

La falta de distinción entre plazos esenciales y no esenciales por nuestros tribunales y la mayoría de nuestra doctrina,<sup>23</sup> sumada a la prohibición teórica de los plazos de gracia, ha producido esta disociación entre los intereses del acreedor y la falta de promoción hacia un régimen de conformidad.

Mirado con detención, el sistema de Viena sobre plazo adicional para el cumplimiento, parece más cercano al cumplimiento de estos fines. Por un lado, le otorga al acreedor la seguridad que con el vencimiento del plazo suplementario pueda ejercer una resolución que no admita enervación y protege al acreedor mediante la indemnización de perjuicios cuando el cumplimiento se da en este plazo complementario. Pero ello solo sucederá en la medida que el plazo sea no esencial. Desde el punto de vista del deudor, con ello se favorece la conformidad, que es una de las ideas eje del nuevo derecho de la contratación.

A falta de la reforma legal propuesta, la aceptación de un modelo de resolución extrajudicial por vía interpretativa, como lo ha propuesto alguna parte de la doctrina nacional<sup>24</sup> (y como ha sucedido, por ejemplo, en España),<sup>25</sup> debería tener en consideración el plazo adicional para el cumplimiento, lo que aparejaría dejar inaplicable el art. 1600[2], por lo menos frente el ejercicio de la resolución.

## PREVER Y ASEGURAR

ÍNIGO DE LA MAZA GAZMURI\*  
*Universidad Diego Portales*  
*Santiago, Chile*

La función del remedio indemnizatorio consiste en situar, dentro de lo posible, al acreedor en la posición en que éste hubiera quedado si el contrato se hubiera cumplido íntegra y oportunamente ¿Es esto correcto? Lo que intenta responder este trabajo es que la respuesta más correcta es que realmente se trata de un mecanismo de tutela de los intereses cubiertos por el contrato.

Por lo tanto, resulta perfectamente posible –y frecuente– que la indemnización sitúe al acreedor en una posición, por decirlo así, inferior a aquella en que hubiera quedado si el contrato se hubiera cumplido, pues no se consideran todos los intereses dañados, sino nada más que aquellos protegidos por el contrato. De esta manera, se puede estar de acuerdo con la profesora Carmen Domínguez cuando afirma:

La regla orientadora de toda indemnización debe ser la de la reparación integral del perjuicio, esto es, la reparación no debe ser insuficiente ni excesiva.<sup>1</sup>

Siempre y cuando el perjuicio sea aquel causado a intereses protegidos por el contrato.

Esta constatación parece aplicarse conspicuamente a la indemnización del daño moral en materia contractual. Frente al incumplimiento de un contrato, las únicas preguntas no son si existió incumplimiento y si éste lesionó intereses extrapatrimoniales, sino que, además, si dichos intereses se encontraban o no protegidos por el contrato.

<sup>23</sup> Cabe citar como excepción el trabajo de LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, "El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, N° 20, pp. 51-103; y CONTARDO, cit. (n. 13), pp. 97-100.

<sup>24</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, "¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?", *Ius et Praxis*, 2007, N° 13, pp. 11-28.

<sup>25</sup> Sobre el particular, resulta ineludible la lectura de la tesis de SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004. *Passim*.

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Master of the Science of Law, The Leland Stanford Junior University Law School. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 703.

La segunda cuestión que interesa a este trabajo, consiste en mostrar que para responder a la pregunta recién formulada se echa mano a la previsibilidad establecida en el artículo 1558, y que la correcta comprensión de ese requisito no es como la posibilidad de representarse el daño al momento de contratar, sino como la asunción del riesgo del acaecimiento de dicho daño.

La comprensión de ambas cuestiones debería permitir pensar con mayor corrección la indemnización del daño moral en materia contractual. En conjunto con lo anterior, se da una rápida mirada a la cuestión del daño moral en contratos disciplinados por la ley N° 19.496 y a la situación en que el dolo extiende la protección del acreedor más allá de los intereses tutelados por el contrato.

## 1. COMO SI SE HUBIERA CUMPLIDO ÍNTEGRA Y OPORTUNAMENTE

### a. Aproximando las situaciones

Resulta tentador considerar que la función del remedio indemnizatorio frente a un incumplimiento contractual, consiste en situar al acreedor en la posición en que hubiera quedado de haberse cumplido el contrato íntegra y oportunamente.

El incumplimiento del contrato generaría una situación (S1) que ha de compararse con otra situación hipotética (S2): la del cumplimiento. Si resulta ser cierto que en S1 se produjeron pérdidas que no habrían tenido lugar en S2, o bien que en S2 se habrían producido ganancias que no tuvieron lugar en S1, entonces habría espacio para acudir al remedio indemnizatorio frente al incumplimiento contractual. Entendida de esta manera la función compensatoria de la responsabilidad contractual, se asume que la medida del daño —aquello que debe ser indemnizado— corresponde a la diferencia entre S1 y S2.<sup>2</sup>

Aunque expresada de otra manera, la idea que subyace a esta formulación no parece extraña al derecho chileno. Así, por ejemplo, Gatica Pacheco ha señalado lo siguiente:

El incumplimiento contractual es causa frecuente de perjuicios para el acreedor. La reparación a que ello le da derecho debe proporcionarle el beneficio mismo que le hubiere reportado su cabal ejecución.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Una posición semejante en KRAMER, Adam, *The Law of Contract Damages*, Hart, Londres, 2014, p. 15.

<sup>3</sup> GÁTICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 13.

Por su parte, Abeliuk Manasevich ha dicho lo siguiente:

La indemnización de perjuicios tiende a obtener un cumplimiento de la obligación por equivalencia, o sea, que el acreedor obtenga económicamente tanto como le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno.<sup>4</sup>

Las citas de Gatica Pacheco y Abeliuk se asemejan a una célebre cita del Baron Parke, de 1848, que ha sido incontablemente repetida en el derecho inglés, según la cual:

Where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is so far as money can do it to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.<sup>5</sup>

Existe también semejanza con lo dispuesto en el artículo 9.502 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, cuyo tenor literal es el siguiente:

The general measure of damages is such a sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.

Como se ve, Gatica Pacheco y Abeliuk se encuentran en buena compañía. Sin embargo, mi opinión es que si se trata de saber qué daños se deben indemnizar, la respuesta consistente en afirmar todos aquellos que causó el incumplimiento, de manera de situar al acreedor en la posición en que hubiese quedado de cumplirse el contrato, resulta engañosa. Creo, además, que al disolver esa apariencia engañosa podemos aprender algo de utilidad respecto de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual.

### b. La función de la indemnización por daño moral

La inconmensurabilidad entre aquello con que se pretende reparar (dinero) y aquello que se pretende reparar (la lesión de un interés extrapatrimonial), debería constituir una primera objeción a la función que adjudican Gatica Pacheco y Abeliuk a la indemnización de perjuicios tratándose del daño moral.

<sup>4</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, Tomo II, 5ª edición actualizada, p. 809.

<sup>5</sup> Tomo la cita de KRAMER, cit (n. 2) p. 12.

En realidad, en la medida en que se admita que la responsabilidad civil opera en términos de justicia correctiva, existiría una poderosa objeción a la indemnización del daño moral, pues se trataría de algo así como intentar responder a la pregunta acerca de cuántos ladrillos se requieren para una muralla cuya extensión se desconoce; o de pretender encajar perfectamente una esfera en un cubo; es decir, de tareas que por definición se encuentran destinadas al fracaso.<sup>6</sup>

El daño moral no puede ser objeto de reparación, pero —sirviéndose de un giro lingüístico relativamente frecuente en nuestra práctica argumentativa— puede ser compensado.<sup>7</sup> Esta parece ser una idea suficientemente difundida en el ámbito nacional, tanto en la opinión de las autoras y autores, como en las decisiones de los tribunales superiores de justicia.<sup>8</sup> De esta manera, pueden considerarse dos sentencias relativamente recientes de la Corte Suprema. En la primera, de 31 de enero de 2011, se lee:

ha de tenerse presente que, debido a la entidad y alcances del daño moral, su acaecimiento no es resarcible en dinero en la forma de procurar una equivalencia entre lo sufrido y lo compensado, sino que se trata de asignar a la víctima algún grado de satisfacción que contrarreste el padecimiento con el que se ha visto perjudicada.<sup>9</sup>

La segunda, de 26 de octubre de 2015, indica lo siguiente:

El detrimento inferido a otro debē repararse por su autor, sea en especie o por equivalencia. El resarcimiento o indemnización en especie o en forma específica consiste en la reintegración del derecho lesionado en su contenido intrínseco, o

<sup>6</sup> Salvo, por supuesto, que el dinero no se emplee, de manera estricta, como métrica de la lesión, sino para conseguir una reparación en naturaleza. Así, en un ejemplo de BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 301, para pagar un tratamiento siquiátrico a la víctima de un accidente automovilístico. Ver, también, DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 95-97.

<sup>7</sup> Resulta interesante advertir que en el ámbito estadounidense se emplea el mismo giro lingüístico. De esta manera, en el § 903 cmt. a del Restatement (Second) of Torts (1979) se lee:

When however, the tort causes bodily harm or emotional distress, the law cannot restore the injured person to his previous position. The sensations caused by harm to the body or by pain or humiliation are not in any way analogous to a pecuniary loss, and a sum of money is not the equivalent of peace mind. Nevertheless, damages given for pain and humiliation are called compensatory. They give to the injured person some pecuniary return for what he has suffered or is likely to suffer. There is no scale by which the detriment caused by suffering can be measured and hence can be only a very rough correspondence between the amount awarded as damages and the extent of the suffering.

<sup>8</sup> Amplios antecedentes sobre esto en BARROS, cit (n. 6), pp. 302-303. Una terminología diversa en DOMÍNGUEZ, cit (n. 1), pp. 162-164

<sup>9</sup> Corte Suprema, 31 de enero de 2011, rol N° 5818-2009.

sea, en restablecer el estado de las cosas al mismo que tenían antes de la producción del daño. A su vez, la compensación por equivalencia, método indemnizatorio que reconoce nuestra legislación, radica en una prestación, no idéntica a la no satisfecha parcial o íntegramente, o no cumplida en su oportunidad, sino otra de igual valor o estimación.<sup>10</sup>

Pues bien, consideradas las cosas de esta manera, esta objeción parece disolverse. En la responsabilidad contractual por daño moral sería el caso que si se hubiera cumplido el contrato (S2) no se hubiere producido la lesión a un interés extrapatrimonial que tuvo lugar a resultas del incumplimiento (S1), por lo tanto, la compensación en dinero sería aquello que permite —dentro de lo que resulta posible— aproximar S1 a S2.

### c. Un ejemplo

Despejado el problema de la inconmensurabilidad, resulta posible ahora ejemplificar cómo la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual se utiliza por los tribunales para aproximar S1 a S2.

Probablemente uno de los contratos en que se presenta con mayor asiduidad —si no el que más— la cuestión del daño moral, sea la promesa.<sup>11</sup> En términos generales, los tribunales superiores de justicia han sido bastante receptivos de las demandas por indemnización por daño moral<sup>12</sup>, así, por ejemplo, en una sentencia de 22 de octubre de 2009, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>13</sup> conoce de un caso en el que la demandada se niega a suscribir el contrato de compraventa prometido, y señala lo siguiente:

<sup>10</sup> Corte Suprema, 26 de octubre de 2015, rol N° 24995-2014.

<sup>11</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *El contrato de promesa, la mirada de los tribunales*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, I, pp. 114-121.

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, Corte Suprema, 11 de abril de 2011, rol N° 7957-2009. En el mismo sentido: Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, rol N° 165-11; Corte Suprema, 17 de agosto de 2010, rol N° 5339-2010; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 7 de octubre de 2009, rol N° 349-09; Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de marzo de 2006, rol N° 3315-2003; Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de abril de 2012, rol N° 7217-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2009, rol N° 7024-2006.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2009, rol N° 7024-2006. En el mismo sentido: Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, rol N° 165-11; Corte Suprema, 17 de agosto de 2010, rol N° 5339-2010; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 7 de octubre de 2009, rol N° 349-09; Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de marzo de 2006, rol N° 3315-2003; Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de abril de 2012, rol N° 7217-2010.

6º) Que esta Corte estima debidamente acreditados los padecimientos que el actor ha experimentado a consecuencia de la negativa injustificada de la demandada a suscribir el contrato de compraventa en el plazo convenido, y sobre los cuales declararon latamente los testigos mencionados en el motivo que antecede, derivados, todos ellos, de la circunstancia del incumplimiento contractual; lo cual, naturalmente, como a cualquier persona, causa aflicción, dolor, sensación de inseguridad, motivo por el que se acogerá la acción de perjuicios por daño moral. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia en alzada de once de julio de dos mil ocho, escrita a fojas 76 y siguientes, sólo en cuanto no hizo lugar a la acción de perjuicios por concepto de daño moral y en su lugar se declara que se hace lugar a ella y se condena a doña Eufemia Magdalena Zamora Gómez a pagar a don Juan Segundo Valenzuela Vilches la suma de \$ 2.000.000.- (dos millones) cantidad que deberá reajustarse de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada y hasta su pago efectivo, más los intereses corrientes contados desde que el deudor se constituya en mora, con costas.

Al considerar los hechos del caso parece advertirse que si la promitente vendedora hubiese cumplido con su obligación, los demandantes no hubieran padecido la aflicción, dolor y sensación de inseguridad que les provocó el incumplimiento. Una idea semejante se encuentra en la sentencia de 26 de octubre de 2015 de la Corte Suprema, en la cual, frente a un caso de daño moral por incumplimiento contractual, se afirma: “*resulta palmario que de haberse cumplido el compromiso contratado en su momento por los demandados, no habría existido detrimento*”.<sup>14</sup>

Según la comprensión de los tribunales, en estos casos la indemnización por daño moral pretende situar a las víctimas del incumplimiento en la posición más próxima a aquella en que hubieran quedado si el contrato se hubiera cumplido.

Hasta allí el ejemplo funciona perfectamente para ilustrar la idea de que la función de la indemnización del daño moral, consiste en situar a la víctima en la posición en que hubiera quedado si el contrato se hubiera cumplido íntegra y oportunamente. Sin embargo, esta tranquilidad conceptual se ve perturbada por el voto de minoría de la sentencia de la Corte de Apelaciones de 22 de octubre de 2009. En él la ministra Chevesich señala lo siguiente:

<sup>14</sup> Corte Suprema, 26 de octubre de 2015, rol N° 24995-2014.

Que es un tema pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia, que procede resarcir los perjuicios de carácter extrapatrimonial, sufridos por el contratante diligente con motivo del incumplimiento contractual en que ha incurrido su contraparte; Que, sin embargo, atendido a que la vida en sociedad exige que sus integrantes sean tolerantes y tengan la capacidad de superar la aflicción, molestia o frustración que en el fuero interno puede provocar el incumplimiento de un contrato, a juicio de la disidente, el sufrimiento que se invoca como fundamento de una demanda indemnizatoria debe ser de tal entidad que autorice a dictar una sentencia condenatoria;

Que, en el presente caso, la prueba rendida por la parte demandante, consistente en la declaración de tres testigos, no es suficiente para emitir una condena en los términos planteados, porque hacen radicar el presunto daño moral sufrido por el actor en las molestias derivadas precisamente del incumplimiento en que incurrió la demandada y en las condiciones particulares de aquél, lo que es insuficiente para cumplir el estándar necesario para estimar acreditado el daño extrapatrimonial que se pretende que se indemnice.

La idea, según mi lectura, es que cierto sufrimiento provocado por el incumplimiento contractual no debe compensarse a través de una indemnización por daño moral. Por lo tanto, la indemnización por daño moral no pretende situar al acreedor exactamente en S2, pues resulta bastante evidente que en S2 ese sufrimiento no se hubiera producido.

Este sencillo descubrimiento parece aconsejar la necesidad de tomarse con cierta cautela las ideas de Gatica Pacheco y Abeliuk respecto de la indemnización de perjuicios frente al incumplimiento contractual.

## 2. EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN HACE LA DIFERENCIA

El voto disidente de la ministra Chevesich invita a considerar las cosas con más cuidado. Si bien es cierto que concluye acudiendo a una cuestión probatoria, indica algo más. Lo que creo que la mejor lectura del párrafo transcrito indica es que existe una pregunta particularmente importante que cualifica la idea de que la función de la indemnización consiste en aproximar tanto como se pueda S1 a S2. Esa pregunta se refiere a qué es aquello que protege el contrato.

### a. El lugar equivocado

En *Livingstone v Raywards Coal Co.*, un caso de 1880, Lord Blackburn señaló que la medida de la indemnización era la siguiente:

That sum of money which will putt he party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.<sup>15</sup>

Ciento diecisiete años después, en *Banque Bruxelles Lambert v Eagle Star Insurance Co.*, Lord Hoffman comentó este pasaje señalando lo siguiente:

I think that this was the wrong place to begin. Before one can consider the principle on which should calculate the damages to which a plaintiff is entitled as compensation for loss, it is necessary to decide for what kind of loss he is entitled to compensation.<sup>16</sup>

Como puede verse, la opinión de Lord Blackburn es semejante a las de Gatica Pacheco y Abeliuk, la única razón por la cual la reproduzco aquí es para comprender el desacuerdo que mantiene con ella Lord Hoffman. Este último piensa algo que ha de prestar utilidad para considerar la cuestión de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual.

En realidad —piensa Lord Hoffman— el lugar desde donde se debe comenzar la investigación para determinar el monto de los perjuicios indemnizables no es S2, es decir la posición en que hubiera quedado el acreedor si se hubiera cumplido íntegra y oportunamente el contrato. Ese es el lugar equivocado. Antes ha de prestarse atención a aquello que protegía el contrato. En otras palabras, antes deben considerarse qué era lo protegido por el contrato, y únicamente si eso fue dañado existe espacio para el remedio indemnizatorio.

La cualificación es importante porque, con toda tranquilidad, puede ser el caso que, a la vez, consideremos, de una parte, que el incumplimiento del contrato ha causado daños y, de otra parte, que el contrato no protegía al acreedor contra dichos daños.<sup>17</sup> En ese escenario, qué duda cabe, incurriríamos en un error grave si afirmáramos que la indemnización debe reportarle al acreedor el mismo beneficio que le hubiera proporcionado el cumplimiento cabal del contrato.

De esta manera, al margen de lo que realmente hayan pensado, la comprensión del remedio indemnizatorio que puede obtenerse a través de las palabras

<sup>15</sup> Según la cita de MCGREGOR, Harvey, *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell, Londres, 2014, 19ª edición, p. 14.

<sup>16</sup> MCGREGOR, cit. (n. 15).

<sup>17</sup> Además del daño moral, otra partida indemnizatoria en que esto sucede con frecuencia es el lucro cesante. Ver MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters, Cizúr Menor, Navarra, 2010.

de Abeliuk o de Gatica Pacheco arriesga la posibilidad de no tomarse en serio al contrato al utilizar como medida de la indemnización S2, es decir la situación en que hubiera quedado el acreedor si el contrato se hubiera ejecutado íntegra y oportunamente. La razón, convendrá repetirla, es que se centra en el daño causado, no en el interés tutelado. Creo que de algo como esto es contra lo que previenen las palabras de Lord Hoffman. Esta es una idea que conviene explorar en materia de daño moral por incumplimiento contractual.

#### *b. Considerando el contrato para limitar el daño moral*

Desde luego, en general al menos, esta idea que acabo de presentar acerca de los límites de la indemnización por incumplimiento contractual, no ha pasado desapercibida en materia de indemnización de daño moral por incumplimiento contractual, ni para algunas importantes sentencias de la Corte Suprema, ni para los autores y autoras nacionales.

Conviene considerar, aunque sea sucintamente, la opinión de la Corte Suprema y de la doctrina.

#### *i. La opinión de la Corte Suprema*

Aun cuando ya en una sentencia de 14 de abril de 1954 la Corte había aceptado la indemnización del daño moral frente al incumplimiento de un contrato de transporte<sup>18</sup>, y en la sentencia de 20 de octubre de 1994 lo había planteado de manera más general, indicando que el artículo 1556 del Código Civil no era un obstáculo a la indemnización del daño moral<sup>19</sup>, la posición actual de la Corte parece haberse articulado de manera más completa a partir de la sentencia de 5 de noviembre de 2001, respecto del incumplimiento contractual de un laboratorio que informó, erradamente, al cliente que su sangre se encontraba contaminada con VIH.<sup>20</sup>

En esta sentencia, la Corte desarrolla seis argumentos para favorecer la inclusión del daño moral como partida indemnizatoria frente al incumplimiento

<sup>18</sup> Corte Suprema, 14 de abril de 1954, Repertorio, T. 51, secc. 1, pp. 74-76.

<sup>19</sup> Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, RDJ, T. 91 secc. 1, pp. 101-105.

<sup>20</sup> Ver un completo desarrollo en JANA LINETZKY, Andrés y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado*, 2004, I.

contractual.<sup>21</sup> El primero de ellos se refiere al hecho de que, en realidad, los redactores del Código Civil ignoraban el daño moral, por lo mismo, no puede ser el caso que su intención al redactar el artículo 1556 haya sido excluirlo. En segundo lugar, y siguiendo la sentencia de 20 de octubre de 1994, señala que la literalidad el precepto —el artículo 1556— no excluye la indemnización del daño moral. A continuación, utiliza como argumento la opinión favorable de la doctrina respecto de la incorporación de esta partida en el ámbito contractual. En cuarto lugar, se señala que tanto los artículos 1º como 19 de la Constitución protegen atributos morales de la persona. En quinto lugar, indica que la expresión “daño emergente” cubriría los daños morales. En fin, en sexto lugar, indica que los intereses morales, ordinariamente, tienen un valor superior al de los patrimoniales y que no resultaría equitativo considerar únicamente estos últimos.

De allí en adelante, estos argumentos se han manifestado con cierta asiduidad en las sentencias de la Corte Suprema<sup>22</sup>, reproduciéndose en el mismo orden en la sentencia de 24 de septiembre de 2007<sup>23</sup> y añadiéndose algún argumento de similar inspiración en la sentencia de 11 de junio de 2012 que, como señala Rutherford, evidencia la posición actual de la Corte Suprema respecto de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual.<sup>24</sup>

El énfasis de los argumentos recién expuestos parece encontrarse en el daño. Si ha existido un daño, al margen de su carácter patrimonial o extrapatrimonial, entonces debe repararse. Sin embargo, eso no es todo. En ocasiones, la Corte Suprema también ha prestado atención al contrato y a la forma en que limita la indemnización del daño moral.

En este sentido, conviene prestar atención a la sentencia de 25 de marzo de 2008<sup>25</sup>, a propósito de responsabilidad médica por negligencia en una circuncisión, en cuyos considerando décimo y undécimo se lee lo siguiente:

Que en cuanto a la infracción del artículo 1556 del Código Civil, que se vincula con la circunstancia de que los sentenciadores concluyeron que es procedente la

<sup>21</sup> Ver considerandos 9 a 17 de la sentencia.

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, las sentencias citadas por RUTHERFORD PARENTTI, R. “La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”, en *Revista Chilena de derecho*, 2013, vol 40-2, p. 675, n. 43.

<sup>23</sup> Corte Suprema, 24 de septiembre de 2007, rol N° 4103-2005.

<sup>24</sup> RUTHERFORD, cit (n. 22), p. 675. Ver, en particular, Corte Suprema, rol N° 5814-2017, de 7 de enero de 2009.

<sup>25</sup> Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, rol N° 4931-2006.

indemnización del daño moral en sede contractual sin que exista fundamento legal para ello, es preciso poner de relieve que, al contrario de lo que sostiene el recurrente, sí se admite la indemnización del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Este tribunal ha reconocido su pertinencia en esta esfera de responsabilidad, concediéndola, empero, sólo en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales.

En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en los que la convención extiende su ámbito al resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc.

Que de esta manera, entonces, es posible explicar que si de ordinario el incumplimiento en este ámbito sólo lesiona de modo directo intereses económicos o concernientes al patrimonio del contratante acreedor, el Código Civil, en su artículo 1556, señale únicamente como rubros de lesión o detrimento a considerar en la evaluación judicial provocada por tal incumplimiento, el daño emergente y el lucro cesante, ambos de indiscutible carácter material.

Por el contrario, es posible afirmar que si el negocio afecta dirige no sólo a derechos o intereses patrimoniales, su inexecución puede, causal y directamente, menoscabar derechos o intereses de una naturaleza puramente personal, propia de la intimidad del acreedor, circunstancia que hace posible el otorgamiento de una indemnización que repare el dolor o quebranto espiritual sufrido por el demandante...<sup>26</sup>.

En segundo lugar, puede considerarse la sentencia de 12 de abril de 2011 sobre responsabilidad médica<sup>27</sup>. En su considerando décimo se lee lo siguiente:

Que el artículo 1556 del Código Civil no incluya en la indemnización de perjuicios al daño moral no impide su procedencia en el ámbito de la responsabilidad contractual, toda vez que dicha norma está referida a los daños patrimoniales. En el caso de autos, como puede advertirse, el objeto del contrato celebrado entre las partes es extrapatrimonial, de manera que su incumplimiento importa la posibilidad de indemnización de dicho rubro. Es un hecho establecido en la causa que el médico incumplió su deber de cuidado, provocando el daño que motivó esta demanda, de manera que resulta procedente la condena al pago de una indemnización por el daño moral causado a la actora, como lo resolvieron los jueces del fondo. En

<sup>26</sup> Negrillas añadidas.

<sup>27</sup> Corte Suprema, 12 de abril de 2011, rol N° 6778-2008.

efecto, el artículo 1558 del Código Civil establece que si no se puede imputar dolo al deudor, cuyo es el caso de autos, éste es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. No cabe duda que en un contrato de prestación de servicios médicos, específicamente para la realización de una cirugía, como lo es una mamoplastía reductiva, está prevista la existencia del daño moral, en el caso que por alguna complicación de que el médico sea responsable resulte dañada la persona de la paciente.<sup>28</sup>

En tercer lugar, puede prestarse atención a la sentencia de la Corte de 1 de octubre de 2012, que resuelve un caso de robo en un estacionamiento.<sup>29</sup> En ella se encuentran dos considerandos especialmente interesantes. El primero es el décimo. Su tenor es el siguiente:

Que estima este tribunal de casación que para analizar la procedencia del daño moral por la infracción de un contrato, no es suficiente, para descartarlo, la mera constatación de que la convención, por su naturaleza, no protege intereses extrapatrimoniales o comprende intereses que claramente pueden afectar a la personalidad del sujeto, sino que es menester detenerse en las particulares circunstancias y características en que se celebró el que vincula a las partes, pues de ellas fluirá la posibilidad de que la mencionada infracción provoque un daño extrapatrimonial.

El segundo considerando al que conviene prestar atención es el undécimo. En él se lee lo siguiente:

Que, no es posible desconocer que para cualquiera persona que estaciona un vehículo a cambio de pagar un precio, la ocurrencia del daño o robo que teme y que es lo que se representó como la necesidad que la indujo a contratar, no sólo produce un daño material, sino que conlleva, asimismo, un sentimiento de molestia y frustración, más cuando ha sido víctima de un hecho particularmente violento y susceptible de provocar una natural emoción de perturbación y desagrado, que no incide en el aspecto patrimonial sino que en otro, completamente distinto al valor en dinero de los deterioros o especies robadas.

Tampoco cabe desconocer que para la contraparte de quien contrata la custodia del vehículo es plenamente previsible suponer que el deterioro o robo en éste, que configura el incumplimiento de obligación, va a causar la molestia o aflicción que antes se mencionaba.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Negrillas añadidas.

<sup>29</sup> Corte Suprema, 1 de octubre de 2012, rol N° 4415-2010.

<sup>30</sup> Negrillas añadidas.

Finalmente, se señala en la misma sentencia:

Que no se discute ya en doctrina que es posible que el incumplimiento contractual pueda dar lugar a una indemnización por daño moral, si bien la respuesta acerca de la procedencia de la misma no puede formularse en términos absolutos, pues la naturaleza y el tipo específico de contrato serán relevantes a la hora de determinar si el menoscabo moral que se pretende derivado del incumplimiento de una obligación determinada resultaba o no previsible para los contratantes, es decir, si el acreedor de la indemnización que se demanda tomó a su cargo el riesgo de lesionar intereses extrapatrimoniales de su contraparte.<sup>31</sup>

En cuarto lugar, la sentencia de la Corte Suprema de 10 de noviembre de 2014 sobre incumplimiento de contrato de promesa, dispone en su considerando octavo lo siguiente:

Que dentro del estatuto de responsabilidad en estudio, el contratante incumplidor debe indemnizar el daño moral, si como sucede en este caso ha estado en situación de preverlo, atendiendo a criterios objetivos, en razón del contenido de la convención, de los pagos anticipados recibidos, las mejoras introducidas a la propiedad de la naturaleza de las obligaciones contraídas conforme a la buena fe, tanto más si se considera que el demandado no pudo menos que estar en conocimiento de no ser el dueño exclusivo de la propiedad que prometía vender.<sup>32</sup>

Al considerar las sentencias de la Corte Suprema aquí presentadas se advierten tres cosas que conviene enfatizar. La primera de ellas es que actualmente la discusión no parece ser, exactamente, si el daño moral procede o no frente a un incumplimiento contractual. La respuesta, *in abstracto*, es que puede proceder. De eso no hay duda. La segunda cuestión que se aprende es que, a nivel argumentativo, en las decisiones de la Corte que se han preocupado tanto justificar la procedencia del daño moral frente al incumplimiento contractual como de los límites que le fija el contrato. La tercera cosa que es posible advertir es que, en aquellas sentencias que se han preocupado de estas limitaciones existen dos ideas, hasta cierto punto, entremezcladas. La primera tiene que ver con el hecho de que el contrato proteja o no intereses extrapatrimoniales, algo así como el ámbito de protección del contrato. La segunda tiene que ver con la previsibilidad del daño moral, entendida como posibilidad de las partes de representarse el daño que provocaría un eventual incumplimiento.

<sup>31</sup> Negrillas añadidas.

<sup>32</sup> Negrillas añadidas.

Resulta necesario, entonces, considerar la forma en que estas dos ideas —protección y previsibilidad— se relacionan, pero, antes de hacerlo, conviene prestar atención a la opinión de alguna doctrina acerca de las limitaciones de la indemnización por daño moral en materia contractual.<sup>33</sup>

## ii. La opinión de la doctrina

En la que, probablemente, sea la obra más citada sobre daño moral en materia contractual, Carmen Domínguez Hidalgo, ha señalado:

...aunque abogemos por un claro reconocimiento del daño moral en esta esfera [la contractual] de la responsabilidad, creemos que ello no ha de suponer ni supone una indebida aplicación del ámbito del contrato que pueda conducirnos a una verdadera fantasía contractual. No se trata ciertamente de conceder esta índole de reparación por consecuencias no económicas remotas que de ninguna manera han podido entrar en el cálculo de riesgos del deudor. La infracción del contrato supone siempre molestias y desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extrapatrimonial producido a resultas del incumplimiento y no ocasionalmente por él...<sup>34</sup>

En esa misma obra, con anterioridad —y de manera más bien crítica— la profesora Domínguez considera que la limitación de la indemnización del daño moral quedaría determinada por la exigencia de previsibilidad que configura el artículo 1558 del Código Civil.<sup>35</sup> Algo semejante entiende Hugo Cárdenas Villarreal, aunque su postura respecto a la deseabilidad de este límite resulta más ambigua.<sup>36</sup>

Por otra parte, la profesora Domínguez indica que para determinar qué perjuicios son previsibles, debe atenderse a la naturaleza de la obligación o a

<sup>33</sup> Prescindo de los autores y autoras que, de alguna manera, operaron como los primeros precursores de la aceptación del daño moral. Esa historia ha sido contada en otros lados (ver, por ejemplo DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1) y JANA y TAPIA, cit. (n. 20). Por lo demás, en doctrina, ya nadie parece discutir que el daño moral procede; la discusión más interesante se refiere a sus límites.

<sup>34</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), p. 355.

<sup>35</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), pp. 489-591.

<sup>36</sup> CÁRDENAS VILLARREAL, H., "Daño moral por incumplimiento contractual: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial", en *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, pp. 585-593.

las circunstancias que rodean a ésta.<sup>37</sup> Más adelante, añade que la previsibilidad puede provenir del incumplimiento de una obligación de seguridad<sup>38</sup> y, en definitiva, concluye que la previsibilidad depende del contenido del contrato.<sup>39</sup> Concluye señalando que la justificación de la previsibilidad se encontraría en el respeto a la voluntad contractual.<sup>40</sup>

El profesor Ramón Domínguez Águila comenta una sentencia de la Corte Suprema de 3 de enero de 2000 sobre incumplimiento contractual, en la que se demanda la indemnización del daño moral alegado por el representante de la Fábrica de Maestranzas del Ejército por el no pago de determinadas comisiones.<sup>41</sup> La Corte niega lugar a la indemnización, señalando que el simple incumplimiento de un contrato no origina daño moral, pues carece de aptitud para lesionar intereses extrapatrimoniales.

El profesor Domínguez manifiesta su acuerdo con la decisión, sin embargo, añade que la justificación no es adecuada. Estima que lo determinante consiste en precisar el "estricto ámbito contractual". Sirviéndose de la distinción entre contratos personales y comerciales concluye:

Un contrato de representación de una empresa productora de armamento y su ejecución por parte del representante no parece, en caso alguno, que pueda comprender dentro de su "ámbito" la consideración de intereses o situaciones no económicas en aquel sentido y que puedan ser "consecuencias virtualmente comprendidas en él", de modo que es imposible pretender que la falta de pago de las comisiones previstas pueda generar un daño moral.<sup>42</sup>

En un importante trabajo sobre indemnización del daño moral en materia contractual, Andrés Jana y Mauricio Tapia se manifiestan de acuerdo con las ideas de Domínguez Águila.<sup>43</sup> Señalan lo siguiente:

...en otros contratos (denominados por el *Common Law, commercial contracts*), por su naturaleza fundada esencialmente en el intercambio comercial de bienes y

<sup>37</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), p. 547.

<sup>38</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), p. 550.

<sup>39</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), p. 559.

<sup>40</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 1), p. 563.

<sup>41</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Responsabilidad contractual. Ausencia de daño moral", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2000, vol. 207, pp. 173-177.

<sup>42</sup> DOMÍNGUEZ, cit. (n. 41), p. 176.

<sup>43</sup> JANA y TAPIA, cit. (n. 20), p. 194.

servicios, resulta extraño a la naturaleza y riesgos tenidos a la vista por las partes al tiempo de contratar que el incumplimiento tenga consecuencias extrapatrimoniales para el acreedor.<sup>44</sup>

Jana y Tapia prestan especial atención al artículo 1558 y establecen como límite de la indemnización del daño moral la previsibilidad<sup>45</sup>, señalando una sentencia de la Corte Suprema de 1954 que lo indicaba de esta manera; añaden que se trata de una idea –la previsibilidad como límite del daño indemnizable– introducida por Pothier y que debe emparentarse con la noción de riesgo, en sus palabras:

Esta idea, la de dar contenido a la noción de previsibilidad a partir de la noción de riesgo, pareciera ser un camino particularmente fértil para fijar el ámbito de los daños indemnizables. Así, la pregunta acerca de cuáles daños son previsibles y cuáles no, podría replantearse entonces desde la perspectiva de ¿a quién pertenece el riesgo que ocasiona el daño?, ¿debe el daño ocurrido ser tratado como parte del riesgo de una parte o de la otra?<sup>46</sup>

Para responder a la pregunta acerca de qué riesgos asumieron las partes, Jana y Tapia indican que, aunque no de manera excluyente, debe prestarse atención a la naturaleza del contrato y a la obligación implícita de seguridad.<sup>47</sup>

Por su parte, el profesor Barros Bourie también considera que el límite de la indemnización del daño moral se encuentra determinado por la previsibilidad, y comparte la idea de dotar de inteligibilidad a esa noción a partir del riesgo asumido por las partes.<sup>48</sup> Señala Barros que existen algunos contratos que naturalmente involucran la protección de intereses extrapatrimoniales y que, en cambio, existen otros que resultan netamente comerciales.<sup>49</sup>

En el último tiempo, el profesor Vidal Olivares ha articulado una persuasiva presentación de los límites del daño moral.<sup>50</sup> Indica que el verdadero

<sup>44</sup> JANA y TAPIA, cit. (n. 20), p. 194.

<sup>45</sup> JANA y TAPIA, cit. (n. 20), p. 192.

<sup>46</sup> JANA y TAPIA, cit. (n. 20), p. 192.

<sup>47</sup> JANA y TAPIA, cit. (n. 20), pp. 193-194.

<sup>48</sup> BARROS, cit. (n. 6), p. 343.

<sup>49</sup> BARROS, cit. (n. 6), pp. 343-344.

<sup>50</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual" en: Domínguez, C., *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 641-661.

problema hoy en día es la amplitud de la aceptación de la indemnización por daño moral frente al incumplimiento contractual<sup>51</sup> y añade que la doctrina se encuentra de acuerdo en que el límite debe ser la previsibilidad.<sup>52</sup> Señala que, como cuestión previa, debe advertirse que no cualquier incumplimiento contractual genera un daño moral, pues la molestia debe tener cierta significancia –diversa a las que, inevitablemente, genera el incumplimiento contractual– para configurarse como daño moral<sup>53</sup> Con posterioridad, establece criterios para definir la procedencia del daño moral en sede contractual e indica que un primer criterio quedaría configurado por el contenido personal del contrato; si en cambio se trata de contratos con contenido patrimonial, la procedencia de la indemnización por daño moral por incumplimiento quedaría determinada por la presencia de culpa grave o dolo, factores que, por así decirlo, disolverían las limitaciones que impone el contrato a la procedencia del daño moral.<sup>54</sup>

Tras estas ideas del profesor Vidal late una semejante a las de Jana y Tapia por una parte, y Barros por la otra; Vidal la expone de la siguiente manera:

Para examinar los criterios o condiciones para la compensación del daño moral contractual es esencial tener en cuenta que la fuente de la obligación de indemnizar, cualquiera sea la naturaleza del daño, es el propio contrato, entendido como mecanismo de reparto de riesgos entre las partes y que no prevé sólo para el cumplimiento, sino también para el evento de su infracción, imputando responsabilidad al deudor según tal reparto.<sup>55</sup>

Pues bien, una mirada a la doctrina muestra que ha prestado atención a la cuestión de los límites del daño moral en sede contractual. Por otra parte, esos límites suelen asociarse con la previsibilidad, y la previsibilidad, por su parte, se asocia con la distribución de riesgos que hace el contrato. En tercer lugar, esa distribución de riesgos queda determinada por el contenido del contrato.

<sup>51</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 644.

<sup>52</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 646.

<sup>53</sup> VIDAL, cit. (n. 50), pp. 648-651.

<sup>54</sup> VIDAL, cit. (n. 50), pp. 657-660.

<sup>55</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 644.

## 3. PREVER Y ASEGURAR

a. *Dos formas de entender la previsibilidad*

Antonio Manuel Morales se ha preguntado acerca del significado de la fórmula: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato..." empleada por el artículo 1558. Señala que las alternativas posibles son dos: "o es una norma dispositiva (que incorpora contenidos al contrato, excluibles mediante el pacto), o una norma que, simplemente, nos remite al contenido del contrato".<sup>56</sup>

Conviene considerar con alguna detención estas dos alternativas. En palabras de Morales Moreno:

(a) Empecemos atribuyendo a la regla de la previsibilidad la naturaleza de norma dispositiva. Daño previsto o previsible se entiende en este caso conforme al criterio que ha prevalecido en el *Common Law* hasta el momento actual. Es todo daño que, en el momento de contratar, el contratante incumplidor previó o pudo prever que ocasionaría el incumplimiento al otro contratante. Este daño debe ser indemnizado, salvo que se excluya por la autonomía de la voluntad. El fin de protección del contrato, el deber de indemnizar daños, depende del conocimiento (real o imputable) del contratante, al contratar.

De entender así la expresión legal, el artículo 1558 I contendría una norma dispositiva que, salvo pacto en contrario, establecería el contenido del contrato, en lo que se refiere a la obligación de indemnizar, remitiéndose al dato del conocimiento del contratante. La norma, así entendida, añadiría contenidos vinculantes al contrato, al margen de la voluntad del obligado; aunque, por ser una norma dispositiva, podrían ser excluidos o modificados por la autonomía de la voluntad.

(b) La otra alternativa es considerar la regla del art. 1558 I CC ch, no como una norma dispositiva, sino como una norma enunciativa, que remite a lo que en cada caso disponga el contrato. El fin de protección del contrato lo determina, primariamente, la autonomía de la voluntad, y no una norma. Y, como no es frecuente que los contratantes pacten de modo explícito sobre los daños indemnizables, esta alternativa hace, a menudo, necesario interpretar el contrato para determinar cuál es su fin de protección y los daños indemnizables.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> MORALES, cit. (n. 17), p. 286.

<sup>57</sup> MORALES, cit. (n. 17), p. 286.

Una mirada a la doctrina considerada en el número anterior parece mostrar que su opción ha sido por la segunda alternativa, es decir, por entender la previsibilidad como riesgo asumido. Estos autores y autoras han considerado la cuestión exclusivamente a propósito del daño moral. En términos más generales —es decir, respecto del daño contractual en general—, la profesora Lilian San Martín, lo ha considerado de una manera semejante, aunque, probablemente, con mayor articulación, tratándose del daño contractual en general.<sup>58</sup>

Sin embargo, otro sector de la doctrina, ha considerado que debe optarse por la primera alternativa de comprensión de la previsibilidad. Probablemente entre ellos debe agruparse a aquellos que se limitan más bien a reproducir el contenido del artículo 1558<sup>59</sup> y, desde luego, a quienes lo manifiestan de manera más explícita. En este sentido, por ejemplo, Gatica Pacheco ha señalado que la distinción entre perjuicios previsto o imprevistos "Ha sido formulada tomando en consideración la mayor o menor posibilidad que haya tenido el

<sup>58</sup> SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual, en: J. A. Varas Braun, & S. Turner Saelzer (Edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 667.

<sup>59</sup> En este sentido BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1921, p. 42:

*Los perjuicios directos se dividen en previstos y no previstos. Son previstos los que se tuvieron o pudieron tenerse en vista al tiempo de celebrar el contrato; y no previstos, los de una diversa especie. Por regla general (art. 1558 inc. 1º), sólo se indemnizan los previstos, los otros, únicamente cuando se puede imputar dolo al deudor.*

FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 469:

*"siguiéndose la letra del Código, son los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. [...] en tanto, imprevistos "son los perjuicios que las partes no han previsto o no han podido prever al tiempo del contrato".*

MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil: de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 144, que define los perjuicios previstos de la siguiente manera:

*"son aquellos que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato", y los perjuicios imprevistos: "son aquellos que las partes no previeron ni pudieron razonablemente prever cuando la obligación se contrajo".*

ABELIUK, cit. (n. 4), p. 881:

*"perjuicios previstos son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; imprevistos serán, pues, los que no están en dicha situación", en términos tales que "como puede apreciarse, al igual que ocurre con el daño emergente y el lucro cesante, es cuestión de las circunstancias de cada caso determinar si los perjuicios son previstos o imprevistos, y queda mucho entregado al criterio del tribunal apreciarlos; por ello se ha fallado que es una cuestión de hecho determinar si los perjuicios tienen una u otra calidad".*

BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 1442-1443:

*"respecto de los perjuicios directos puede distinguirse entre perjuicios previstos, aquellos que las partes previeron o pudieron razonablemente prever al tiempo de contratar; e imprevistos, aquellos que por el contrario no previeron o razonablemente no pudieron prever".*

deudor, al tiempo de celebrar el contrato, de suponer los daños que pudieran derivarse de su eventual incumplimiento.<sup>60</sup>

En un sentido similar, Rodríguez Grez ha señalado:

Los perjuicios previstos son aquellos que resultan verosímiles o probables al tiempo de celebración del contrato, en atención a la relación causal que los determina. En otros términos, al momento de perfeccionarse el contrato y surgir la obligación, de acuerdo al desarrollo racional y normal de la causalidad, es posible representarse los perjuicios que probablemente se producirán en el evento de que ella —la obligación— no se cumpla.<sup>61</sup>

Siendo las cosas de esta manera, la previsibilidad asignaría los riesgos del incumplimiento al deudor, según si éste se representó la posibilidad de su ocurrencia o, razonablemente, podría haberlo hecho.

¿Cuál de estas dos alternativas respecto a la comprensión de la previsibilidad del daño debe preferirse? La respuesta, en mi opinión, es la segunda: el daño previsible es aquel asumido por el deudor, y éste no necesariamente corresponde al que se representó o pudo representarse al momento de la celebración del contrato. No es únicamente que en el ámbito chileno existan poderosos argumentos históricos derivados de las ideas de Pothier para considerarlo de esta manera.<sup>62</sup> Es que, además, se trata de una alternativa que se toma más en serio la voluntad de las partes y se encuentra más acorde a la facticidad de las relaciones contractuales.

Un ejemplo utilizado por Lord Hoffman en una conferencia en la Universidad de Edimburgo<sup>63</sup> puede contribuir a explicar el porqué de esto último. Se trata de una persona que detiene un taxi y le indica una dirección, añadiendo que si llega tarde perderá un negocio con una ganancia de cinco millones de libras esterlinas. El tiempo para llegar es razonable, sin embargo, el taxista ingresa mal los datos al navegador satelital de su vehículo, yendo a dar a un

<sup>60</sup> GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 102.

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ GREZ, P. *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 229.

<sup>62</sup> Acabados detalles sobre esto en MORALES, cit. (n. 17). Ver, también, ZIMMERMANN, R. "La limitación de responsabilidad por daños en el derecho contractual europeo", en Castresana, A. (ed.) *Defectos en el cumplimiento de la prestación. Derecho Romano y derecho privado europeo*, Ratio Legis, Madrid, 2014 y SAN MARTÍN, cit. (n. 58).

<sup>63</sup> HOFFMAN, L. "The Achilles: Custom and Practice of Foreseeability", en: *Edinburgh Law Review*, vol. 14 (1020), 2010, p. 53.

lugar totalmente distinto al deseado y arruinando la posibilidad de que la persona llegue a tiempo a su reunión ¿Debe el taxista indemnizar los cinco millones de libras?

Si se asume la primera alternativa de significado de la previsibilidad, la respuesta es, desde luego, sí. No es sólo que el taxista pudiera representarse la posibilidad del daño, es que lo hizo, y lo hizo porque el cliente se lo informó. Sin embargo ¿puede sostenerse que el taxista estaba asumiendo el riesgo de pagar 5.000.000 de libras esterlinas por la ganancia que le suministraba el pasaje? La respuesta, al menos, es que no puede afirmarse sin más que sí. Y eso es, exactamente, lo que produciría optar por la primera alternativa.

La respuesta a la que se llega empleando la segunda alternativa, es menos directa y más texturada: depende del riesgo asumido por el deudor en el contrato. Como ha sugerido Zimmermann respecto de la responsabilidad del deudor:

El método por el cual éstos [los riesgos de la responsabilidad] deberían ser asignados no depende necesariamente de lo que las partes pudieran prever, o de lo que tengan o podrían tener según su contrato, sino que se trata de un problema de interpretación del contrato y de determinar el interés que pretendía proteger la obligación que se ha incumplido.<sup>64</sup>

Sin embargo, al formular las cosas de esta manera, se descubre una característica casi ubicua de las nuevas soluciones, y es que vienen con nuevos problemas. El problema aquí consiste en determinar cómo se asignó el riesgo en el contrato, y lo que se sabe hasta ahora es más bien cómo no se asigna: exclusivamente a partir de la representación unilateral del deudor acerca de los daños que puede causar su incumplimiento.

La determinación de los criterios de incorporación del daño moral a la responsabilidad contractual resulta extremadamente espinosa. En este sentido Malaurie, Aynes y Stoffel-Munck consideraron, para el ámbito francés, hace algo más de una década, que acoger la indemnización equivalía a abrir una

<sup>64</sup> ZIMMERMANN, cit. (n. 62), p. 214. A la misma conclusión, aunque no por razones históricas, sino que morales, llega MOORE, M. *Causalidad y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009, traducción de T. Schleider, p. 638, en los siguientes términos:

*La responsabilidad contractual es (en general) una responsabilidad autoimpuesta. Los deberes impuestos por contrato son, típicamente, deberes que no se tendrían sin haber prestado acuerdo para ello. Por esta causa, es razonable aceptar que esas obligaciones autoimpuestas sean limitadas con respecto a los remedios disponibles frente a su incumplimiento, sólo a aquellos que las partes contratantes hayan acordado. Los límites respecto de los daños, entonces, muy plausiblemente serán una función del acuerdo de las partes contratantes: la regla moral/metafísica correcta sería, en efecto, correcta, si fuese acordada entre las partes o habría sido acordada entre ellas, si la hubiesen negociado.*

caja de Pandora de la responsabilidad civil.<sup>65</sup> No es el objetivo de este trabajo avanzar sobre esos criterios.<sup>66</sup> La razón es que me parece que enfrentar esta tarea exige algo que excede las posibilidades de estas páginas, y es examinar en forma sistemática las sentencias sobre daño moral en materia contractual en negocios tan disímiles como la compraventa, el contrato de cuenta corriente, la promesa, servicios médicos o mandato, entre otros.<sup>67</sup> Creo, en cambio, que resulta menos provechoso hacerlo en términos abstractos como, en general, se ha hecho en Chile.

La aproximación de este trabajo a la cuestión de los riesgos es, por decirlo de algún modo, terapéutica. Se trata de intentar formular la pregunta correctamente. Los criterios corresponden a determinados parámetros que orientan en la respuesta a la pregunta acerca de si el contrato protegía o no intereses extrapatrimoniales. La respuesta a esa pregunta equivale a preguntar si los daños eran o no previsibles, y eso es lo mismo que preguntarse si el deudor había asumido el riesgo del daño moral derivado de su incumplimiento. En definitiva, entonces, la pregunta viene a ser ¿cómo determinar si el deudor había asumido ese riesgo?

Como ya ha quedado dicho, asumir las cosas desde este enfoque trae problemas —la determinación de los criterios de incorporación del daño moral al contrato— que no serán tratados aquí, pero también trae ventajas en la comprensión del asunto, a las cuales me interesa prestar atención.

*b) Reconsiderando algunas cuestiones del daño moral en materia contractual*

Una primera ventaja de comprender el daño moral en materia contractual como una cuestión de asunción de riesgos —probablemente la principal—, se

<sup>65</sup> MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, Defrenois, Paris, 2005, 2ª edición, p. 136.

<sup>66</sup> Aunque sí del próximo.

<sup>67</sup> Para examinar esta cuestión puede considerarse, además de las autoras y autores ya citados, el valioso esfuerzo de SAN MARTÍN, cit. (n. 58) en Chile. Otros trabajos que, al menos a mí me han prestado utilidad para pensar la cuestión son GOLDBERG, Charlotte, "Emotional Distress Damages and Breach of Contract: A New Approach", en *U.C. Davis, Law Review*, 1986, vol. 20, pp. 57-104; HOLMES, Renee, "Mental Distress Damages for Breach of Contract", en *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 2004, vol. 35, pp. 687-710; y MCCAMUS, John, "Mechanisms for Restricting Recovery for Emotional Distress in Contract", en *Loyola Los Angeles Review*, 2008, vol. 42, pp. 51-89.

refiere a la argumentación en los juicios y sentencias sobre daño moral en materia contractual. La carga argumentativa de los demandantes —y también del tribunal en su sentencia— no sólo se refiere a la existencia del contrato, su incumplimiento y la afectación de intereses extrapatrimoniales, sino también al hecho de que el contrato protegía dichos intereses extrapatrimoniales. Una consideración más sistematizada de la forma en que se solicita y concede —o no— el daño moral en materia contractual deberá esperar a un próximo trabajo. Sin embargo, una lectura preliminar de sentencias al respecto enseña que los tribunales se preocupan con mayor o menor acierto de la existencia de un daño moral, pero no prestan demasiada atención al hecho de que ese contrato en particular tutelara intereses extrapatrimoniales.

Así, por ejemplo, en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 22 de diciembre de 2015, se discute acerca del daño moral que causó a los demandantes el incumplimiento por parte de un mandato para contratar seguro de daños respecto de un inmueble.<sup>68</sup> Se tiene por acreditada la existencia del daño moral, sin embargo, nada se dice acerca de por qué en ese caso procedía este tipo de indemnización. En un sentido semejante, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de julio de 2013, sobre la tardía eliminación de antecedentes comerciales por el uso de una tarjeta de crédito, indica que existió incumplimiento contractual y "angustia y preocupación de verse su reputación y vida cotidiana perjudicada de algún modo, pero nada se indica acerca de si el contrato de crédito tutelaba o no intereses patrimoniales.<sup>69</sup> En tercer lugar, puede considerarse la sentencia de la Corte Suprema de 30 de marzo de 2012, que conoce de la infracción de un contrato de cuenta corriente por pago de un cheque con firma disconforme.<sup>70</sup> Una vez más, se encuentra acreditado tanto el incumplimiento como el daño moral, pero no existe ninguna reflexión acerca de si esos daños estaban cubiertos o no por el contrato de cuenta corriente. Algo semejante sucede con las sentencias de la Corte Suprema de 4 de julio de 2010<sup>71</sup>, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 24 de enero de 2012<sup>72</sup> y de Corte de Apelaciones de Talca de 22 de julio de 2011<sup>73</sup>, por citar solo algunas.

<sup>68</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de diciembre de 2015, rol N° 1400-2015.

<sup>69</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 2013, rol N° 298-2012.

<sup>70</sup> Corte Suprema, 30 de marzo de 2012, rol N° 2560-2011.

<sup>71</sup> Corte Suprema, 4 de julio de 2010, rol N° 137-2010.

<sup>72</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 24 de enero de 2012, rol N° 738-2011.

<sup>73</sup> Corte de Apelaciones de Talca, 22 de julio de 2011, rol N° 922-2011.

Lo que evidencian todos estos casos es que la práctica argumentativa respecto del daño moral en materia contractual ha resultado defectuosa, pues tratándose todos ellos de contratos con prestaciones patrimoniales no llegó siquiera a discutirse si los intereses extrapatrimoniales se encontraban tutelados por el contrato.

Asumiendo el enfoque del interés protegido, desde luego, debe acreditarse la afectación de un interés extrapatrimonial, pero, además de eso, debe probarse que el contrato tutelaba dicho interés. En este sentido puede considerarse el voto disidente de la sentencia de la Corte Suprema de 26 de septiembre de 2013 sobre un contrato de construcción.<sup>74</sup> En él, el Ministro Pierry señala lo siguiente:

Primero: Que si bien se admite la indemnización del daño moral en la esfera de la responsabilidad contractual, tal como lo ha reconocido esta Corte, concediéndola, ello sólo ha sido aceptado en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata, no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales.

En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en que la convención extiende su ámbito al resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales, o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio, sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc.

Segundo: Que de esta manera, entonces, es posible explicar que si de ordinario el incumplimiento en este orden sólo lesiona de modo directo intereses económicos o concernientes al patrimonio del contratante acreedor, el Código Civil, en su artículo 1556, señale únicamente como rubros de lesión o detrimento a considerar en la evaluación judicial provocada por tal incumplimiento el daño emergente y el lucro cesante, ambos de indiscutible carácter material.

Por el contrario, es posible afirmar que si el negocio afecta no sólo a derechos e intereses patrimoniales, su inexecución puede, causal y directamente, menoscabar derechos o intereses de una naturaleza puramente personal, propia de la intimidad del acreedor, circunstancia que hace posible el otorgamiento de una indemnización que repare el dolor o quebranto espiritual sufrido por la demandada.

Tercero: Que, en la especie, atendido el contenido y la naturaleza de la convención que origina la controversia –un contrato de ejecución de obras– las obligaciones a que ella dio lugar quedaron limitadas exclusivamente al resultado material de las mismas. Por ello, no resulta procedente acceder al daño moral solicitado por la actora en su demanda, como lo hizo la sentencia recurrida, pues en este caso

<sup>74</sup> Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, rol N° 375-2013.

no se dan los supuestos a que se ha hecho referencia en los motivos anteriores; y, en consecuencia, al acceder a su resarcimiento, los sentenciadores de la instancia han incurrido en una infracción del artículo 1556 del Código Civil, la que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que sólo puede ser remediada mediante la invalidación del mismo. Y la consecuente sentencia de reemplazo.<sup>75</sup>

Como puede verse, el razonamiento del Ministro Pierry no se encuentra determinado por la presencia de un daño moral, sino por el hecho de que, atendido su contenido y naturaleza, el contrato no tutelaba intereses extrapatrimoniales.

Probablemente explicitar este razonamiento no resulte tan relevante en contratos en donde suele asumirse la protección de intereses extrapatrimoniales como los que disciplinan prestaciones médicas o el contrato de trabajo, pero tiene importancia en otros en los cuales las prestaciones típicamente tienen un carácter más patrimonial, como la promesa, el contrato de construcción o de cuenta corriente. En ellos, a diferencia del contrato de prestaciones médicas, por ejemplo, la asunción de que se encuentran protegidos intereses extrapatrimoniales no debería resultar automática, sino que debería justificarse de manera más intensa.

Una segunda ventaja de la aproximación propuesta a la indemnización del daño moral en materia contractual es que, según me parece, permite comprender de forma más adecuada lo que podría denominarse la “significancia” del daño moral.

Sugiere el profesor Vidal que “el deudor asume el riesgo normal de molestias o disgustos que pudiere causar un eventual incumplimiento”.<sup>76</sup> Más adelante añade: “La frustración de no recibir el cumplimiento prometido no puede ser objeto de reparación.”<sup>77</sup>

Esta es una idea suficientemente difundida<sup>78</sup>, aunque, como el mismo profesor Vidal lo advierte, no necesariamente compartida por los tribunales chilenos.<sup>79</sup> Sin embargo, existen recientes sentencias en las que se establece expresamente. Así, por ejemplo, en tres recientes sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago se rechazó el daño moral alegado por incumplimiento contractual, señalándose lo siguiente:

<sup>75</sup> Negrillas añadidas.

<sup>76</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 649.

<sup>77</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 649.

<sup>78</sup> Ver, por ejemplo, DIEZ-PICAZO, cit. (n. 6), pp. 85-93.

<sup>79</sup> Ver la sentencia de la Corte Suprema citada en VIDAL, cit. (n. 50), pp. 649-650.

...tampoco existe en la especie, prueba alguna tendiente a demostrar que lo que se reclama a título de daño moral sea una afectación distinta a la simple molestia o perturbación propia de todo incumplimiento contractual. En tal sentido, conviene tener presente que la sola infracción de un contrato no da lugar a una reparación por daño moral porque la sola molestia, perturbación o desagrado que le genera al acreedor la transgresión no es suficiente para configurarlo como tal. De lo contrario, se llegaría al exceso de que todo incumplimiento en el marco mencionado generaría un daño moral, dado que esas consecuencias son propias a toda conculcación.<sup>80</sup>

Como puede verse, las molestias que conlleva el simple incumplimiento no deben indemnizarse. Sin embargo, una pregunta interesante es ¿por qué? La razón que consigna la Corte es que “la sola molestia, perturbación o desagrado que le genera al acreedor la transgresión [del contrato] no es suficiente para configurarlo como tal”.

Resulta, sin embargo, curioso que el daño moral tenga este requisito de “significancia” del cual el daño patrimonial, en materia contractual, carece<sup>81</sup>. Quizás no sea eso lo que quiere decir la Corte. Para advertirlo puede considerarse otra parte del párrafo transcrito: “[D]e lo contrario, se llegaría al exceso de que todo incumplimiento en el marco mencionado generaría un daño moral, dado que esas consecuencias son propias a toda conculcación”.

Para calibrar esta afirmación ha de advertirse que, al menos en los casos que considera el profesor Vidal, se trata de contratos que tienen un marcado carácter patrimonial o, dicho con otras palabras, en los cuales los intereses protegidos tienen carácter predominantemente patrimonial. Entonces, lo que probablemente quiere decir la Corte es que, en contratos en los que se aspira a tutelar únicamente intereses patrimoniales, no se añade como interés extrapatrimonial la molestia, perturbación o desagrado del incumplimiento, porque, de otra manera, se terminaría integrando el daño moral a contratos en los que las partes no lo quisieron así. Sin embargo, si el objetivo del contrato es proteger intereses extrapatrimoniales –por ejemplo la tranquilidad o el descanso– entonces no parece nada de evidente que esa molestia no deba indemnizarse, pues es precisamente frente a molestias de ese tipo ante las cuales el contrato pretendía inmunizar al acreedor. Particularmente, porque todo indica que la

<sup>80</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 23 de enero de 2015, rol N° 1552-2014, sentencia de 19 de febrero de 2015, rol N° 1691-2014 y sentencia de 27 de febrero de 2015, rol N° 1603-2014.

<sup>81</sup> Después de todo, al menos en teoría, se puede cobrar aún sumas mínimas de dinero por incumplimiento contractual.

concepción de daño moral que, en general, asumen los tribunales chilenos es de carácter subjetivo.<sup>82</sup> En este sentido puede considerarse la sentencia de la Corte Suprema de 30 de marzo de 2012, respecto de un contrato de cuenta corriente en el que el banco pagó un cheque con firma disconforme<sup>83</sup> y en cuyo considerando duodécimo se lee lo siguiente:

Que entendido el daño moral como el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, causado a la espiritualidad de la víctima como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la infracción a un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, que puede afectar a la víctima o a un tercero...<sup>84</sup>

En un sentido muy similar, la sentencia de la Corte Suprema de 4 de julio de 2011, respecto de un crédito incorrectamente castigado<sup>85</sup>, señala lo siguiente:

Ese daño no material, encuentra su fundamento en la propia naturaleza de la psicología afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que el mismo se produce siempre que un hecho externo afecta a la integridad física o moral del individuo y, por lo tanto, su regulación pecuniaria se halla por entero en la esfera de apreciación del tribunal.<sup>86</sup>

Una tercera ventaja de la aproximación que se propone al daño moral en materia contractual, se encuentra en relación con una idea suficientemente difundida según la cual en los contratos comerciales no se indemniza el daño moral. La razón de esto no puede ser que dicho daño sea imprevisible en el sentido que el deudor no pueda representarse el riesgo de su acaecimiento. En este sentido, en *Johnson v Unisys*, un importante caso inglés de 2003, Lord Millet consideró que los sentimientos de angustia, frustración y decepción que provoca el incumplimiento de un contrato no se excluyen de la indemnización

<sup>82</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Thomson Reuters, Cizúr Menor Navarra, 2010, pp. 1230-1231, explica que el daño moral se puede concebir de dos maneras diversas. La primera, es objetiva en términos que los intereses de carácter patrimonial que pueden ser lesionados son limitados. En cambio, en la versión subjetiva, quedaría comprendido cualquier interés jurídico de carácter extrapatrimonial. El derecho alemán se decanta por una concepción objetiva (ver SOLÉ FELIU, Josep, “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”, *Indret*, 2009, 1, pp. 14-17), el español según Carrasco opta por el subjetivo.

<sup>83</sup> Corte Suprema, 30 de marzo, de/2012, rol N° 2560-2011.

<sup>84</sup> Negrillas añadidas.

<sup>85</sup> Corte Suprema, 4 de julio de 2011, rol N° 137-2010.

<sup>86</sup> Negrillas añadidas.

porque sean imprevisibles; en realidad sucede lo contrario: son extremadamente predecibles y, por lo mismo, debe considerarse que cada una de las partes asumió los riesgos de esa lesión.<sup>87</sup>

Por otra parte, tampoco es el caso que esos sentimientos de angustia, frustración y decepción que provoca el incumplimiento de un contrato no constituyan daño moral, pues todo indica que la forma en que entienden los tribunales el daño moral es más bien subjetiva y, por lo mismo, en un contrato cuyo ámbito de aplicación alcance intereses extrapatrimoniales dicho daño se indemnizaría.

Lo que sucede, es una cuestión distinta que disuelve esta paradoja de la previsibilidad: no se trata, exactamente de preguntar qué riesgos se representaron las partes, sino cuáles asumieron.

#### *c) El caso de los contratos disciplinados por la ley N° 19.496*

Señala el profesor Álvaro Vidal que, tratándose de los contratos disciplinados por la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, no sería relevante si se trata de un contrato con contenido patrimonial o personal para efectos de la indemnización del daño moral, pues el caso es que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° e) de la ley N° 19.496 que ordena indemnizar todo daño, fluye un deber de protección de la indemnidad personal del consumidor.<sup>88</sup>

Esto no significa, sin embargo, que cualquier contrato celebrado con consumidores involucre la protección de intereses extrapatrimoniales. De esta manera, resulta posible considerar tres sentencias recientes de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 de enero de 2015<sup>89</sup>, de 27 de enero de 2015<sup>90</sup> y de 19 de febrero del mismo año<sup>91</sup>. En las tres sentencias se repite exactamente la misma idea y prácticamente con las mismas palabras, tomaré la formulación de la sentencia de 19 de febrero:

<sup>87</sup> KRAMER, cit. (n. 2), p. 506.

<sup>88</sup> VIDAL, cit. (n. 50), p. 654.

<sup>89</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de enero de 2015, rol N° 1552-2014.

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de enero de 2015, rol N° 1603-2014.

<sup>91</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de febrero de 2015, rol N° 1691-2014.

En relación con el tópico indicado es menester anotar que, como resulta acreditado en autos, el contrato habido entre las partes era uno que lleva envuelto exclusivamente derechos o intereses de orden patrimonial. Por lo mismo, para que pudiese demandarse una eventual reparación del daño moral era indispensable que se hubiese probado fehacientemente, por un lado, que en concreto la convención referida llevaba envuelta derechos o intereses de tipo extrapatrimonial que, en caso de incumplimiento pudieren generar afectaciones de orden no económico y, por otro, que existía una violación contractual que había afectado tales derechos e intereses. Sucede que en la situación que se examina ninguna de esas dos condiciones se encuentran justificadas de modo alguno; 2°) Que, ciertamente, en el caso *sub judice* no existe prueba alguna que demuestre la incorporación de esos derechos e intereses extrapatrimoniales en el contenido del contrato, sea porque así haya sido acordada por las partes, sea porque deba entenderse envuelta dentro de los perjuicios previstos o que debieron haberse previsto que acarrearía el incumplimiento, o porque la naturaleza del contrato debe hacer presumir aquello.

La lectura del párrafo transcrito pareciera indicar que del hecho de que el artículo 3° e) de la ley N° 19.496 ordene la indemnización de todo daño causado, no se sigue que todo contrato celebrado con un consumidor tutele intereses de carácter extrapatrimonial, sino que, por el contrario, es necesario que el acreedor que considera lesionados estos intereses lo acredite.

Lo que resulta extremadamente probable es que el texto del artículo 3° e) de la ley N° 19.496 no haya tenido como objeto expandir el área de protección de contratos con contenido predominantemente patrimonial, sino más bien, despejar la duda acerca de la procedencia de la indemnización por daño moral en materia contractual.

Ahora bien, en mi opinión, de los dichos del profesor Vidal no se sigue que él piense que cualquier contrato que involucre a consumidores protege intereses patrimoniales. Creo que lo que afirma es que toda vez que el artículo 3° d) establece como derecho la seguridad en el consumo, por lo mismo, por disposición legal todo contrato de consumo involucra la tutela de aquellos intereses extrapatrimoniales que alcanza el deber de seguridad. Al considerar las cosas de esta manera, la pregunta que surge es cuáles son exactamente los intereses que protege ese deber de seguridad, y todo indica que no es la angustia o malestar que pueda causar el incumplimiento contractual.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> Ver sobre la seguridad en el consumo BARRIENTOS, Francisca y CONTARDO, Juan Ignacio, "Comentario artículo 23", en: I. de la Maza y C. Pizarro (eds.) *La protección de los derechos de los consumidores*, UDP-Thomson Reuters, Santiago, 2013.

De esta manera, lo que parece correcto —y esta, según creo, sería también la opinión del profesor Vidal— es que resulta correcto afirmar que la ley N° 19.496 ensancha el ámbito de protección del contrato, pero, a la vez, resulta necesario advertir que dicho ensanchamiento se limita a los intereses extrapatrimoniales que se derivan de los derechos que establece dicha ley a favor del consumidor.

Me parece que esta constatación no es únicamente importante para efectos de la ley N° 19.496, sino también respecto de cualquier otra ley que establezca la reparación de todos los daños derivados del incumplimiento contractual.

*d) Excediendo el interés protegido por el contrato*

Un último extremo al cual conviene prestar atención se refiere a un supuesto en el cual la indemnización sobrepasa los intereses protegidos por el contrato, cubriendo la lesión de intereses que no se consideran protegidos por éste. Se trata de lo dispuesto en el artículo 1558 CC respecto del dolo.

Como resulta bien sabido, según esta disposición, la indemnización cubre únicamente los perjuicios previsibles, salvo que el incumplimiento haya sido doloso, pues en este caso, alcanza no únicamente a los perjuicios que se evitaron o pudieron preverse, sino que, además, a todos aquellos que “fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado el cumplimiento”.

Considerando esta regla, el profesor Álvaro Vidal señala que los tribunales superiores de justicia se han servido de ella para expandir los intereses protegidos por el contrato, toda vez que en el incumplimiento contractual haya existido culpa grave o dolo.<sup>93</sup>

Por su parte, el profesor Antonio Manuel Morales Moreno ha explicado la cuestión en una clave de una noción objetiva de la indemnización, señalando que el sólo incumplimiento “no determina más consecuencia que la de indemnizar los daños correspondientes al fin de protección del contrato”.<sup>94</sup> Sin embargo, añade, la reprochabilidad de un incumplimiento doloso traspasa con claridad el estricto ámbito de la responsabilidad contractual. En sus palabras:

El dolo del deudor, que acompaña al incumplimiento, lo transforma, hasta el punto de constituir una causa de atribución de responsabilidad distinta del mero incum-

<sup>93</sup> VIDAL, cit. (n. 50), pp. 657-660.

<sup>94</sup> MORALES, cit. (n. 17), p. 173.

plimiento; justifica que el deudor asuma una responsabilidad con un contenido indemnizatorio más amplio que el específico de la responsabilidad contractual.<sup>95</sup>

Domesticar el daño moral en materia de incumplimiento de contratos es una tarea extremadamente ardua. En este trabajo no me ha interesado articular detalladamente la forma de hacerlo, sino, más bien, enfatizar un punto que puede contribuir a pensar con mayor corrección este espinoso asunto.

El punto es el siguiente: el remedio indemnizatorio no aspira exactamente a situar a quien padece el incumplimiento en una posición como aquella en que hubiere quedado de haberse cumplido íntegra y oportunamente el contrato. La pretensión consiste más bien en reparar el daño causado a los intereses protegidos por el contrato.

La diferencia —el delta que puede existir entre la posición en que hubiera quedado una persona de cumplirse el contrato y la reparación del daño causado a los intereses protegidos por el contrato— puede ser importante. Quizás esto se revele con especial elocuencia tratándose del daño moral y, por lo mismo, sea especialmente importante enfatizarlo en esta sede.

La idea es que frente a un reclamo de indemnización por daño moral frente a un incumplimiento contractual, lo importante no es únicamente considerar si se produjo o no un daño moral, sino que, además, precisar si el contrato protegía frente a la lesión de los intereses extrapatrimoniales lesionados.

Cuando se reflexiona de esta manera, se advierte que no todo contrato protege intereses extrapatrimoniales; así lo dispone el artículo 1558. Y cuando se considera qué dispone el artículo 1558 a este respecto, se advierte que la mejor comprensión de la previsibilidad no es como la representación de los daños que puede causar el incumplimiento, sino como su asunción; y, entre una y otra cosa —como lo muestra el ejemplo del taxista de Lord Hoffman— puede haber mucha diferencia.

<sup>95</sup> MORALES, cit. (n. 17), p. 174.