

Nºs 223-224
Año LXXVI
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2008
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*LA PREVISIBILIDAD EN MATERIA DE DAÑOS**

MANUEL BARRIA PAREDES**
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

Prever importa descubrir intelectualmente un enlazamiento causal entre un hecho conocido y el que probablemente se seguirá de él¹.

En nuestro sistema de responsabilidad subjetiva, la previsibilidad es el criterio básico y determinante de todo juicio de atribución del daño. Como sostiene Domínguez: "La idea del principio *neminem laedere* parte de la base que en nuestro actuar social todos hemos de comportarnos con un criterio de normalidad. Para actuar socialmente con seguridad, partimos de la base del actuar que es propio al hombre normal.

Por ello en tal sistema, el juez resuelve la cuestión de responsabilidad preguntándose si un hombre prudente habría previsto que el daño en cuestión resultaría probable de su acción. Ahora bien, ese examen es propio del elemento subjetivo, de la culpa..."².

* Trabajo realizado en la asignatura Teoría General del Derecho Civil del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile bajo la dirección de la profesora Dra. Carmen Domínguez Hidalgo.

** Colaborador académico del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencias Jurídicas y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Rodríguez Grez, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992, p. 11.

² Domínguez Aguila, Ramón, "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno", en Revista *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 2000, número 10, p.120 (Este artículo también se encuentra publicado en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 209, enero-junio, 2001, p. 14).

La previsibilidad es dentro de la responsabilidad civil uno de los temas más complejos de determinar, debido, en gran parte, a que no hay un estudio sistemático del mismo. En primer lugar, no está regulado de la misma forma en la responsabilidad civil contractual y en la extracontractual.

Además, hoy se agrega un nuevo problema, debido a que la responsabilidad objetiva tiene mayor importancia, entonces la previsibilidad jugará un rol importante como límite a la extensión de la reparación. Así es como se ha pasado del principio de que “no hay responsabilidad sin culpa”, al que “todo daño debe ser indemnizado”³.

Es así como Domínguez Aguila sostiene que “si el sistema de responsabilidad está basado en la culpa, concebida bajo la base de la previsibilidad, es esta noción la que limita el alcance de la responsabilidad y lo hace interviniendo no solamente para determinar si ha existido o no negligencia, sino, además, para indicar cuáles daños han entrado en la esfera del deber de conducta del sujeto que actúa. La falta de previsibilidad actúa de una doble manera: por una parte, para determinar si la conducta observada por el demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo y debió prever que ese acto podía causar y por otra, para fijar la extensión del daño reparable con el fin de no extender la responsabilidad a daños remotos⁴.

Entraremos en el estudio de la previsibilidad del daño, tomando los elementos que tanto la doctrina como la jurisprudencia nos entregan para tratar de llegar a entender este fenómeno.

Para ello vamos a dividir el trabajo en tres partes. En la primera analizaremos la previsibilidad en la responsabilidad civil contractual. Posteriormente entraremos en el estudio de los daños previstos o previsibles en el campo de la responsabilidad civil extracontractual⁵. Finalmente nos ocuparemos del problema de la previsibilidad y la unificación del *quantum* resarcitorio en la responsabilidad civil.

³ Sobre la evolución de la objetivación de la responsabilidad civil, véase, Domínguez Hidalgo, Carmen, “Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: Versión original y mirada del presente”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Tomo II, Editorial Jurídica Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 819.

⁴ Domínguez Aguila, “Aspectos de la relación...”, art. cit. p. 120.

⁵ La razón por la que se va a tratar la previsibilidad en la responsabilidad contractual separada de la extracontractual radica en que se ha estimado tanto parte de la doctrina y la jurisprudencia que el artículo 1.558 del Código Civil, fuente de nuestro trabajo, sólo opera en la responsabilidad civil, y jamás en la extracontractual.

I. LA PREVISIBILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La exigencia de la previsibilidad encuentra su origen en el derecho francés. La distinción entre perjuicios directos e indirectos, y previstos y no previstos; como asimismo la apreciación del dolo y de la culpa en que haya incurrido el deudor, fueron formuladas por Dumoulin⁶ en su obra sobre *Daños y Perjuicios* desarrollada posteriormente por Domat y sistematizada por Pothier, en su *Tratado de las Obligaciones*⁷.

⁶ León González, José María, "De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: los daños previstos o previsibles", en: *Estudio de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Editorial La Ley, España, p. 138, argumenta que Dumoulin habría extraído esta idea del Digesto 19, 1, 43-44 a propósito del saneamiento en la compraventa. Así señala que "no parece aventurado afirmar que Dumoulin tenía ante sus ojos este texto cuando redactaba el pasaje del *Tractatus* a que me he referido hace un momento y que en él se ha inspirado –si consciente o inconscientemente, es ya otra cuestión– para formular su teoría sobre la previsibilidad de los daños". Esta misma idea aparece posteriormente referida en: Barrientos Zamorano, Marcelo, "Los daños patrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, 2007, p. 9 y ss.,

⁷ Así, Pothier, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 92 señalaba que "cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación: pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sufrido otros".

En este sentido Josseland, Louis, *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y compañía editores, Buenos Aires, 1950, p. 512, señala que "el artículo 1.150 distingue según que la inejecución sea imputable al dolo o a la culpa simple del deudor: en este último caso, el más favorable para él, su responsabilidad está limitada a los daños 'que han sido previstos o que han podido preverse desde el momento del contrato'; solamente en caso de dolo engloba también los daños no previstos, hasta los daños imprevisibles, siempre, no obstante, que sean consecuencia directa de la inejecución de la obligación. La diferencia es equitativa y jurídica: el deudor que incurre en dolo se evade de la ley contractual y no puede ya involucrarla; se pone él mismo fuera del contrato; mientras que, si ha incurrido en una simple culpa, su responsabilidad se rige por la convención, que debe determinar su extensión: únicamente los daños convencionalmente previsibles entran en cuenta".

Ripert, Gorges y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Volumen I, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 491, en el mismo sentido señalan que "al no tener en cuenta más que lo que ha sido la consecuencia real del incumplimiento, se pueden encontrar además dos clases de daños: los unos son naturales y ordinarios, de suerte que han podido ser previstos por el deudor; los otros son excepcionales, de manera que el deudor no ha podido preverlos. Es justo que el deudor soporte, en cualquier hipótesis, los daños que 'ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato'. En lo referente a los daños imprevistos, la ley establece una distinción: si el deudor está exento de dolo, no responde de ellos; pero si ha habido dolo de su parte, debe la reparación de todos los daños, incluso imprevistos, cualquiera sea la suma a que puedan ascender".

Los Mazeaud y Tunc, en Mazeaud, Henri y Léon; Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 569, señalaban que "así, en lugar de quedar obligado por la totalidad del perjuicio, el deudor cuya culpa no sea intencional no está sujeto sino por el daño previsible, exclusivamente. Mientras que la culpa contractual intencional obliga a su autor a una reparación íntegra, la culpa contractual no intencional no constriñe más que a la reparación del daño previsible. La ley crea una situación de favor al autor de la culpa contractual no intencional".

El Código Civil francés en su art. 1.150 expresa que “el deudor no está obligado sino por los daños y perjuicios que han sido previstos o que se han podido prever con ocasión del contrato, siempre que no sea debido a su dolo que la obligación no ha sido ejecutada”⁸.

Por su parte, el art. 1.107 del Código Civil español indica que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

El art. 1.225 del Código Civil italiano dispone que “si el incumplimiento o la mora no se deben a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que nació la obligación.

En nuestro país, a partir de la norma contemplada en el art. 1.558 del Código Civil, se ha discutido latamente en qué consiste el criterio de la previsibilidad. Esta norma señala que “si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”⁹. Esto hace que en materia de clasificación de los daños, en lo referente al tema que nos ocupa, tengamos cuatro categorías, a saber, perjuicios previstos, perjuicios imprevistos, perjuicios directos y perjuicios indirectos¹⁰.

Abeliuk sostiene que perjuicios previstos son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato¹¹. En el mismo sentido Tapia¹². Rodríguez señala que perjuicios previstos son aquellos que resultan verosímiles o probables

⁸ *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dolo que l'obligation n'est point exécutée.*

⁹ Para estudiar con mayor profundidad la evolución histórica de estas categorías de daños véase: Gatica Pacheco, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 134 y ss.; Domínguez Hidalgo, Carmen, *El Daño Moral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 493 y ss.; Fuentes Guíñez, Rodrigo, “El deber de evitar o mitigar el daño”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 217-218, 2005, p. 239 y ss.

¹⁰ En realidad la gran clasificación de perjuicios en esta materia es entre daños directos e indirectos, siendo una subclasificación de los primeros la que distingue entre daños previstos e imprevistos.

¹¹ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2005, p. 792.

¹² Tapia Suárez, Orlando, *De la Responsabilidad Civil en general y de la Responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial Jurídica Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 117.

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 cumpla¹³.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 23 de abril de 1925 señalaba que “los perjuicios que se previeron o pudieron preverse son los que se derivan necesariamente de la obligación misma y que tienen íntima relación con ella y, en general, aquellos que ocasionan una pérdida efectiva”¹⁴. En otro fallo de 9 de noviembre de 1927 concluía que “son perjuicios que pueden ser previstos al tiempo del contrato, aquellos que el acreedor, con ocasión de la falta de cumplimiento por parte del deudor, pudiera sufrir en la cosa misma que es objeto o materia de la convención y no en los que por tal motivo se le hayan causado en sus demás bienes; es decir, aquellos perjuicios cuya causa haya podido ser prevista, por más que no lo haya sido la importancia o cuantía de ellos”¹⁵.

Perjuicios imprevistos, según Tapia, son aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever al tiempo del contrato¹⁶. Rodríguez sostiene que perjuicios imprevistos son todos aquellos que se causan a condición de que sean consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento¹⁷.

Zannoni señala que hay daño directo cuando el perjuicio es consecuencia inmediata del evento dañoso¹⁸. En el mismo sentido Abeliuk¹⁹ y Díez²⁰.

Hay daño indirecto cuando el perjuicio resulta de la conexión del evento dañoso con un hecho distinto; se llama también daño mediato²¹. Tapia sostiene que perjuicios indirectos son aquellos que no implican sino una consecuencia mediata, o más o menos remota, de la infracción del contrato²².

Teniendo claridad en estas distinciones entre daño previsto e imprevisto, y directo e indirecto, podemos entrar en el estudio que nos convoca.

¹³ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 229.

¹⁴ *R.D.J.*, tomo 23, sec. 1ª, p. 273.

¹⁵ *R.D.J.*, tomo 25, sec. 1ª, p. 472.

¹⁶ Tapia Suárez, *De la responsabilidad...*, ob.cit. p. 117.

¹⁷ Rodríguez Grez, *Responsabilidad...*, ob. cit. p. 229.

¹⁸ Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 92.

¹⁹ Abeliuk, *Las obligaciones*, ob. cit., p. 236.

²⁰ Díez, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 71.

²¹ Zannoni, *El daño...*, ob. cit., p. 92.

²² Tapia Suárez, *De la responsabilidad...*, ob. cit., p. 120.

Como principio general, podemos afirmar que en materia contractual sólo se va a responder de los perjuicios directos. El Código Civil, en su artículo 1.558, es claro al señalar que el deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

Por lo tanto, en sede contractual, el deudor jamás va a responder de daños indirectos por expreso mandato de la ley. Un fallo reciente de la Corte Suprema, de fecha 27 de diciembre de 2000, ha señalado que la indemnización comprende el daño emergente y lucro cesante, y que de acuerdo al artículo 1.558 del mismo texto legal sólo son indemnizables los perjuicios directos –nunca los indirectos–, previstos e imprevistos, según el grado o naturaleza de la culpa; de aquí se desprende que únicamente son reparables los daños ciertos y no los meramente eventuales o hipotéticos. En el caso sub-lite, no existe prueba alguna que conduzca a determinar que hubo dolo ni culpa grave –equivalente al dolo en materia civil–, por lo que la obligación de indemnizar se extiende sólo a los perjuicios previstos, es decir, a aquellos que se previeron o pudieron preverse²³.

En el caso de los perjuicios previstos, también el deudor va a responder en todo evento. La norma señala que el deudor va a responder de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

Distinta es la situación de los perjuicios imprevistos. De ellos, el deudor sólo va a responder si obró con dolo o con culpa grave, desde el momento en que este tipo de culpa, según el artículo 44 del Código Civil, se equipara al dolo²⁴.

a) La previsibilidad como elemento de la culpa

Es esta la idea central de la culpa en sentido clásico. La previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no querido²⁵.

Es el criterio básico y determinante de todo juicio de atribución del daño. La culpa consistirá siempre en falta de cuidado y prudencia, es decir, justamente de previsibilidad. Por ende, existe culpa cuando habiendo podido prever el daño, el agente no desarrolla la suficiente diligencia para evitarlo²⁶. El modelo del hombre

²³ Legal Publishing N° 17.774.

²⁴ Este tema será analizado con mayor detención más adelante.

²⁵ Santos Briz, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, p. 44.

²⁶ Larroucau Torres, Jorge, *Culpa y dolo en la Responsabilidad Extracontractual. Análisis jurisprudencial*, Colección Memorias de Prueba, Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2005, p. 108.

prudente y diligente nos remite a una persona que delibera y actúa razonablemente; y como lo imprevisible no puede ser objeto de deliberación, no hay diligencia que pueda comprenderlo²⁷.

En principio, si la previsibilidad es constitutiva de toda culpa, también puede pensarse que la responsabilidad por culpa, cualquiera sea su fuente, se limita a los perjuicios previsibles. La previsibilidad es un requisito elemental de la culpa, porque la prudencia sólo comprende lo que es posible precaver²⁸.

Santos señala que “insistiendo en que la previsibilidad es el único criterio satisfactorio para dar cuerpo a la responsabilidad por culpa, cierta doctrina basa la falta de previsión en un error de conducta que no habría cometido un buen padre de familia, y entiende que la culpa es un error de conducta, un fallo de la actitud que normalmente se aprecia según el tipo abstracto de hombre razonable y seguro de sus actos; o el error de conducta que no habría sido cometido por una persona prudente, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño. Señala además que la inclusión en la definición de la culpa civil de la idea de ‘error de conducta’ supone mezclar ya a la pura falta de precisión algo que puede no estar incluido en ella, sino en otras circunstancias. Es como salirse del estricto criterio subjetivo de la culpabilidad”²⁹.

b) El juicio de previsibilidad del daño

En este orden de cosas, para determinar de qué daños debe responder el deudor por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato es necesario hacer un juicio de previsibilidad, que según Reglero consiste en “un test por el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva”³⁰.

Este juicio de previsibilidad sólo opera en sede contractual. En materia extracontractual no puede tener aplicación el artículo 1.558 del Código Civil, ya que no existiendo un vínculo anterior entre la víctima y el autor del daño, no

²⁷ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 90.

²⁸ Barros, en *Tratado...*, ob. cit. p. 92 sostiene que deben ser distinguidas las preguntas por la culpa (ilicitud de la conducta) y de causalidad (imputación objetiva de las consecuencias del daño inicial). En la pregunta por la culpa se centra la atención en la previsibilidad del daño inicial, mientras que en sede de causalidad se refiere a la extensión de la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se siguen al daño inicial.

²⁹ Santos, *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 45.

³⁰ Reglero Campos, Fernando, en: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Varios Autores, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 239.

han podido éstos ponerse de acuerdo sobre las consecuencias que el delito o cuasidelito es capaz de acarrear, ni tampoco han estado en condiciones de prever dichas consecuencias³¹. La Corte Suprema, en sentencia de 14 de abril de 1953 señaló que el artículo 1.558 del Código Civil rige únicamente en materia contractual y, por ende, carece de aplicación en el caso en que una sentencia manda pagar indemnización por daños producidos por un hecho ilícito sin relación a ningún vínculo contractual³².

En el derecho comparado hay opiniones diversas. Así Yzquierdo expresa que “si la distinción que a efectos de resarcimiento realiza el art. 1.107 (Código Civil de España) entre el deudor incumplidor de buena fe y el doloso sólo juega en responsabilidad contractual, hay algo que no encaja desde un punto de vista de pura justicia: el obligado extracontractualmente lo está hasta las últimas consecuencias, haya sido malicioso su comportamiento o haya sido meramente imprudente. Por ello creo que el art. 1.107 también debe jugar en el terreno no contractual”³³. En el mismo sentido Santos³⁴.

El sistema del *common law* pareciera seguir el tratamiento diferente en uno y otro campo. Los daños indemnizables alcanzan un distinto grado de resarcibilidad en los *contracts* (responsabilidad contractual) que en los *torts* (responsabilidad extracontractual). En los primeros, la responsabilidad del deudor cubre únicamente aquellos perjuicios que al tiempo de la contratación pudo ser este “razonablemente prever” que se desencadenarían del incumplimiento de su obligación (*breach of contract*). En los segundos, en cambio, el *defendant* se considera responsable por todos los perjuicios causados de un modo inmediato por la acción dañosa³⁵.

El deudor que ha obrado con culpa responde sólo de los perjuicios directos previstos. Luego, basta que haya culpa del deudor para que esté obligado a indemnizar los perjuicios previstos.

La Corte Suprema, en fallo de fecha 23 de abril de 1925, señalaba que el deudor que por su culpa incurre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Basta que el deudor haya incurrido en culpa, y no es necesario que

³¹ Tapia, *De la responsabilidad...*, ob. cit. p. 309.

³² *R.D.J.* tomo 50, sec. 4ª, p. 40.

³³ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, p. 249.

³⁴ Santos Briz, Jaime, *Derecho de Daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 275.

³⁵ Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 490.

se pruebe dolo para que se pueda imponer al deudor la obligación de resarcir los perjuicios que se hallan íntimamente ligados al incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato³⁶. Ahora bien, si ha obrado con culpa lata o con dolo, responde de los perjuicios directos previstos e imprevistos.

En el caso del incumplimiento doloso por parte del deudor, la ley sanciona esta mala fe agravando su responsabilidad en relación con la del deudor que sólo ha sido negligente, y lo obliga a indemnizar todos los perjuicios directos que haya experimentado el acreedor a consecuencia del incumplimiento; lo que es perfectamente justo, porque en este caso la inejecución ha sido premeditada y el deudor ha tenido plena conciencia y previsión de las consecuencias dañosas que su conducta traería consigo, por lo que su mala fe resulta inexcusable³⁷.

Domínguez Hidalgo sostiene que “la reparación en materia contractual no es siempre integral. Lo será en aquellos casos provenientes del incumplimiento doloso del contrato, pues, siendo así, el deudor debe responder de todos los perjuicios inmediatos tanto previstos como no previstos al tiempo de su celebración. Por el contrario, sólo será parcial cuando el actuar negligente del deudor haya desencadenado las consecuencias dañosas cuya reparación se persigue: en tal caso, tendrá que responder exclusivamente de las que, siendo directas, se hayan previsto o fueran previsibles en la época de la contratación”³⁸.

En esta materia, el legislador en el artículo 1.558 en ninguna parte señala que el deudor va a responder de los perjuicios directos previstos e imprevistos si ha obrado con culpa grave. Sólo se refiere al deudor que ha obrado con dolo.

Sin embargo, hay que relacionar esta norma con la consagrada en el artículo 44 inc. 2º del Código Civil, el cual señala que en materias civiles, la culpa grave se asimila al dolo. Luego, si el deudor obra con culpa grave, se agrava su responsabilidad³⁹. En este sentido, Alessandri sostiene que los efectos jurídicos son los mismos, según se obre con culpa lata o con dolo. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad del deudor es una misma en materia de culpa lata o grave: la del artículo 1.558 del Código Civil⁴⁰.

La razón por la cual el deudor que incurre en dolo (o culpa lata) debe responder de todos los perjuicios que causa, reside en que hay un completo

³⁶ *R.D.J.* tomo 23, sec.1ª, p. 273.

³⁷ Gatica, *Aspectos de la indemnización...*, ob. cit., p. 117.

³⁸ Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 490.

³⁹ Abeliuk, *Las obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 740.

⁴⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1939, p. 77.

rompimiento del soporte jurídico de la indemnización de los perjuicios previstos. Se rompe la voluntad, excluyéndose el vínculo jurídico previo que justificaba atender a lo que las partes habían esperado del contrato⁴¹.

Respecto a este punto, Claro señala que “si la ley exige la existencia del dolo para que se apliquen sus disposiciones, no podría admitirse, según esto, que habiendo sólo culpa lata y no intención de causar una injuria a la persona o propiedad de otro la ley debiera ser aplicada. Imputar dolo al deudor es probarle su mala fe, su intención de causar daño; y al deudor que sólo es culpable de culpa lata no se le puede imputar dolo... El artículo 1.558 exige que el deudor cometa dolo: no bastaría que únicamente hubiera incurrido en culpa lata, porque la culpa supone simplemente una falta de diligencia, una imprudencia sin voluntad de dañar; y cuando la ley exige dolo no basta que haya culpa grave, porque el dolo no se equipara a la culpa grave, es la culpa grave la que se equipara al dolo, sin ser dolo”⁴².

Banfi discrepa de esta opinión. Señala que “existen argumentos de fondo para sostener la similar reprochabilidad del incumplimiento gravemente negligente respecto del doloso, como también concurren consideraciones prácticas que impiden una distinción objetiva de ambas conductas... En efecto, la historia de la equiparación nos muestra que la culpa lata nació y permaneció como un derivado del dolo. Por ello, cada vez que la ley civil se refiera al dolo debe entenderse que podrá invocarse al efecto específico contemplado por la norma si logra probarse un incumplimiento gravemente negligente”⁴³.

c) Cláusulas de responsabilidad

El propio art. 1.558 del Código Civil dispone que “las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. ¿Significará que las partes al celebrar el contrato podrán establecer cualquier cláusula modificatoria de responsabilidad? ¿Podrán limitar su responsabilidad? ¿Podrán responder incluso de los daños indirectos?

En este sentido, Ramos apunta que “las partes pueden celebrar distintos pactos para modificar su responsabilidad. Así pueden convenir que el deudor

⁴¹ Banfi del Río, Cristián, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N° 2, 2000, p. 315.

⁴² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Nacimiento, Tomo 11, Santiago, 1937, p. 527.

⁴³ Banfi, “*La asimilación...*”, art. cit. p. 318.

responda de un grado mayor o menor de culpa que el que le corresponde en conformidad al art. 1.558. Puede acordarse que el deudor responda en todo caso de los perjuicios imprevistos”⁴⁴. En este mismo sentido, Abeliuk sostiene que “igualmente las partes podrán convenir no sólo que se indemnicen los perjuicios indirectos y los imprevistos, aunque no haya dolo o culpa grave, sino cualquier otra estipulación, como que no se indemnice el lucro cesante, que se reparen los daños meramente morales, y aun los inciertos, etc. No debe olvidarse que las partes han podido prefijar los perjuicios de antemano mediante una cláusula penal; y eliminar toda responsabilidad con ciertas limitaciones. Con mayor razón podrán alterar como estimen conveniente las normas legales”⁴⁵.

Sin embargo, estas cláusulas de responsabilidad, en materia de previsibilidad, deben ser bien analizadas. Desde luego, no existe duda que mediante estos acuerdos se podría exigir una mayor previsibilidad al deudor, dejándose establecido que responderá a todo evento de los perjuicios imprevistos, sea que obre con dolo, sea que obre con culpa en cualquiera de sus grados⁴⁶. Estos acuerdos se denominan “cláusulas extensivas de responsabilidad”⁴⁷.

Estas cláusulas son aquellas que aumentan o agravan la responsabilidad del deudor en comparación con lo que hubiese sido esa responsabilidad a falta de cláusula. Estas son auténticas cláusulas extensivas de responsabilidad, ya que su objeto es la responsabilidad del deudor con independencia de la naturaleza y del contenido de la obligación a su cargo. Según Larroumet, no parece que haya condiciones particulares en cuanto a la validez o eficacia de las cláusulas extensivas de responsabilidad⁴⁸. Además, éstas serían las permitidas por el legislador en el art. 1.558 del Código Civil.

El problema se produce con aquellos acuerdos de las partes que limitarían la responsabilidad del deudor. Por ejemplo, si se estableciera que el deudor que obre con dolo o culpa grave responderá únicamente de los perjuicios previstos.

⁴⁴ Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 261.

⁴⁵ Abeliuk, *Las obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 794.

⁴⁶ Recordemos que en materia contractual la culpa admite gradaciones. El art. 44 del Código Civil distingue entre culpa grave, culpa leve y culpa levisima. Culpa grave es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa levisima es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. En cambio, en materia extracontractual la culpa es una sola y no admite gradaciones.

⁴⁷ Larroumet, Christian, *Responsabilidad Civil Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 41.

⁴⁸ Larroumet, *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 41.

Son las llamadas “cláusulas restrictivas de responsabilidad”, que según Larroumet tienen por objeto ya sea suprimir la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento o de mala ejecución de las obligaciones a su cargo, ya sea limitar esa responsabilidad a un importe fijo o fijarlo en un monto global inferior al daño sufrido por el acreedor⁴⁹.

Estas cláusulas en principio podrían ser aceptadas, en conformidad al principio de la libertad contractual. En virtud de este principio se distingue entre la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. En base a la libertad de conclusión, se afirma que las partes son libres para contratar o para no contratar. En base a la libertad o configuración, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca⁵⁰.

Sin embargo, esta libertad contractual no es absoluta, ya que está limitada por la ley. Y justamente el problema se produce en que el limitar el campo del dolo o la culpa grave a los daños previstos, podría producir una condonación del dolo futuro en el contrato, en el que según el art. 1.465 del Código Civil no vale, y su infracción produce objeto ilícito, el cual es causal de nulidad del contrato en conformidad al art. 1.682 del Código Civil⁵¹. Otro argumento esgrime Rodríguez para sostener que en estas cláusulas habría objeto ilícito. Ello porque de lo previsto en los arts. 1.556 y 1.558 del Código Civil se infiere que los únicos daños reparables son aquellos que provienen “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente”, y de que la sanción para el caso de que el incumplimiento sea doloso, consiste en responder de “todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

Por ende, constituye principio general de derecho que sólo responde de los perjuicios directos y jamás de los perjuicios indirectos. Quien asume este último tipo de daños estaría apostando a la suerte, ya que nadie tiene el control de los acontecimientos ni podría siquiera prever la forma en que ellos se encadenan.

De ahí que se trate de un contrato prohibido por la ley (art. 1.466 del Código Civil)⁵². Banfi señala que “sin embargo, atendido lo dispuesto en el art.

⁴⁹ Larroumet, *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 42.

⁵⁰ López Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2005, p. 269.

⁵¹ Así, la Corte Suprema en sentencia de fecha 25 de julio de 2007, causa rol 6658-2005 (publicada en www.puntolex.cl y extraída con fecha 28 de abril de 2009) señaló que “resulta contrario a la norma del artículo 1465 del Código Civil, que dos partes convengan que una de ellas será responsable de las obligaciones que el contrato le impone, no obstante mediar culpa grave o dolo de ella o de terceros, por cuanto importaría condonar esa culpabilidad en forma previa, lo que está prohibido (considerando sexto)”.

⁵² Rodríguez, *Responsabilidad...*, ob. cit., p. 222.

1.558 inciso final del Código Civil (norma que no existe en el derecho francés) y dado que ello no implicaría condonar el dolo futuro sino únicamente reducir sus consecuencias, las partes pueden modificar la responsabilidad proveniente de él, disponiendo, por ejemplo, que el deudor sólo indemnizará los perjuicios previstos, cláusula que, *a fortiori*, podría estipularse tratándose de la culpa grave”⁵³.

II. LA PREVISIBILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El estudio de la previsibilidad en la responsabilidad extracontractual tradicionalmente ha sido muy diferente a lo que ocurre en materia contractual. La razón fundamentalmente radica en que no hay en materia extracontractual norma idéntica a la del art. 1.558 del Código Civil.

Para este estudio distinguiremos tres situaciones. En primer lugar el análisis de la previsibilidad como elemento de la culpa. Luego estudiaremos su relación con el principio de la reparación integral del daño. Por último se verificará si la previsibilidad tiene o no vinculación con la relación de causalidad.

a) La previsibilidad como elemento de la culpa

Para resolver entonces el problema de la indemnización de los perjuicios en la responsabilidad extracontractual debemos volver sobre la previsibilidad, y al igual que en el campo contractual, hay que analizarlo a nivel de culpa, como un requisito de ella⁵⁴.

Domínguez señala que “para actuar socialmente con seguridad, partimos de la base del actuar que es propio al hombre normal. Por ello, en tal sistema, el juez resuelve la cuestión de responsabilidad preguntándose si un hombre prudente habría previsto que el daño en cuestión resultaría probable de su acción. Ahora bien, ese examen es propio del elemento subjetivo, de la culpa, como resulta de la definición que de ella proporciona el art. 44 del Código Civil chileno, justamente como el actuar que se distancia del propio al del modelo de conducta del caso, es decir, generalmente, el del ‘buen padre de familia’. Si la responsabilidad se basa en un acto negligente y si, por otra parte, la negligencia consiste en no prever lo razonablemente previsible, el autor del acto negligente responderá

⁵³ Banfi, “La asimilación...”, ob. cit., p. 323.

⁵⁴ En esta materia, vale lo dicho a propósito de la responsabilidad contractual.

solamente hasta la medida en que debió haber previsto los resultados de él. La culpa consistirá siempre en falta de cuidado y prudencia, es decir, justamente, de previsibilidad”⁵⁵.

En el mismo sentido, la jurisprudencia en variadas sentencias ha consagrado que la previsibilidad es un elemento de la culpa. Es así como la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 8 de julio de 1974 señaló que “la previsibilidad es uno de los elementos de la culpa, requisito indispensable para que la negligencia, imprudencia o impericia sean punibles. El agente infringe el deber exigible menospreciando la atención y el cuidado que requiere en su obrar frente a los bienes o intereses ajenos, pudiendo y debiendo prever el daño que en ellos causaría si ejecuta el acto voluntario”⁵⁶.

b) El principio de la reparación integral del daño

El art. 2.329 del Código Civil dispone que: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

De esta manera entonces, se consagra el principio de la reparación integral del daño. Dicho de otra manera, la indemnización debe comprender todo el daño causado. Como señala Domínguez: “Es este un principio que parece tan evidente que basta con su enunciación, sin que parezca necesario justificarle, ya que se presenta como una conclusión lógica de la idea de responsabilidad civil y reparatoria”.

En este sentido, Díez señala que “en Chile se entiende generalizadamente por daño, la lesión a un interés, por lo que al menos desde un punto de vista cualitativo el principio en análisis parece concretarse. No obsta a lo dicho la

⁵⁵ Domínguez, Ramón, “Aspectos de la relación...”, art. cit., p. 120.

⁵⁶ *R.D.J.* Tomo 71, sec. 4ª, p. 226. De la misma manera, la Corte Suprema, en fallo de 17 de octubre de 1972 expresó que “el dolo es al delito lo que la culpa al cuasidelito. La previsibilidad constituye requisito básico de la culpa, y si las consecuencias de un acto son imprevisibles, habría un caso fortuito”. *R.D.J.* Tomo 69, sec. 4ª, p. 168. A mayor abundamiento, el mismo fallo dispuso que “es de la esencia de la culpa la previsibilidad. Hay ausencia de culpa cuando el hecho ilícito no ha podido ser previsto razonablemente. Si el resultado no ha podido ser previsto por el reo, mal puede serle imputable. En consecuencia, si el hecho que motiva el proceso está constituido por una combinación de factores que el procesado no pudo prever, sería un error de derecho calificarlo de cuasidelito”. Finalmente, la propia Corte Suprema afirmó, en decisión de 24 de octubre de 1963, que “es de la esencia de la culpa la previsibilidad, y aquella, en sentido general, consiste en la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que, por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso. Es un error determinar la responsabilidad sólo en atención al nexo causal, sin considerar en absoluto la previsibilidad”. *R.D.J.* Tomo 60, sec. 4ª, p. 459.

existencia de limitaciones mínimas y lógicas que impiden que todo interés lesionado sea reparable. Asimismo, desde un punto de vista cuantitativo, la reparación debería ser integral. No existen limitaciones genéricas al aludido principio; por ende, los jueces deben darle aplicación⁵⁷.

Su admisión es unánime en los sistemas civilistas, como en el *Common Law* y ya sea bajo ese nombre o el de *restitutio in integrum*, la indemnización ha de comprender tal suma, que “coloque a la parte que ha sido dañada en la misma posición en que estaría si no hubiese sufrido el hecho dañoso por el cual ahora está obteniendo compensación”⁵⁸.

El problema que se produce en relación a este principio es que la reparación no puede extenderse a daños remotos. La solución radica nuevamente en el concepto de previsibilidad. El fundamento de la responsabilidad civil en Chile, al igual que en los demás sistemas jurídicos de tradición romano-germánico se funda en la culpa y el dolo, es decir, en un comportamiento subjetivo determinado del ofensor⁵⁹. Esto lo desprendemos de los arts. 2.314 y 2.329 del Código Civil. El art. 2.314 del Código Civil dispone que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito...”.

Por su parte, el art. 2.329 del mismo Código señala que: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona...” Es consagración del principio de que “no hay responsabilidad sin culpa”. Sin embargo este principio se ha ido atenuando con el transcurso del tiempo, principalmente en los países más desarrollados, estableciéndose sectores especiales de responsabilidad objetiva. En Chile el sistema de responsabilidad sigue siendo subjetivo y se han incorporado también sectores especiales de responsabilidad objetiva.

En materia extracontractual, la extensión de la reparación es distinta a la señalada para la responsabilidad contractual. En efecto, en Chile, tal como lo ha señalado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, no se aplica el art. 1.558 del Código Civil. Así, si en la responsabilidad contractual el deudor respondía de los perjuicios directos previstos, salvo que haya obrado con dolo o culpa grave, caso en el cual debía también responder de los perjuicios directos imprevistos, en materia extracontractual el deudor debe responder de todo daño sufrido por la víctima, sea previsto o imprevisto, es decir, la reparación es completa⁶⁰.

⁵⁷ Díez, ob. cit., p. 160.

⁵⁸ Domínguez Aguila, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, 1990, p. 135.

⁵⁹ Domínguez, “Los principios...”, art. cit., p. 819.

⁶⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 48.

En el mismo sentido Ramos⁶¹.

c) La previsibilidad y el nexo causal

Aquí se nos presenta un problema. Araya expone que hay algunos autores que asimilan los daños previstos a los daños directos y los imprevistos a los indirectos, con lo cual analizan estos últimos a nivel de causalidad. Plantea el conflicto, señalando que “la previsibilidad estaría presente tanto en la determinación de los daños directos como en la de los daños previsibles. Si el criterio de previsibilidad es el mismo en ambos casos, habría que concluir que el daño previsible y el daño directo son lo mismo, y que toda limitación fundada en un juicio de previsibilidad, sea ordenado por el art. 1.558 del Código Civil, o derivado de la noción de culpa, sería inútil, ya que el solo juicio de causalidad limitaría a los daños previsibles el deber de responder, cualquiera sea el deudor, contractual o extracontractual, doloso o culposo”⁶².

Barros señala que “también en la responsabilidad aquiliana la previsibilidad es un elemento que condiciona la responsabilidad. Y, en verdad, se trata de un elemento particularmente ubicuo, porque suele aparecer, bajo formas diferentes, tanto al tratar de la culpa como de la causalidad”⁶³.

Sin embargo, nada tiene que ver los daños imprevistos con los daños indirectos. Solo estos últimos se analizan a nivel de causalidad, en tanto los perjuicios imprevistos debemos seguir estudiándolos a propósito del juicio de previsibilidad, como elemento de la culpa. Tal como sostiene Fuentes “la previsibilidad y la causalidad son dos criterios que se mueven en distintos ámbitos. Así la causalidad sirve para excluir los daños anormales o en los que han intervenido otras causas diferentes al incumplimiento (daños indirectos). La previsibilidad, sirve para excluir, dentro de los daños que tienen por causa indiscutida el incumplimiento, aquellos que no fueron previstos, es decir, no considerados por el deudor al momento de contratar”⁶⁴.

Domínguez afirma que ***“el problema de la determinación de la causalidad se confunde claramente con el de la noción de daño directo e indirecto, pues el***

⁶¹ Ramos Pazos, René, *De la Responsabilidad extracontractual*, Fondo de publicaciones Universidad de Concepción, Concepción, 2003, p. 18.

⁶² Araya Jasma, Fernando, *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, Fondo de Publicaciones Universidad de Concepción, Concepción, 2003, p. 42.

⁶³ Barros, *Tratado...*, ob. cit., p. 988.

⁶⁴ Fuentes Guíñez, Rodrigo, “Algunas consideraciones sobre la previsibilidad del daño en materia contractual”, en *Revista Entheos*, N° 1, 2003, p. 52.

*daño es indirecto si no existe relación causal. Y si bien en materia contractual la reparación se extiende, por regla general, sólo al daño directo previsto, se trata allí de una limitación que exige previamente la existencia de la relación de causalidad, escogiéndose para la reparación sólo los daños que entraron dentro de la esfera de lo contractual, por haber quedado previstos o ser previsibles atendido el contenido de la obligación del deudor". Y agrega que "resulta entonces explicable el porqué, en un sistema de responsabilidad civil subjetivo, a base de culpa, la preocupación por la causalidad no haya sido relevante ya que un criterio simple para su determinación es, en la práctica, bastante para dilucidar la cuestión y el porqué el centro del análisis del juicio de responsabilidad repose en la noción de culpa basada en la previsibilidad"*⁶⁵.

III. LA PREVISIBILIDAD Y LA UNIFICACION DEL QUANTUM RESARCITORIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL⁶⁶

Toda una problemática genera una posible unificación del *quantum* resarcitorio en la responsabilidad civil, considerada como un todo, es decir, regulando conjuntamente la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Desde luego, y tal como lo señalamos anteriormente, el principio de la reparación integral del daño no se aplica de una manera definitiva en ambas clases de responsabilidad. Así, como lo hemos señalado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la norma del art. 1.558 del Código Civil no se aplica en la responsabilidad extracontractual⁶⁷.

En efecto, la gran limitación de este principio se produce en sede contractual, al indemnizarse sólo los daños directos previstos. Sólo por excepción habrá una reparación integral, cuando el deudor obró con dolo o culpa grave. El problema aumenta desde el momento en que el daño moral es indemnizable siempre (así por lo menos lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia) en el campo extracontractual, mientras que en la contractual sólo en el último tiempo

⁶⁵ Domínguez, "Aspectos de la relación...", art. cit., p. 121.

⁶⁶ La doctrina y la jurisprudencia nacional no se han pronunciado sobre este tema con profundidad. Es por ello que para estudiar el problema y determinar conclusiones, se recomienda Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 487 y ss.

⁶⁷ Así, Díez, en *El daño...*, ob. cit., p. 161, señala que una de las consecuencias que genera el principio de la reparación integral del daño manda que el monto de la reparación sea fijado en atención a la extensión del daño, prescindiendo de la gravedad del hecho, a menos que la ley expresamente disponga lo contrario. Ello por cuanto en materia extracontractual es intrascendente que el hechor del daño obre con dolo o culpa, a diferencia de lo que sucede en el campo contractual, según lo prescriben los arts. 1.547 inc. 1 y 1.558 del Código Civil.

se ha aceptado, pero con una serie de limitaciones⁶⁸.

Así, como señala Domínguez Hidalgo, aun cuando se admitiera que la responsabilidad contractual también se extiende al daño moral o no patrimonial, una diferencia en el régimen reparatorio de los daños impide elevar a la categoría de principio básico de la responsabilidad el de su reparación y unificar sus reglas⁶⁹. Es por ello que para efecto de este trabajo nos referiremos brevemente a la previsibilidad contractual como límite al pleno resarcimiento del daño moral.

El primer problema que se presenta es que los daños previstos son aquellos que las partes tuvieron en mente al momento de contratar. En este orden de cosas, no puede determinarse claramente si las partes previeron o no la producción de daños morales en caso de incumplimiento de contratos.

Una visión meramente económica de la obligación nos dirá que los perjuicios resarcibles son los inherentes a la infracción de este tipo de obligaciones, esto es, los daños patrimoniales, que necesariamente son los únicos que pueden haber sido previsto por las partes⁷⁰. Sin embargo, tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado hay opiniones contrarias sobre este planteamiento.

En Chile se ha sostenido que es inaceptable pretender que el derecho civil deba limitar su protección a los intereses de orden económico, dejando de lado los valores de afección (estéticos, afectivos, intelectuales, etc.), que en la etapa actual de la cultura tienen tanta o mayor importancia que lo estrictamente material⁷¹.

Sin embargo, este enfoque patrimonialista de la obligación contractual se ha ido atenuando con el transcurso del tiempo. Al reconocerse que el acreedor puede tener intereses no económicos en un contrato, aunque el deber de prestación contenido en él sea patrimonial, se ha acogido también la idea de que su incumplimiento puede lesionarlos directamente.

Los daños morales son, en muchos casos y aunque no hayan sido previstos al tiempo del contrato, previsibles, sin que pueda el deudor alegar su ignorancia⁷². Existen algunos contratos que naturalmente comprenden la protección de intereses extrapatrimoniales, de modo que resulta previsible que su incumplimiento puede provocar perjuicios morales. Es el caso de la obligación de seguridad de los

⁶⁸ Sobre la reparación del daño moral contractual, véase, Tomasello Hart, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Valparaíso, 1969; Gatica Pacheco, *Aspectos...*, ob. cit., p. 144 y ss. y Domínguez, *El daño...*, Tomo I, ob. cit., p. 165 y ss.

⁶⁹ Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 491.

⁷⁰ Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 527.

⁷¹ Gatica, *Aspectos...*, ob. cit., p. 149.

⁷² Domínguez, *El daño...*, ob. cit., p. 540.

contratos de trabajo, de transporte de personas y de servicios médicos⁷³.

Así, a propósito de la reparación del daño moral se ha señalado por la jurisprudencia que la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que debe ser reconocida, amparada, protegida y fortalecida por el Estado, principio que impide a los tribunales limitar la procedencia del resarcimiento por equivalencia de la pérdida definitiva del cónyuge y padre legítimo del grupo familiar, con mayor razón si deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales⁷⁴.

Gatica, comentando una sentencia de la Corte Suprema, referente al daño moral originado en el incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros señala que esta Corte “al acoger las demandas de perjuicios entabladas con motivo de accidentes ocurridos en los tranvías en que viajaban las víctimas, que es indemnizable el daño moral proveniente del incumplimiento de un contrato de transporte; y dejando a firme las sentencias de segunda instancia que ordenaban, en uno y otro caso, el pago de una suma por el daño material y de otra, por el daño moral. En consecuencia, a juicio del tribunal y frente a tales disposiciones legales, el problema de la procedencia de la indemnización del daño moral se concretaba a saber si éste era o no previsible al momento de celebrarse el contrato; y al efecto se estimó de toda evidencia que en la celebración del contrato de transporte las partes habían previsto o, por lo menos, han debido prever, todos los perjuicios, tanto materiales como morales, que se originen como consecuencia de un accidente, ya que es lógico suponer que, en estos casos, la víctima experimenta ambas clases de daños y, en especial, el moral, si se considera que toda lesión que reciba trae como resultado un sufrimiento espiritual”⁷⁵.

En consecuencia, la previsibilidad origina una serie de dificultades en cuanto a su consideración, que dificultan el proceso de unificación del *quantum* en el daño moral. En virtud del principio de la libertad contractual, las partes son libres para estipular las cláusulas que deseen en el contrato.

En este contexto, los contratantes debieran haber previsto la posible producción de daños morales. Esta previsibilidad de los daños morales contractuales se contrapone al principio de que “todo daño debe ser reparado”. Además puede dar lugar a una serie de injusticias, si lo comparamos con lo que ocurre en la

⁷³ Barros, *Tratado...*, ob. cit., p. 344.

⁷⁴ Jurisprudencia expuesta por Concha Machuca, Ricardo, *Algunos aspectos de la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo ante la jurisprudencia*, Fondo de publicaciones Universidad de Concepción, Concepción, 2005, véase pp. 45 y 122.

⁷⁵ Gatica, *Aspectos...*, ob. cit., p. 145.

responsabilidad extracontractual. Así, Domínguez Hidalgo sostiene, a modo meramente ejemplar que “la indemnización concedida a la víctima por los sufrimientos físicos o psíquicos causados por el incumplimiento de un contrato de transporte o de uno médico cuando es demandada por la vía contractual, puede ser menor que la conferida en sede extracontractual a sus familiares por el dolor producido por el estado en que ha quedado la primera”⁷⁶.

El problema aumenta cada vez más con la proliferación de la responsabilidad objetiva, donde no incide para nada la noción de culpa, que como señalamos anteriormente tiene como elemento a la previsibilidad.

Así entonces, este concepto se hace de muy difícil aplicación. Sin embargo, con fecha 20 de diciembre de 2002 ha sido dictado un interesante fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que podría ser el punto de partida por el cual se acepte el principio de reparación del daño en materia contractual⁷⁷. Es por ello que hay algunos autores que abogan por la derogación y otros por la reformulación de la previsibilidad, en pos de unificar el *quantum* del perjuicio reparable por daños morales⁷⁸, no obstante alguna opinión contraria⁷⁹.

⁷⁶ Domínguez, *El daño* ..., ob. cit., p. 576.

⁷⁷ Esta sentencia señala que “cabe tener presente que todo incumplimiento contractual acarrea una perturbación que no se traduce en un menoscabo patrimonial, pues es indudable que aquel que vea que los contratos en su favor no son cumplidos sufrirá mayor o menor grado de preocupación, mas no se puede considerar que en esos eventos se presenten daños morales en el sentido propio de ellos. Pero hay casos en que por la gravedad de las consecuencias no patrimoniales del incumplimiento se estará en presencia de hechos que realmente alcanzan la categoría jurídica de daños morales, los que, por lo tanto, deben ser objeto de la correspondiente reparación, conforme a los principios más elementales de la responsabilidad, que obligan a reparar todos los daños inferidos (considerando vigésimo octavo)”. Legal Publishing N° 25.987.

⁷⁸ Para profundizar sobre este punto, véase, Domínguez, *El daño*, ob. cit., p. 580 y ss.

⁷⁹ Así Corral Talciani, Hernán, “Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 15, 2008, p. 156, afirma que “nos parece que el principio de la reparación integral del daño no es un principio absoluto. Incluso en la responsabilidad extracontractual se contemplan criterios para moderar las indemnizaciones exageradas como la previsibilidad de los resultados como elemento de la causalidad. No parece injustificado que en materia contractual, por la especialidad del instrumento de distribución de riesgos, el legislador contemple un criterio propio para la extensión del daño”.