

A propósito del vínculo de dependencia y el ámbito de vigilancia del empresario, con ocasión de la sentencia de la Corte Suprema, de 27 de mayo de 2019, Rol N° 4350-2018 (“Arellano Garrido, Mario con Cencosud Retail S.A.”)

About the bond of dependence and the borders of the entrepreneur’s surveillance, from the Supreme Court’s ruling of May 27th, 2019, N° 4350-2018 (“Arellano Garrido, Mario v. Cencosud Retail S.A.”)

BRANCO ARAVENA CUEVAS¹ Y ARACELLI CABALLERÍA MORALES²

RESUMEN

Recordemos, primeramente, que la responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente precisa: (1) la concurrencia de un vínculo de dependencia o cuidado entre el primero y el segundo, (2) que el dependiente sea capaz y (3) que el dependiente cometa un ilícito dentro del ámbito de vigilancia del empresario. Al respecto, nuestros esfuerzos se orientarán a revisar tanto el primer como el tercer elemento. En lo que atañe al primero, tendremos en consideración que actualmente se entiende ampliamente como un vínculo no solo de configuración jurídica, sino que también de delimitación fáctica, lo que puede resultar problemático si no se proporcionan criterios concretos para determinar este asunto. Para ello nos valdremos de la diada verticalidad-horizontalidad de los elementos que componen la organización empresarial. En cuanto al segundo de estos, nos referiremos a la delimitación del

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Diplomado en Derecho de Contratos y Responsabilidad Extracontractual por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, mención Derecho Civil, de la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Correo: branco.aravenacuevas@gmail.com

² Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Diplomado en Derecho del Mar y Marítimo de la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, de la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Correo: aracelli.caballeria@gmail.com

ámbito de vigilancia del empresario y a algunos criterios para ello, habida cuenta de la lectura amplia que proporciona el fallo sobre este parámetro. Nos serviremos para este propósito de la sentencia de la Corte Suprema dictada en la causa Rol N° 4350-2018, de 27 de mayo de 2019, la que nos permitirá esbozar los comentarios con arreglo a lo anotado previamente. Acto seguido, abordaremos sucintamente algunas situaciones que pueden resultar problemáticas para el intento del empresario de eximirse de responsabilidad, tales como la culpa *in eligendo*, la culpa en la organización y la responsabilidad *in solidum*, y cómo aquel puede lidiar con ellas. Cerraremos con algunos comentarios finales.

Palabras clave: responsabilidad del empresario, vínculo de dependencia, ámbito de vigilancia.

ABSTRACT

Firstly, we have to bear in mind that the entrepreneur's civil responsibility on his dependent's action relies on: (1) a bond of dependence or care between both individuals, (2) on the capability of the dependent, and (3) that the dependent commits and offense within the borders of the entrepreneur's surveillance. Regarding that matter, we will focus both in the first and third element. On the first, we will consider that is generally accepted the notion exceeds a legal configuration only, and it implies a factual delimitation as well, which can become problematic if proper criteria are not established. With that in mind, we will use the elements of verticality-horizontality of enterprise organization. Regarding the second of these, we will approach the surveillance aspect of the entrepreneur, and criteria for its delimitation. For this purpose, we will apply the Supreme Court sentence in the cause N° 4350-2018, May 27, 2019. This will allow us to provide further analysis regarding the previously set. Thereupon, we will approach some possibly problematic situations for the entrepreneur's attempt of liability exemption, such as fault in selecting, fault in the organization and in solidum liability. We will end this work with some final comments.

Keywords: entrepreneur's civil liability, bond of dependence, borders of the entrepreneur's surveillance.

1. Los hechos del caso

De acuerdo con los considerandos segundo y tercero del fallo en análisis, los hechos son principalmente los siguientes: el día 2 de marzo de 2012, M.A.B. concurrió al supermercado Santa Isabel, ubicado en la comuna de La Granja, con la intención de utilizar las máquinas de juego ubicadas en su interior, donde perdió su dinero. Habiéndose percatado de ello, P.V., quien cumplía funciones de guardia de seguridad en el referido supermercado, ofreció dinero al joven para que siguiera jugando. Luego lo condujo a un cuarto con puerta metálica, lugar en que agredió sexualmente al adolescente, hecho por el cual el guardia fue condenado como autor del delito de violación, en virtud de sentencia ejecutoriada de fecha 2 de agosto de 2012.

A mayor abundamiento, es del caso que Cencosud Retail S.A. (en adelante “Cencosud”) celebró, con fecha 9 de agosto de 2010, un contrato de prestación de servicios de vigilancia con la empresa Schofield y Alfaro Limitada (Alfa Chile Seguridad), el que se mantuvo vigente hasta el 30 de enero de 2016. Sumado a esto, el día en que se cometió el ilícito estaba a cargo el jefe de turno de Alfa Chile Seguridad. Finalmente, P.V. no contaba, a la fecha de los hechos, con credencial de guardia de seguridad para la empresa a la que prestaba servicios.

En primera instancia, el Octavo Juzgado de Letras de Santiago acogió la demanda de indemnización de perjuicios. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, rechazó la demanda, fundando esta decisión principalmente en la inexistencia de un vínculo jurídico —concretamente laboral— entre el dependiente y Cencosud, por cuanto el primero prestaba servicios para Alfa Chile Seguridad, razón por la que el empresario demandado no contaba con legitimación pasiva.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante, decidió acogerlo, justificando su decisión en una lectura amplia y fáctica del vínculo de dependencia, en términos que no se requiere formalización de este vínculo, sino que se caracteriza —según se consigna en el párrafo sexto del considerando undécimo— por la “autorización expresa o tácita del principal que [sic]

alguien gestione en su interés un determinado negocio o realice una tarea siguiendo sus instrucciones, órdenes y orientaciones”, de modo tal que la calidad de dependiente “no proviene de la forma de su designación sino del hecho de estar al servicio de otro”³. Agrega que la situación fáctica da cuenta de la existencia de una relación de subcontratación, por cuanto el agente dañoso es un sujeto que se desempeñaba para la empresa Alfa Chile Seguridad. Esta contrató Cencosud para que le prestara servicios de vigilancia privada, razón por la que, si bien Cencosud exteriorizó las labores de seguridad de su negocio, aquello no obsta a que resulte obligado como tercero civilmente responsable.

2. Verticalidad y horizontalidad de los elementos de la organización empresarial

Teniendo en claro los hechos de la sentencia, comencemos con el análisis que nos convoca.

Para la delimitación del vínculo de dependencia es indispensable tener dos ideas a la vista: en primer lugar, el fallo en comento nos recuerda que, hoy en día, el vínculo de dependencia no solo queda precisado por una conexión jurídica estricta (como, por ejemplo, cuando hay de por medio un contrato de trabajo), sino que también puede configurarse a partir de elementos fácticos, como cuando se imparten instrucciones sin necesidad de una relación contractual. En segundo término, que el empresario, para el logro de sus objetivos, incorpora a su organización una serie de elementos que le asisten en la consecución de este fin, contando con la entrega de bienes y prestación de servicios de terceros ajenos a su estructura.

Dada la amplitud del vínculo, así como la integración de diversos elementos a la organización empresarial, deviene necesario precisar cuándo es que realmente podemos asumir la existencia de un vínculo de dependencia o cuidado con cargo al empresario, pues, tal como refiere el profesor Pedro Zelaya (2002) “es claro que 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 del vínculo de subordinación y dependencia.” (p. 103).

Para ello, en razón de lo anterior, es posible acudir a la distinción entre verticalidad y horizontalidad de los agentes de la estructura empresarial (Aravena et al., 2019, pp. 97-98). Habrá verticalidad cuando exista una situación de jerarquía, perfilándose de este modo una relación de subordinación. Por ejemplo, como la vinculación entre un cirujano jefe y los cirujanos asistentes. En cambio, habrá horizontalidad cuando la relación entre profesionales, habida cuenta de su grado de formación, competencia e independencia, se dé en situación de igualdad (Bastidas, 2018, p. 143).

A propósito de lo que venimos comentando, dos fallos servirán para esclarecer lo anterior de mejor manera. En primer lugar, es ilustrativo un fallo de la Corte Suprema (*Zúñiga y otros con Fundación Hospital Parroquial San Bernardo*, 2016), con ocasión de un recurso de casación en el fondo. Este versa sobre un daño provocado por la permanencia de una compresa en la zona abdominal de una paciente sometida a un procedimiento de cesárea (a pesar de haberse realizado un doble conteo de estos elementos), lo que a su vez causó la perforación del intestino de la víctima, razón por la que debió ser intervenida en una segunda ocasión. La actora optó por demandar al hospital, fundando su pretensión en la responsabilidad por hecho ajeno, debido al ilícito de la arsenalera, quien no habría reparado en que la compresa quedó al interior de la demandante.

³ La Corte Suprema reproduce la fundamentación expuesta en el considerando noveno de *Cáceres Campos, Cecilia con Constructora Santa Fe* (2010).

Lo relevante de este fallo son dos puntos: la lectura amplia del vínculo de cuidado o dependencia, esto es, no solo de configuración jurídica, sino que también de delimitación fáctica; y, naturalmente, que para existir responsabilidad del principal debe —a lo menos— existir el referido vínculo. Respecto del primer elemento, conviene traer a colación lo señalado en el considerando sexto de la sentencia:

“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 remunerado o gratuito, 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.”

Por su parte, en lo que atañe al segundo aspecto, debemos tener a la vista el considerando séptimo, motivo en el que se ofrecen las razones por las que no se configura el vínculo respecto del demandado:

“En efecto, del tenor del recurso que en síntesis se ha reseñado en el motivo quinto, se desprende que los errores de derecho denunciados se sustentan en que se habría rechazado la demanda no obstante, que tanto la arsenalera como la pabellonera estaban bajo la supervisión del Director Clínico del Hospital, lo que haría al demandado responsable por el hecho de aquéllas dentro del pabellón quirúrgico, específicamente por lo ocurrido en el conteo de compresas. Sin embargo, esa circunstancia fáctica no quedó asentada en el proceso, toda vez que en la sentencia en análisis, se determinó que la intervención quirúrgica que se practicó con fecha 13 de octubre de 2009, estaba bajo la supervisión de la médico tratante doña Dra. María Daniella Cayazzo Manzi, y que la obligación en el conteo de las compresas recaía exclusivamente en la arsenalera, en este caso de doña Antonia Jiménez, quien formaba parte del equipo médico de la doctora antes mencionada, y no se encontraba relacionada bajo vínculo alguno con el demandado, ni tampoco estaba al cuidado y control de éste, sino que de la Dra. Cayazzo en su calidad de médico tratante y jefe del equipo que intervino en la cirugía.”

De este modo, queda de manifiesto que no hay una relación vertical (o jerarquizada) entre el hospital y la arsenalera, sino que hay una relación de horizontalidad entre el primero y el equipo médico.

Otro caso (*Knoop con Serrano Mac Auliffe Corredores de Seguro y otro*, 2018) que nos puede servir se trata de una demanda de indemnización de perjuicios con ocasión de las consecuencias que desencadenó el hecho de haber confiado a Raimundo Serrano Mc Auliffe, Corredores de Bolsa S.A., la realización de diversas inversiones respecto de acciones transadas en la Bolsa de Comercio de Santiago. Serrano hizo un uso indebido de los títulos de sus clientes, enajenándolos sin su consentimiento, por lo que se atribuyó responsabilidad a la Bolsa por los hechos de la mencionada corredora.

A propósito del deber de vigilancia de la Bolsa de Comercio de Santiago, el fallo consigna en el considerando duodécimo:

“Que de lo que se viene narrando y sin perjuicio de las facultades que la ley le otorga a la demandada, no se está en presencia de una presunción de culpa o de responsabilidad culpable, en los términos del artículo 2320 del Código Civil. Cabe recordar que la atribución de responsabilidad se fundamenta en el deber de vigilancia o en el deber de correcta selección que tienen ciertas personas respecto de otras. Tal presunción se aplica a toda persona que, por cualquier razón, tiene un deber de cuidar o vigilar los actos de otra.

Al tenor de las disposiciones del Título VII de la Ley N 18.045, no es posible advertir que sobre la demandada recaiga un deber de vigilancia sobre las corredoras. Sus facultades de control sobre los

agentes que en ella operan se encuentran limitadas y, en algunos casos, supeditadas a la posterior decisión de la Superintendencia de Valores y Seguros, lo que impide entender que las corredoras se encuentren bajo su cuidado o dependencia. Por el contrario, tanto las Bolsas como las corredoras forman parte del mercado de valores, con los deberes y obligaciones que la ley les impone, cuya regulación, actuación y fiscalización, en última instancia, recae sobre la autoridad administrativa.

Ninguna de ellas depende o se encuentra bajo el cuidado de la otra, más bien forman parte de un engranaje que da vida al sistema bursátil, de manera que la demandada no se encuentran [sic] en una posición de guardián, como sostiene el recurrente en su arbitrio.”

Este caso resulta interesante por cuanto nos encontramos, en realidad, con dos relaciones verticales: por un lado, el vínculo entre la Superintendencia y la Bolsa de Valores, ya que las facultades de fiscalización de esta última se encuentran supeditadas o controladas por la primera; y, por otro, una vinculación entre la Superintendencia y la corredora, ya que es la primera quien efectivamente ocupa la posición de principal respecto de la segunda. Así las cosas, la Superintendencia, en su posición de autoridad administrativa, es quien tiene en última instancia el deber de regulación, actuación y fiscalización tanto de la Bolsa como de la corredora. Por consiguiente, entre la corredora y la Bolsa hay una relación horizontal, con independencia de que operen —como se apunta en la sentencia— como una suerte de engranaje.

El criterio anterior, estimamos, resulta aplicable a aquellos casos en que el empresario se sirve de las operaciones de un contratista independiente, por lo que surge, en consecuencia, la siguiente pregunta: ¿debe el empresario responder por los hechos del contratista independiente o los dependientes de este último? Convendrá para ello prestar atención a una serie de parámetros, tales como: que se contrate a un tercero experto (Barros, 2020, p. 194) que preste un servicio por cuenta y riesgo propio (Elorriaga, 2010, p. 728), que el giro del contratista prácticamente no guarde conexión con la actividad del empresario (ibid.); si el empresario dirige o controla el trabajo encargado al contratista (Rodríguez, 2015, p. 2348), entre otros.

Pues bien, aprovisionados de lo anterior, podemos evaluar la decisión de la Corte. En tal sentido, creemos que condenar a Cencosud no parece correcto, por cuanto la relación de dependencia (como una relación vertical) existe —en realidad— entre Alfa Chile Seguridad y P.V., habiendo una relación puramente horizontal entre el empresario y el prestador de servicios de seguridad. En efecto, si se revisan los antecedentes, es posible colegir una serie de observaciones: primero, el giro del contratista (seguridad privada) es radicalmente opuesto al del empresario (*retail*); segundo, el contratista disponía, a la época del ilícito, de su propio jefe de turno; tercero, dada la diferencia de actividades, es razonable presumir que, salvo lo concerniente al lugar y horario de desempeño de los servicios, el mandante no indicaba mayores instrucciones sobre el trabajo de los dependientes del contratista; finalmente, el guardia ejecutor del hecho dañoso se encontraba vinculado laboralmente al contratista y no al empresario.

Por ende, por muy factual que pueda ser la construcción del vínculo de dependencia, esta no puede efectuarse con la sola consideración de la ubicación tempo-espacial del agente dañoso en las dependencias del empresario, sino que debe atenderse adecuadamente a quién es realmente quien debe ejercer el rol de supervisión y cuidado del dependiente de acuerdo con las circunstancias y criterios anteriormente proporcionados, recayendo el referido deber en el caso en comentario —a nuestro juicio— en Alfa Chile Seguridad. Lo anterior es, naturalmente, sin perjuicio de lo que comentaremos a continuación.

3. La extralimitación del ámbito de vigilancia del empresario

No obstante lo expuesto previamente, debemos realizar un segundo análisis y centrar nuestra atención en determinar si el daño causado a la víctima se produjo en la esfera de las funciones encomendadas, o bien —en un sentido aún más amplio— si se cometió con ocasión de estas y si con ello bastaría para atribuir responsabilidad al empresario. Esto, debido a que no es suficiente acreditar la relación de dependencia entre el empresario y su dependiente para que el primero deba responder, por lo que, si acreditamos el punto anterior, debemos cuestionarnos si existió una extralimitación al ámbito de vigilancia o, en otras palabras, a la esfera de control del empresario. A modo de referencia, la doctrina española nos ilustra con el siguiente ejemplo:

“El hecho de que una empresa envíe a uno de sus trabajadores a desempeñar un cometido fuera de su centro de trabajo, asumiendo el coste de manutención y alojamiento, no genera su obligación de responder de todas las acciones del trabajador, pues tal cosa sería tanto como declarar la responsabilidad del empresario con base a criterios puramente objetivos, y como consagrar una responsabilidad sin límites.” (Gázquez, 2012, p. 43).

Lo relevante es determinar el grado de conexión de la conducta del dependiente, P.V., y si en ella existió una extralimitación de sus funciones entregadas por la empresa, lo que se traduce en haber actuado al margen de ellas o que simplemente las desobedeció (Sierra, 1997, p. 197), escapando así del ámbito de control del empresario. Si aceptamos la existencia de una concepción amplia, es decir, que el acto ilícito cometido por el dependiente fue en ejercicio de sus funciones, respondiendo también en aquellos casos en que actuó con ocasión de las mismas, entonces, desde esta perspectiva debemos preguntarnos: ¿en qué casos se entendería que la actuación del dependiente se extralimitó del ámbito que puede controlar el empresario?

Si lo anterior lo analizamos —doctrinalmente— respecto a las funciones propias de su cargo, deberemos atender al vínculo contractual o fáctico en el cual ha quedado plasmado el rol que tendrá el sujeto dentro de la estructura organizacional, pero, más complejo aún es contornear la idea de si el ilícito fue cometido con ocasión de sus funciones. Lo anterior resulta controvertido, porque debemos entrar a diferenciar aquellas extralimitaciones que podrían ser imputadas al empresario por ser consideradas como cometidas dentro de su esfera de control, de aquellas que por sus características es imposible estimarlas como realizadas incluso en ocasión de sus funciones, lo que evitaría la responsabilidad del empresario (Cassadella, 2017, pp. 297-298).

Nos ayuda a aclarar lo anterior el siguiente criterio: para distinguir cuándo se ha actuado en el ámbito o con ocasión de las funciones, o bien fuera de estos márgenes, es posible recurrir a los criterios de conexión funcional y circunstancial (es decir, dónde, cuándo y cómo el dependiente debía desplegar su conducta), pese a que en la práctica dichos parámetros se entrelazan, por lo que se deberá realizar un análisis exhaustivo para lograr precisar la situación del empresario. En este sentido, para librar al principal de responsabilidad, el dependiente deberá obrar con desconexión de sus actividades y fuera de todo control de la empresa (Cassadella, 2017, p. 303). De igual forma, resulta útil también el criterio de responsabilidad de la empresa, desarrollado por Carmen Moreno de Toro, quien distingue que la empresa responde desde dos enfoques: uno objetivo y otro subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, responde cuando el daño ocurre en el curso del empleo y en el horario de trabajo; y desde una óptica subjetiva, el empresario responderá cuando el dependiente ha tenido la voluntad de actuar por cuenta e interés del empleador (Moreno, 1999, p. 155).

Interesante al menos nos resulta destacar que este punto ha sido tratado con un mayor detalle en el Derecho europeo, específicamente en los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, de donde es posible extraer tres enfoques distintos (Zeno, 2015, pp. 136 y ss.): uno “restringido”, en que si el dependiente se desvía de las funciones encomendadas por el principal, quedará este último liberado de responder, enfoque que ha sido prácticamente descartado por la rigidez que plantea. Un segundo enfoque, denominado “intermedio”, en que existe responsabilidad del principal cuando el auxiliar actúa dentro del ámbito objetivo de las funciones, aunque las haya ejecutado mal (Solé, 2012, p. 96). El problema de este enfoque es que nos llevará a un análisis casuístico, debiendo evaluarse exhaustivamente las circunstancias del caso para ver si es posible liberar de responsabilidad al empresario. El tercer enfoque es denominado “flexible”, ya que solo se requiere un vínculo objetivo entre la conducta del dependiente y la tarea encomendada. Es un enfoque que necesita de una relación sutil entre el daño y función del dependiente o el interés del principal, más propio de ordenamientos que persiguen la responsabilidad vicaria, siguiendo este enfoque países como Italia, Francia y España. Por su parte, el caso español es curioso porque se decanta por este último enfoque, al hacer también responsable al empresario por los hechos de sus dependientes con ocasión de sus funciones. No obstante, lo ha seguido de una forma más tenue, ya que el Tribunal Supremo español —en reiteradas oportunidades— ha fallado a favor del empresario, aplicando la teoría de la desviación de las funciones por parte del dependiente. Así, por ejemplo, en la sentencia 6.5. 2009 [RJ 2009/2914] 392, “donde se exoneró a la telefónica española por los daños causados por uno de sus empleados al utilizar un vehículo de la empresa en un viaje personal con su familia fuera de horas de trabajo y sin vínculo alguno con los intereses de la empresa. El Tribunal Supremo español consideró que se trataba de un viaje personal sin relación a la empresa, donde hubo una desviación de las funciones e intereses empresariales.” (Zeno, 2015, p. 141).

Por tanto, nos parece acertado el enfoque español, ya que permite una mayor flexibilidad al resolver, pudiendo ponderarse las particularidades fácticas, pues no podemos desconocer que las relaciones entre empresarios y dependientes se han intensificado y complejizado a raíz de la nueva concepción de empresa (Zeno, 2015, p. 141).

Otra cuestión a la que podemos recurrir para determinar si el dependiente se extralimitó en las funciones encomendadas es la teoría de la apariencia. Dicho planteamiento considera que el principal es responsable de los daños causados por sus dependientes, cuando ha contribuido a crear las condiciones y las circunstancias externas para que la víctima haya creído de buena fe que el dependiente estaba actuando dentro del marco de las funciones encomendadas, por ejemplo, al declararse la responsabilidad civil de un banco por los daños producidos por el director de una de sus sucursales al apropiarse del dinero de sus clientes (Solé, 2012, pp.122 y ss.). Por el contrario, cuando la actividad que haga el dependiente sea totalmente diferente de los servicios prestados por el empresario, entonces este último no será responsable de los daños por no existir apariencia alguna (Surroca, 2012, p. 164).

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico el ámbito de vigilancia se construye a partir de los artículos 2320, inciso cuarto y quinto, y 2322, inciso segundo del Código Civil. En este sentido, Barros (2020) nos dice que el daño debe ser ocasionado mientras el dependiente “se encuentra bajo el cuidado, vigilancia o dirección del empresario (2320 IV y V) o en ejercicio de las funciones que este le haya encomendado (2322)” (p. 195). En lo que incumbe a la extralimitación del ámbito de vigilancia, el autor sostiene que “el límite negativo de la presunción está dado por los daños ocasionados por el dependiente mientras se dirige a su trabajo, o cuando realiza actividades inconexas respecto de su relación de trabajo o dependencia, de todos los cuales no se presume culpa del empresario” (p. 196). De este modo, la jurisprudencia ha comprendido que es suficiente que el ilícito debe ser cometido, aunque sea con ocasión del desempeño de esas funciones, y, al contrario, no lo será cuando el dependiente obre fuera de ese ámbito.

En este orden de ideas resulta pertinente mencionar lo sentenciado por la Corte Suprema en causa Rol N° 4902-2017 (*Sepúlveda con Brink's Chile S.A.*), de 23 de mayo de 2017, sobre demanda de indemnización de perjuicios por daño moral a causa del delito de homicidio cometido por un trabajador (dependiente) de la empresa Brink's Chile S.A. en contra de su cónyuge, el que, para dicho propósito, utilizó un arma de fuego de propiedad de la empresa demandada. Reflejo de lo que venimos diciendo es el considerando tercero de este fallo, a cuyo respecto se anota que:

“Sobre la base de tal presupuesto fáctico los sentenciadores concluyen que no cabe asignar responsabilidad civil a la demandada por los hechos cometidos por su empleado, tanto porque sus actuaciones no se verificaron en el ejercicio o con ocasión del desempeño de las funciones encomendadas por su empleador conforme al contrato de trabajo, cuanto porque la sustracción del arma no encuentra su origen en un incumplimiento del deber de vigilancia de la empleadora, pues fue el autor del delito quien infringió los protocolos adoptados por la demandada, aprovechándose de su posición y cargo en la empresa (...) Que a la fecha del delito la empresa demandada, en cumplimiento de la normativa de la materia, confió y encomendó a San Martín Grandón, bajo su responsabilidad, la recepción y el traslado de las armas de fuego a un lugar cerrado proporcionado por la entidad y que, no obstante sus obligaciones contractuales, preparación técnica laboral y el cumplimiento de todas las exigencias reglamentarias por la demandada en cuanto al cuidado y manejo de armas, el trabajador sacó de la esfera de custodia de su empleadora el arma de fuego y la usó para dar muerte a su cónyuge.”

Finalmente, de acuerdo con todo lo expuesto nos parece que la sentencia de nuestra Corte Suprema — en este punto— ha utilizado un criterio amplio, debido a que, a su parecer, Cencosud debió responder civilmente por un delito cometido por un sujeto que (si bien se encontraba trabajando para una empresa de seguridad, la que a su vez prestaba los servicios propios de su giro a la empresa principal) se extralimitó del ámbito de control que podía tener tanto la demandada como la empresa contratista. El guardia actuó fuera de la esfera de las funciones que le son propias, de modo tal que no resulta plausible que pueda aducirse que actuó con ocasión de sus servicios, ya que —al tenor de los hechos relatados— el delito no fue cometido haciendo uso de su cargo o con ocasión de él, sino que fue derechamente un hecho que ninguna de las empresas tenía forma de prever o controlar.

4. Hipótesis alternativas para hacer responsable al empresario

Bajo la comprensión que desarrollamos arriba, cabe concluir que Cencosud no debería haber sido condenado por el hecho del guardia, por cuanto no hay un vínculo de dependencia —ni aun en términos fácticos— y porque, incluso habiéndolo, el dependiente habría actuado fuera del ámbito de vigilancia del empresario. Con todo, hay ciertas objeciones de las que debemos hacernos cargo, por cuanto, incluso si Cencosud no resulta responsable de acuerdo con lo anotado, podría ser condenado con cargo a otras tres instituciones: la culpa *in eligendo*, la culpa en la organización y la responsabilidad *in solidum*. Expliquemos brevemente cada una. El principal puede ser responsable cuando incurre en culpa *in eligendo*, esto es, la falta de la debida diligencia en la selección del dependiente, de suerte que el empresario será presuntivamente responsable por ser quien lo ha elegido (Aedo, 2006, p. 224). La culpa en la organización, a su turno, supone la falta de cuidado “en los procesos y en los mecanismos de control al interior de la organización empresarial” (Barros, 2020, p. 204), habiendo omitido “establecer los dispositivos organizacionales que la diligencia exige para evitar daños a terceros” (ibid.). En tal sentido, el empresario no responde por un hecho ajeno, sino por el hecho propio y aquello ocurrirá cuando desatienda elementos propios de la organización, tales como “recursos humanos, técnicos y físicos que el empresario pone en funcionamiento”

(p. 206). Finalmente, la responsabilidad *in solidum* se asienta en la idea de que “si se trata de hechos ilícitos diversos, no se da la unidad que exige el artículo 2317 para imponer la solidaridad, de modo que, aunque hayan causado el mismo daño, no puede aplicarse dicha norma. Sin embargo, no siendo solidaria la obligación, lo cierto es que siendo cada uno de los delitos o cuasidelitos una causa adecuada del daño, quienes son sus autores deben responder por el total de dicho daño.” (Corral, 2017, pp. 691-692).

Pues bien, para intentar hacernos cargo de la culpa *in eligendo* y la culpa en la organización como figuras para la responsabilidad del empresario, debemos precisar un par de ideas. En primer término, recordemos que la culpa funciona como un instrumento para el adecuado reparto de los riesgos de vivir en sociedad (Aedo, 2014, p. 714), de forma tal que quien cumple con la debida diligencia, pero ocasiona un daño, puede eximirse de la obligación de indemnizar en sede aquiliana. En segundo lugar, la culpa exige previsibilidad, en cuanto a que el agente debe haberse representado el daño, de acuerdo con las circunstancias en las que se encuentra (Barros, 2020, p. 95).

De acuerdo con lo anterior, el empresario (en concreto, Cencosud) podría aducir —en caso de que su responsabilidad sea pretendida con cargo a la culpa *in eligendo* o en la organización— que el hecho del guardia resultaba imprevisible, lo que puede fundarse en: la falta de antecedentes penales del agente dañoso, lo que hace razonable presumir que no cometería un delito como el de la sentencia en comento; o la larga trayectoria empresarial de Alfa Chile Seguridad, lo que convierte a este proveedor de servicios en un candidato idóneo⁴.

Ahora bien, la situación se torna un poco más compleja con la responsabilidad *in solidum*, por dos razones: por la tendencia jurisprudencial a acogerla⁵ y por la falta de fundamentación en su construcción dogmática. En efecto, la Corte Suprema ha tendido a hacer propia la doctrina de las obligaciones *in solidum* o concurrentes, llegando a sostener que, en aquellos casos en que no hay unidad de hecho, la responsabilidad no es solidaria, pero tampoco debe ser simplemente conjunta, sino que debe ser calificada de acuerdo con la categoría que nos convoca⁶, razón por la que los demandados deben ser condenados individualmente a pagar el total de la suma indemnizatoria.

Lo anterior resulta aún más grave por cuanto queda en evidencia el abuso del argumento de autoridad, en cuya virtud se acude a la opinión de ciertos autores favorables a la tesis en comento, sin que los tribunales suministren una razonable justificación externa de por qué deben servirse de esta construcción pretoriana, convirtiéndose de este modo en una respuesta ligera con cargo al principio *favor victimae* (Mendoza, 2018, p. 390), pasando por alto —según anotamos— la distribución de los riesgos de vivir en sociedad.

En este contexto —y de forma casi estocástica— el empresario puede enfrentarse a tres situaciones: en el mejor de los escenarios no será condenado si logra acreditar que no ha participado causalmente en la irrogación del daño, en un escenario intermedio será condenado de forma mancomunada y en el peor de los escenarios será condenado de forma concurrente, siendo irrelevante la manera en que el actor

⁴ Criterios que tomamos prestados del artículo 429 del Código Civil polaco, al señalar que: “se exonera al comitente si demuestra que actuó de forma diligente en la selección del contratista, o confirió la tarea a una empresa que regularmente haya tenido éxito en las tareas encomendadas”.

⁵ Reflejo de lo que anotamos son las sentencias de la Corte Suprema dictadas en las causas: *Calderón y otra con Clínica Las Violetas S.A y otros* (2018), *Ortiga De Huarachi, Patricia con Empresa Eléctrica de Arica S.A. y otros* (2018), *Loza con Hospital San Martín de Quillota y otro* (2018), *García Pampas, Aurora con Sociedad Consorcio para la Reconstrucción (de la Villa Portales Fernández Wood Sagunto Ltda.)* (2019), *Silva Calderón, Claudio con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción* (2019) e *Ilustre Municipalidad de Temuco con Muñoz* (2020).

⁶ En este sentido, las sentencias de la Corte Suprema en causas: *Calderón y otra con Clínica Las Violetas S.A y otros* (2018), *Ortiga De Huarachi, Patricia con Empresa Eléctrica de Arica S.A. y otros* (2018) y *Silva Calderón, Claudio con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción* (2019).

gestione sus pretensiones en el libelo, pues el tribunal (por iniciativa propia) se verá inclinado a conceder la demanda en estos términos⁷.

5. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, podemos arribar a las siguientes observaciones finales. En primer lugar, la sentencia en estudio centra su análisis esencialmente en la configuración fáctica del vínculo de dependencia para condenar a Cencosud como empresario responsable por el hecho de su dependiente, sin embargo, olvida la delimitación del ámbito de vigilancia, aspecto que resulta de suyo criticable. En segundo lugar, compartimos la lectura amplia del vínculo de dependencia, pero de ello no se sigue que la vinculación surja de la simple facticidad. En efecto, debemos prestar atención a si la relación de dependencia es efectivamente vertical, en términos tales que sea el empresario quien deba ejercer el deber de cuidado o vigilancia, máxime si este último incorpora a su organización elementos que le son ajenos, como los contratistas independientes. En estos casos debemos tener especial precaución con cómo se vincula el contratista con la estructura del empresario, en cuanto a su experticia, giro propio y capacidad para actuar autónomamente e impartir instrucciones a sus propios subordinados. Ello nos servirá para dilucidar si es el empresario, o bien el contratista independiente el verdadero principal en una hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno.

En tercer lugar y sumado a lo anterior, no hay que perder de vista que, con independencia de quién hubiere sido el principal en el caso en análisis, es indispensable delimitar el campo de actuación del dependiente, lo que equivale a hablar del ámbito de vigilancia del empresario, a cuyo respecto debe desplegar su deber de cuidado. Lo anterior reviste especial relevancia cuando el dependiente ejecuta un hecho dañoso que escapa a los límites de esta esfera de vigilancia del principal o, en otras palabras, cuando se extralimita de este ámbito de cuidado. En este orden de ideas tiene todo el sentido que el empresario responda por hechos cometidos, por ejemplo, con ocasión de los servicios del dependiente, pero no puede pretenderse que el principal vigile cada paso del subordinado, incluso aquellos que excedan al ámbito de cuidado, porque no se conectan funcional o circunstancialmente.

Con todo, debemos tener en consideración aquellas figuras distintas de la comentada (esto es, la configuración del vínculo de dependencia y la delimitación del ámbito de vigilancia), que podrían servir para atribuir responsabilidad al empresario, tales como la culpa *in eligendo*, la culpa en la organización y la responsabilidad *in solidum*. Las dos primeras eventualmente son derrotables en juicio con cargo a la previsibilidad como presupuesto de la culpa, mientras que la última, dada la tendencia de los tribunales a acogerla sin mayor justificación, puede devenir en problemática para la adecuada distribución del riesgo social, desequilibrándose así el reparto en contra del principal, quien resultará responsable de forma concurrente.

Bibliografía citada

Aedo Barrena, Cristián (2014): “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho*, 41, 2: pp. 705-728.

⁷ Tal como se sigue de la prevención de la ministra Egnem en *Silva Calderón, Claudio con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción* (2019).

- Aedo Barrena, Cristián (2006): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- Aravena Cuevas, Branco et al. (2019): “Responsabilidad civil del empresario por el hecho de sus dependientes: prueba liberatoria y estrategias alternativas”, *Revista de Estudios Ius Novum*, 12, 1: pp. 89-104.
- Barros Bourie, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica, 2° ed.)
- Bastidas Barrera, Lucas (2018): *Responsabilidad civil sanitaria* (Santiago, Editorial El Jurista).
- Cassadella Sánchez, Mónica (2017): “La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares”. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho. Universitat de Girona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/145927/tmcs.pdf?sequence=4>. [Fecha de consulta: 22 de enero de 2021].
- CorralTalciani, Hernán (2017): “La responsabilidad solidaria de los coautores de un ilícito extracontractual”, en Schopf, Adrián y Marín, Juan Carlos (editores), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 657-696.
- Elorriaga De Bonis, Fabián (2010): “La responsabilidad del empresario por el hecho de su contratista independiente por daños a terceros”, en Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V - Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción 2009* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 725-744.
- Gázquez Serrano, Laura (2012): *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario* (Madrid, Editorial Reus S.A.).
- Mendoza Alonzo, Pamela (2018): “Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*, 31, 1: pp. 387-392.
- Moreno de Toro, Carmen (1999): *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados* (España, Consejo Económico y Social).
- Rodríguez De Almeida, María (2015): “Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 2342-2364.
- Sierra Pérez, Isabel (1997): *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia* (Madrid, Editorial Motecorvo).
- Solé Feliu, Josep (2012): *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias* (Madrid, Editorial Reus).
- Surroca Costa, Alfons (2012): “La responsabilitat civil por hecho ajeno derivada de delito o falta en particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, empresarios, titulares de vehículos y administración pública”. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho. Universidad de Girona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94199/tasc.pdf?sequence=5> [Fecha de consulta: 22 de enero de 2021].
- Zelaya Etcheagaray, Pedro (2002): “La responsabilidad por el hecho ajeno y el seguro”, *Revista Chilena de Derecho*, 29, 1: pp. 95-110.
- Zeno Santiago, Charles (2015): “La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios. Especial referencia a España y Puerto Rico”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/28122/> [Fecha de consulta: 22 de enero de 2021].

Normas citadas

Código Civil de Chile.

Código Civil de Polonia.

Jurisprudencia citada

Cáceres Campos, Cecilia con Constructora Santa Fe (2010): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010 (indemnización de perjuicios). Disponible en Oficina Judicial Virtual. Fecha de consulta: 28 de enero de 2021.

Zúñiga y otros con Fundación Hospital Parroquial San Bernardo (2016): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2016 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 693015309. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Sepúlveda con Brink's Chile S.A. (2017): Corte Suprema, 23 de mayo de 2017 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 679934101. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Calderón y otra con Clínica Las Violetas S.A y otros (2018): Corte Suprema, 31 de enero de 2018 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 702041945. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Knoop con Serrano Mac Auliffé Corredores de Seguro y otro (2018): Corte Suprema, 26 de marzo de 2018 (indemnización de perjuicios). Disponible en Oficina Judicial Virtual. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Loza con Hospital San Martín de Quillota y otro (2018): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2018 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 743536265. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Ortiga De Huarachi, Patricia con Empresa Eléctrica de Arica S.A. y otros (2018): Corte Suprema, 6 de agosto de 2018 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 744849801. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Arellano Garrido Mario Alexis con Cencosud Retail S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de mayo de 2019 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 787308597. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

García Pampas, Aurora con Sociedad Consorcio para la Reconstrucción (de la Villa Portales Fernández Wood Sagunto Ltda.) (2019): Corte Suprema, 8 de abril de 2019 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 779011097. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Silva Calderón, Claudio con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 778958573. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.

Ilustre Municipalidad de Temuco con Muñoz (2020): Corte Suprema, 16 de abril de 2020 (indemnización de perjuicios). Disponible en vLex, código de identificación: 843719882. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020.