemnización de los perjuicios provenientes de la aplicación de pesticidas se tramitará, por la justicia ordinaria, de acuerdo a las normas del juicio sumario (...)*”.

²² CS de 27 de noviembre de 1965, en RDJ, t. 62, secc. 1, pag. 445, señaló que “*establecido que, a consecuencia de la propagación al predio del actor, del herbicida expandido mediante fumigación aérea en el predio vecino, se ocasionaron perjuicios en sus frutales y vides; que ni el dueño del predio que ordenó la fumigación, quien adquirió el producto y lo puso a disposición de la sociedad contratada por él para aplicarlo, ni esta, emplearon la debida atención, vigilancia o prudencia que las circunstancias requieran para llevar a efecto la operación*”. Ver también RDJ, tomo 67, secc. 2°, 1970, p. 85; RDJ, tomo 66, secc. 1°, 1969, p. 170.

²³ El DL 3.557, publicado en DO el 9 de febrero de 1981, derogó la Ley N° 15.703, estableciendo claramente una responsabilidad estricta o sin culpa por daños accidentales o inevitables provenientes de la aplicación de plaguicidas. Sin embargo, y con deficiente técnica legislativa, el DL 3.557 no señaló claramente quiénes son hoy los posibles sujetos civilmente responsables (legitimación pasiva). En efecto, en su artículo 36 se limitó a señalar lo siguiente: “*Si al aplicar plaguicida se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, estos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente, dentro del plazo de un año contados desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida*”.

responsable por los hechos o daños imputables a culpa del contratista y de los dependientes de este último.

El artículo 2003 regla 5° CC solo establecía una tímida responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra pero respecto de los salarios impagos a los obreros o dependientes del contratista de obra.

Sin embargo, con la publicación del primer Código del Trabajo en el año 1931, el legislador vino a establecer una responsabilidad civil subsidiaria del dueño de obra, faena o empresa por las prestaciones laborales adeudadas a los obreros de los contratistas y subcontratistas, prestaciones entre las cuales se cuentan las indemnizaciones por accidentes del trabajo. Esta responsabilidad era claramente sin culpa o por riesgo²⁴.

Hoy, la responsabilidad civil subsidiaria del dueño de obra ex art. 64 del Código del Trabajo es claramente una responsabilidad objetiva o sin culpa, establecida en garantía de la insolvencia del empleador directo y no se necesita probar dependencia o subordinación entre el dueño de la obra y el contratista demandado como empleador directo y principal responsable del accidente²⁵.

Con ello, el propietario o dueño de obra puede llegar a ser hoy civilmente responsable (aunque en forma subsidiaria y no directa) por los hechos y daños imputables al contratista o al subcontratista de la obra, siempre que la víctima sea un obrero del empleador directo y aunque no exista relación de dependencia entre el dueño de obra, empresa o faena y el agente directo y material del daño (generalmente otro dependiente del empleador directo).

3.1.5 Conclusión

Como conclusión de este acápite, es claro que cuando la ley ha sustituido o reemplazado la culpa clásica o tradicional por un criterio de imputación diverso, más propio de la responsabilidad estricta u objetiva (por ejemplo, el riesgo creado, la falta de servicio, la garantía patrimonial, etc.), se extiende el ámbito protector de la responsabilidad civil y se disminuye, hasta llegar a desaparecer, la relevancia jurídica del vínculo de subordinación y dependencia.

En estas circunstancias –y bajo estos esquemas de responsabilidad estricta o sin culpa– el empresario puede llegar a ser civilmente responsable por el hecho o daños causados por terceros no dependientes, toda vez que su responsabilidad civil ya no se funda en la culpa propia en la elección o en la vigilancia del que causó el daño. Ahora la responsabilidad civil del empresario es directa y objetiva, al ser titular de una cosa o actividad riesgosa, con

²⁴ El artículo 16 del Código del Trabajo de 1933 señalaba lo siguiente: “El dueño de obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros de este. En los casos de construcción de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encarga la obra sea una persona natural”. Según el propio ALESSANDRI (ob. cit., p. 310, nota 1), al comentar la responsabilidad civil subsidiaria del promulgado Código del Trabajo (este fue publicado el año 1931 y la primera edición de la obra de Alessandri es de 1943) “el fundamento de la responsabilidad del propietario no sería su falta de vigilancia sino el **riesgo profesional**; en otros términos, la ley y no el hecho de tener una persona a su cuidado”.

²⁵ Actualmente existe jurisprudencia que señala que el dueño de obra, empresa o faena es civil y subsidiariamente responsable de los daños ocasionados (perjuicios sufridos) al obrero del contratista producto de un accidente del trabajo Cfr. (i) *Mendoza con Transportes Carrasco Iturra Ltda.*, ROL N° L 26219-94, sentencia de fecha 3 de marzo de 1997, dictada por el 8° Juzgado Laboral de Santiago (sent. no publicada), en la cual –no obstante haberse demandado la responsabilidad solidaria del contratista y de su principal, el Tribunal condenó como responsable civil subsidiario de las indemnizaciones a la empresa Comercial CCU de Santiago S.A. por el accidentes del trabajo acaecido a un obrero de uno de sus contratistas; y (ii) *Fuenzalida con Empresa Constructora IMS Ltda.*, ROL N° L 33862-95, sentencia de 27 de agosto de 1996, dictada por el Sexto Juzgado Laboral de Santiago (sentencia no publicada), en la cual se condenó como responsable civil subsidiario del pago de las indemnizaciones al dueño de obra por el accidentes del trabajo acaecido a un obrero del contratista. Sin embargo, y aunque no es materia de este trabajo, no es posible considerar –como erradamente lo sostienen algunos– que la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo es objetiva o sin culpa pues siempre en el proceso respectivo deberá quedar acreditada la culpa del empleador directo. Sin culpa en este, no hay responsabilidad civil directa ni subsidiaria. Cosa distinta es que, por tratarse, por regla general, de juicios laborales donde se hace efectiva una responsabilidad contractual del empleador, la culpa de este se presume *iuris tantum* y sea el empleador el que tenga la carga procesal de desvirtuar tal presunción legal.

prescindencia de si existe vínculo de subordinación y dependencia con el agente directo y material del daño.

Para avanzar en la presente exposición –y dejando de lado las leyes especiales–, cabe preguntarse: ¿qué sucede con los daños que no están sujetos a leyes especiales, sino que la demanda se fundamenta en el derecho común?; ¿qué sucede con los daños causados por la actividad de empresa no sujeta a estatutos de responsabilidad estricta, objetiva o sin culpa?; ¿qué sucede con el vínculo de subordinación y dependencia en casos donde solo se puede aplicar el Código Civil y la doctrina de la culpa?

3.2 Paulatino surgimiento de una nueva realidad empresarial no sujeta a leyes especiales de responsabilidad estricta, objetiva o sin culpa

En primer término cabe señalar que los jueces se han ido dando cuenta que hoy muchas empresas –en su afán por mejorar los productos que entregan y los servicios que prestan al cliente– no solo utilizan el trabajo de sus propios obreros y empleados, sino que acuden a diversas formas de colaboración empresarial para servirse del trabajo ajeno.

Así por ejemplo:

1. Algunos hospitales suelen encargar los exámenes de sangre –y su correspondiente calificación– a laboratorios externos, de forma tal que la sangre de los pacientes que han ingresado al hospital, es examinada y calificada por los empleados de un laboratorio autónomo, que cuenta con personal e instrumental propios.
¿Qué sucede si por un lamentable error, los dependientes del laboratorio externo no detectan en la muestra de sangre enviada por el hospital, la presencia de un determinado antígeno y, luego de ser transfundida al paciente en el hospital, se muere este último? ¿Puede la víctima demandar al hospital por la negligencia de los empleados del contratista?
2. Las empresas de distribución eléctrica suelen contratar la mantención y la reparación de sus torres de alta tensión con contratistas especializados en el rubro.
¿Quién responde si por negligencia de un empleado del contratista se electrocuta un tercero o se incendia un edificio vecino?
3. Los establecimientos de comercio que reciben dinero en efectivo (bancos, supermercados, etc.) o donde se ofrecen entretenciones de diversa índole (por ejemplo, parque de entretenciones, discotecas, etc.) suelen contratar los servicios de vigilancia y seguridad con empresas privadas, las que proporcionan el personal y el equipo necesario para prevenir y mitigar conductas delictivas.
¿Qué sucede si, por exceso de celo en el cumplimiento de su deber, un empleado de la empresa de vigilancia causa la muerte o lesiones graves a un cliente que había ingresado al establecimiento? ¿Debe responder el banco, supermercado, la discoteca, etc. o se trata de los actos de un contratista independiente?
4. Las empresas productoras de bebidas (y también las de correo y las de distribución de combustible) suelen contratar los servicios de transporte y distribución de sus productos con empresarios unipersonales que son dueños de uno o más vehículos los que, además, se encargan de “poner” al conductor.
¿Qué sucede si el conductor de este camión causa un accidente producto de un lamentable error humano? ¿Debe responder la empresa productora de bebidas, de correos o la distribuidora de productos o la responsabilidad se radica (y se “detiene”) en el empleador directo del conductor culpable?
5. Modernamente, las concesionarias de caminos públicos –en virtud de lo señalado en la Ley de Concesiones de obra pública y en las Bases de Licitación– suelen contratar el servicio de asistencia al usuario (por ejemplo, el servicio de grúa o de ambulancia) con empresas contratistas experimentadas en el rescate, primeros auxilios y transporte de los accidentados en la ruta al hospital más cercano.

¿Qué sucede si por culpa del conductor empleado de la empresa contratista, choca el vehículo y muere el herido que era transportado al hospital más cercano? ¿Puede la víctima demandar a la empresa concesionaria o solo puede hacerlo respecto de la contratista por una supuesta culpa *in eligendo vel vigilando*?

En todos estos casos, y aplicando los criterios tradicionales, la víctima solo podría demandar, y eventualmente obtener una reparación, al empleador directo del agente material y culpable del daño. No cabría entender que existe un vínculo suficiente que legitime hacer civilmente responsable al que encargó el servicio y pagó un precio por él.

3.3 Modernos criterios para hacer surgir y dar por establecido el vínculo necesario para hacer civilmente responsable por el hecho ajeno al empresario demandado

La doctrina y la jurisprudencia extranjeras han ido recogiendo esta marcada división del trabajo y esta decidida colaboración empresarial, para llegar a sostener que un empresario podría llegar a ser civilmente responsable por los hechos de un contratista externo, toda vez que se pruebe que este último, y su personal, forman parte de la organización empresarial del primero al momento de causarse el daño²⁶.

¿Cuándo el hecho culpable de los empleados de un contratista podría hacer civilmente responsable al empresario principal?

A este respecto la jurisprudencia extranjera ha señalado varios criterios para dar por establecido el vínculo necesario o suficiente para hacer civilmente responsable al empresario demandado. Sin embargo cabe destacar que ninguno de los criterios que voy a exponer son suficientes, por sí solos, para dar por establecido el vínculo y, con ello, hacer civilmente responsable al empresario demandado²⁷.

a) El grado de control y dirección técnica que tenga o se reserve el empresario demandado

Este punto es de crucial importancia y constituye, quizá, el criterio más utilizado por la jurisprudencia extranjera para determinar si existe o no el vínculo suficiente entre empresario demandado y el contratista culpable.

Mientras mayor sea el grado de control y dirección técnica que tenga o se reserve el empresario demandado sobre la actividad de su contratista y del personal utilizado por este, mayor es la posibilidad que se dé por establecido el referido vínculo y se haga civilmente responsable al empresario demandado.

De esta forma, cuando el empresario principal mantiene o se reserva el control superior sobre todo o parte de la organización del contratista –y sobre la forma como este realiza la prestación objeto del contrato principal–, es muy posible que el juez lo tenga en consideración para dar por establecido el vínculo y hacer civilmente responsable al primero.

Asimismo, y según la doctrina extranjera más autorizada²⁸, no se requiere que el empresario haya ejercido efectivamente dicho control sino que basta que haya tenido la posibilidad

²⁶ En el Derecho Comparado se observa, por influencia de las doctrinas sobre la responsabilidad objetiva o sin culpa –las que, a su vez, están influidas por la nueva realidad económica imperante en los países desarrollados–, una tendencia a reconocer la relación de subordinación y dependencia en supuestos en que la tutela, la dirección y el control de la empresa demandada como civilmente responsable sobre el auxiliar/agente directo del daño es cada vez más lejana, leve, mediata y genérica. Cfr. EÓRSI, G., *Private and governmental liability for torts of employee and organs*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), Chapter IV, 1975, pp. 24 y ss.

²⁷ Una excelente primera aproximación al tema puede encontrarse en CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 97 y ss. Esta obra tiene especial interés para Chile pues se trata de un comentario a la jurisprudencia surgida en la aplicación e interpretación de un Código Civil (el español) idéntico al nuestro en esta materia (responsabilidad civil del empresario por culpa presunta). También puede verse la excelente enumeración realizada, para el *common law* norteamericano, por los comentarios al artículo 220-2 del *Restatement (2d.) of Agency, and comments*, 1958. Por último, y para el derecho civil continental, estos nuevos criterios pueden encontrarse en TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 82 y ss.

²⁸ Cfr. TRIMARCHI, P., ob. cit., pp. 83 y FLEMING, J. G., ob. cit., pp. 343 a 345.

de hacerlo, reservándose el derecho de poder intervenir —en cualquier grado o medida— en el resultado de la obra, trabajo o servicio encargado al contratista. Por ello, la jurisprudencia ha señalado que basta que dicho control y dirección técnica sobre el contratista sea potencial, no siendo necesario que se ejerza de hecho.

Además, y en este sentido, es muy importante saber si el dueño de obra, faena o empresa, o su compañía aseguradora, en la práctica, han dado órdenes e instrucciones sobre algún aspecto de la faena encargada al contratista, pues si así fuere, dichas órdenes e instrucciones podrían llegar a servir como antecedente para dar por establecido el vínculo entre el asegurado demandado y el contratista respectivo, aunque el primero no se hubiere reservado el derecho a dar dichas órdenes.

Incluso algunos autores hablan del control y la dirección del riesgo de la actividad del contratista: ¿quién contrató y pagó los seguros de responsabilidad civil que cubrían ese daño?, ¿quién es el beneficiario del seguro de responsabilidad civil contratado por el contratista culpable?

b) Semejanza entre el giro del empresario principal y el del contratista culpable

Mientras mayor sea la semejanza, cercanía o afinidad entre el giro o tráfico habitual del empresario demandado y el de su contratista, mayor es la posibilidad de dar por establecida la responsabilidad civil del primero.

De esta forma, si el empresario demandado tiene un giro amplio —que incluye expresamente el giro de su contratista— y, con ello, el trabajo o servicio encomendado a este último es solo una especificación del giro amplio del empresario demandado, ello podría servir de criterio para considerar que el contratista y su personal pertenecen a la organización del empresario principal.

En cambio, cuando el contratista tiene un giro totalmente independiente y distinto del giro del empresario demandado, es más difícil que se entienda que forma parte de la organización empresarial del demandado.

c) Complejidad técnica del trabajo encomendado al contratista

Por otro lado, mientras más especializado y técnicamente complejo sea el trabajo encargado al contratista, menor es la posibilidad de que se configure el vínculo de subordinación y dependencia pues se entiende que dicho trabajo es realizado por el contratista y su personal de acuerdo a las reglas de su propia ciencia o arte, respecto de la cual el empresario principal no tiene dirección, control o tuición alguna.

d) Propiedad de los instrumentos, materiales y herramientas utilizadas por el contratista y su personal

En este sentido, también es importante saber a quién pertenecen la maquinaria, los instrumentos, el material y las herramientas utilizadas por el dependiente que causó culpablemente el daño.

Mientras más instrumentos, materiales, herramientas y personal deba proporcionar o suministrar el empresario a su contratista, mayor es la posibilidad de entender que existe subordinación funcional porque implica una mayor presencia del empresario demandado en las faenas realizadas por el contratista.

e) Duración y permanencia de la relación de servicio entre el empresario demandado y la organización de su contratista.

Mientras más larga y permanente sea la relación contractual o servicial entre el empresario demandado y su contratista culpable —incluso, con cláusulas de exclusividad, confidencialidad y no competencia— mayor probabilidad existe de que se dé por establecida la existencia del vínculo.

f) Contratación y pago por los servicios del contratista culpable

También se ha considerado importante determinar quién contrata y quién paga la remuneración del contratista de especialidades y de su personal.

Si el contratista culpable fue elegido y contratado directamente por el cliente o usuario afectado, es claro que no existe subordinación entre el empresario demandado y el contratista respectivo pues el vínculo se formó directamente entre el usuario o cliente demandante y este último, sin tener participación alguna el empresario demandado. Así, por ejemplo, cuando el paciente que ingresa al hospital, se dirige luego a los servicios de un laboratorio externo, pagando directamente allí los exámenes de sangre que luego resultaron errados o insuficiente, es claro que dicho laboratorio es un contratista independiente y el hospital, en principio, no sería civilmente responsable por el hecho imputable a aquel.

Sin embargo, si el contratista y su organización fue elegido libremente, contratado y pagado directamente por el empresario demandado –y, además, entre ellos acordaron un sistema de pago por administración o participación y no a suma alzada– es muy posible que se entienda configurado el vínculo necesario para hacer surgir la responsabilidad por el hecho ajeno.

g) Texto de las cláusulas contractuales

Por otro lado, es importante estudiar con detención el texto del contrato que une al empresario demandado y al contratista.

En efecto, si en el texto del contrato las partes han señalado claramente que la empresa contratista es una empresa autónoma en su organización y riesgos; que es un especialista en la materia objeto del contrato, que cuenta con personal, maquinaria e instrumentos suficientes para cumplir con plena autonomía el encargo objeto del contrato; que su personal no tendrá vínculo de subordinación alguna con la principal y que puede dar término al contrato por determinadas causales imputables al principal; que no existe exclusividad; que será el único responsable por daños a terceros, etc., ello es buen indicio para entender que no existe vinculación alguna entre ellas que de origen a la responsabilidad civil del principal²⁹.

h) Apariencia, distintivos externos o imagen corporativa

Es también importante considerar que si el empresario demandado ha obligado o ha exigido a su contratista, y a los vehículos y al personal de este último, a usar los distintivos externos o símbolos de imagen corporativa de la empresa principal, de forma tal que el contratista y sus empleados –frente a terceros– dan la imagen de pertenecer al personal y organización del principal. Si ello es así, existiría un buen indicio para dar por establecido el vínculo de dependencia funcional con el empresario demandado.

i) Vinculación patrimonial del empresario con el contratista

Aunque todavía este criterio no ha sido pacíficamente aceptado por la doctrina ni aplicado expresamente por los tribunales, es interesante considerarlo pues suele estar detrás –como un criterio subconsciente– de algunas decisiones judiciales.

En efecto, mientras mayor sea la vinculación patrimonial del empresario con su contratista –por ejemplo, si este último es una filial de la empresa demandada– podría entenderse que la filial forma parte de la organización empresarial de la matriz y, por tanto, los daños causados por los dependientes del contratista, obligar al empresario demandado.

²⁹ Sin embargo, es posible que el demandante alegue que dichas cláusulas, al estar insertas en un contrato del cual no forma parte, le son inoponibles por falta de consentimiento.

- j) Naturaleza del vínculo jurídico previo entre el demandante y el demandado: la subcontratación de especialidades

Por último, es importante analizar si el empresario demandado había asumido alguna obligación previa para con la víctima/demandante, es decir, es conveniente estudiar si, con anterioridad a la elección y contratación del contratista, el empresario demandado había asumido algún tipo de obligación para con el demandante, cuyo incumplimiento causó el daño cuya reparación se demanda.

En este sentido, si el empresario demandado tenía una obligación previa para con el demandante y solo acudió al contratista con el objeto de que le ayudara a cumplir con esta obligación (por ejemplo, el hospital solo acudió al laboratorio clínico para poder cumplir su obligación de prestación asistencial íntegra y segura respecto del paciente), es claro que ha existido una subcontratación de parte del empresario demandado y este es civilmente responsable de los actos del subcontratista –sobre todo frente al acreedor de dicha obligación–, aunque no se demande la responsabilidad contractual sino lo extracontractual o aquiliana.

La subcontratación de obras o servicios es un índice o criterio que ayuda a dar por establecido el vínculo entre la empresa principal y el subcontratista, de forma tal que la víctima podría demandar –si concurren todos o algunos de los criterios anteriormente señalados– al subcontratista y al contratista principal, máxime si el demandante es el propio cliente o usuario del servicio.

V. CONCLUSIONES

Es evidente que, en las últimas décadas, se ha ido produciendo un paulatino –pero claro– proceso de objetivación de la responsabilidad civil del empresario, en el sentido de que este ya no solo responde por la culpa personal y probada, sino también por el riesgo creado por su organización. De esta forma, cada día se hace más difícil para el empresario demandado exonerarse de la obligación de pagar la indemnización que se le demanda.

Esta objetivación se ha producido vía legislativa (promulgación de leyes especiales) y también vía jurisprudencial (interpretación extensiva del Código Civil).

El proceso de objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empresario ha sido amplio y profundo, afectando los tres grandes pilares de esta especial clase de responsabilidad civil: (i) su fundamento o naturaleza jurídica; (ii) el llamado vínculo de subordinación y dependencia; y (iii) las extralimitaciones exonerativas.

Por otro lado, también es claro que el vínculo de subordinación y dependencia –como requisito jurídico para hacer surgir la responsabilidad del empresario en el Código Civil– es un concepto directamente deudor del esquema de responsabilidad civil aplicable en el país respectivo. Así, en países donde se ha consagrado legalmente un régimen de responsabilidad por culpa presunta (en la elección o en la vigilancia), la doctrina y la jurisprudencia estarán más inclinadas a considerar que la subordinación y dependencia solo surge cuando existe un contrato de trabajo u otro que otorgue al empresario un efectivo derecho de control y dirección sobre los hechos o actos del dependiente. En cambio, en la medida que un ordenamiento jurídico acepte la vigencia o la aplicación práctica de un sistema de responsabilidad más estricto, es decir, a medida que el fundamento de la responsabilidad civil se aleje de la culpa y se acerque al riesgo creado, existe mayor posibilidad de que se extienda el vínculo de subordinación y dependencia civil, haciendo responder al empresario por un cada día más amplio abanico de sujetos, siempre que se pruebe que todos ellos forman parte o integran la organización empresarial del demandado (los daños causados por terceros que no forman parte de la organización del empresario demandado no son riesgo que este pueda asumir y respecto de los cuales deba indemnizar).

Con ocasión de esta paulatina objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil, los tribunales extranjeros se han sentido cada días más inclinados a considerar que algunos

contratistas de especialidades y sus empleados forman parte de la organización empresarial del empresario principal, haciendo civilmente responsable a este por los hechos de aquellos³⁰.

Sin embargo, y en relación con nuestro sistema de responsabilidad civil, es claro que el esquema culpabilístico recogido y consagrado por nuestro Código Civil (arts. 2320.4 y 2322 CC) en relación con la responsabilidad civil del empresario (culpa en la elección y vigilancia) ha significado un importante escollo para desarrollar con claridad los criterios para dar por establecido, o negar, el denominado vínculo de subordinación y dependencia.

En otras palabras, no podemos negar que el régimen de responsabilidad por culpa presunta disminuye –hasta casi hacerla desaparecer– la relevancia jurídica del llamado vínculo de subordinación y dependencia. En efecto, este vínculo es muy importante en países donde se ha recogido un régimen de responsabilidad vicaria³¹, pero no en países, como el nuestro, que solo tienen un sistema de responsabilidad por culpa en la elección y vigilancia.

Nuestro sistema establece y reconoce una acción directa de la víctima contra el empresario responsable sin que sea relevante, en la práctica, establecer la existencia o no de un vínculo de subordinación entre el primero y el agente directo del daño. En Chile, la responsabilidad del empresario es, en el fondo, por hecho propio y no por el hecho ajeno. Por ello, lo importante es que, en el juicio respectivo, se logre dar por acreditada la culpa del empresario demandado en relación con los hechos, actos u omisiones que causaron directa y materialmente el daño, sin que llegue a ser importante el vínculo que lo une con el agente directo y causante material del daño. A lo más, la naturaleza de dicho vínculo, y sus características particulares, ayudarán al juez a adquirir la convicción de que hubo culpa en el empresario o que, por el contrario, el demandado es inocente del daño cuya reparación se le demanda.

En efecto, los juicios de responsabilidad civil del empresario por el hecho ajeno en Chile se suelen centrar en dos extremos fundamentales: (i) el daño y (ii) la culpa o negligencia del demandado. Con ello, el vínculo de subordinación y dependencia no es un aspecto relevante en dichos juicios ni suele ser objeto de discusión casacional. En la práctica nacional, el vínculo de subordinación y dependencia suele ser asumido como un elemento o antecedente más para determinar si existió o no de culpa efectiva en el empresario demandado, sin que exista discusión –y menos control en casación– respecto de los criterios necesarios o suficientes para dar por establecido el requisito en estudio³².

Sin embargo, creemos que los criterios que se han ido estableciendo en el derecho extranjero para determinar cuándo existe la subordinación y dependencia civil y cuándo no, podrían ayudar a nuestra jurisprudencia para orientar sus futuros fallos, sobre todo frente a las nuevas formas de colaboración empresarial.

Ello es particularmente importante en países como el nuestro, donde –al estar vigente un régimen de responsabilidad por culpa presunta– existe el peligro, siempre latente, de extender en demasía (*pro damnato*) el concepto de culpa, haciendo responder al empresario por un cada día mayor (e indeterminado) número de personas, respecto de las cuales habría existido una “presunta” culpa en la elección y, sobre todo, en la vigilancia³³. Incluso dentro de la

³⁰ Cfr. FLEMING, J.G., *The law of torts*, 7ª edición, The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1987, pp. 348 y 349.

³¹ Para entender cómo opera el régimen de responsabilidad vicaria puede consultarse ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente en el Código Civil francés*, en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Libro Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1996, pp. 463-515.

³² Uno de los pocos casos en que, bajo los esquemas propios de la culpa, se condenó como civilmente responsable al empresario por el hecho del dependiente, describiendo varios de los criterios aquí explicados, se encuentra en el fallo de la C.S. de 28 de junio de 1939, publicada en la R.D.J. t. 37, II, 1, pp. 94 y ss. En esta sentencia se condenó como civilmente responsable, antes de la publicación de primera Ley del Tránsito y solo en aplicación del Código Civil, al empresario demandado (empresa de combustibles) por el daño culpablemente causado por el conductor de un contratista (empresario individual dueño del camión que repartía el combustible).

³³ En este sentido, consideramos que uno de los mecanismos de objetivación aplicado por nuestra jurisprudencia en relación con el vínculo de subordinación y dependencia se traduce en señalar que se trata de una cuestión de hecho que se genera en la práctica sin que se necesite que dicho vínculo tenga determinadas características, requisitos o modalidades. En efecto, siguiendo una antigua doctrina enseñada por DEMOGE, R. (*Traité des obligations en général*, tomo V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, p. 82), y repetida por

doctrina de la responsabilidad estricta por riesgo de empresa siempre se ha considerado necesario determinar (poner un límite) cuáles son los riesgos propios, típicos o inherentes al giro o tráfico del empresario demandado pues este solo debe asumir los primeros pero no los que escapan a su esfera de control de riesgos³⁴.

En este sentido, siempre será necesario establecer criterios que guíen a nuestra jurisprudencia en este proceso de objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil, de forma que –bajo la intención de proteger a la víctima inocente– no se amplíe en demasía el concepto de culpa, llegando a vaciarla de todo contenido normativo.

Por ello es claro que la jurisprudencia de los tribunales tiene y seguirá teniendo un papel protagónico a la hora de determinar la forma como opera, en la práctica, este moderno derecho de daños y, concretamente, la responsabilidad civil del empresario por el hecho de terceros.

En todos los casos de responsabilidad civil de la empresa –y sobre todo en los casos de responsabilidad extracontractual–, es necesario aplicar un criterio jurídico para saber si el empresario asegurado es –o puede llegar a ser– civilmente responsable del siniestro causado por el personal del contratista, criterio que solo puede entregar quien ha estudiado y conoce a fondo la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

ALESSANDRI, se ha señalado en Chile que la calidad de dependiente es más bien un estado de hecho que una relación jurídica. La calidad de dependiente no proviene de la forma de designación, sino del hecho de estar al servicio de otro. No interesa que la relación o el vínculo de subordinación provenga de un contrato, válido o nulo, típico o atípico, que sea remunerada o gratuita, temporal o permanente, etc; lo único que importa es que, de hecho, el agente directo y material del daño esté al cuidado o control del empresario demandado al momento de causar el daño. Cfr. C. de Santiago, 22 de junio de 1987, en Gaceta Jurídica N° 84, 3 (junio), 1987, p. 78. Aunque entendemos que esta postura tiene una clara ventaja para la víctima demandante –y, además, se adecua plenamente con el sistema de culpa presunta– no se puede negar que tiene el grave defecto de desperfilar el requisito en estudio e impedir que se configure una clara doctrina jurisprudencial sobre la materia. Incluso, al señalarse que esta (la determinación de si existe o no vínculo de subordinación y dependencia) es una cuestión de hecho que solo corresponde a los jueces del fondo decidir, se está privando a la Corte Suprema de la posibilidad que reconozca y establezca claros criterios para dar por establecido el vínculo de subordinación y dependencia.

³⁴ Por ello los autores angloamericanos –y la jurisprudencia surgida en aplicación del *common law*– se han esforzado por enumerar los requisitos para dar por establecido el llamado vínculo de subordinación y dependencia, siendo una guía de extraordinaria eficacia para los jueces del fondo. Sin embargo, también ellos son conscientes que, dada la actual transformación que está experimentando la responsabilidad civil y el moderno quehacer empresarial, es muy difícil determinar *a priori* cuáles son los requisitos o características que debe reunir dicho vínculo para hacer civilmente responsable al empresario demandado por el hecho ajeno.