

05

MARC 368
RV 90613

MAG
S129c
[2012]

**EL CANON DE LA PREVISIBILIDAD COMO LIMITE A LA
PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL**



Tesista: Cecilia Sagredo Olivares

Profesor Guía: Susana Bontá Medina

MAG
S129c
[2012]

(2012)

INTRODUCCION

A través del presente trabajo nos hemos propuesto abordar el tema del canon de la previsibilidad como límite a la procedencia del daño moral en sede contractual. Efectuaremos una síntesis del estado actual de la normativa y doctrina nacional en materia de responsabilidad contractual, y de los principios tradicionalmente aplicados en materia de contratación y aquellos desarrollados recientemente por la Comunidad Europea en el derecho de los contratos.

Posteriormente y una vez analizado el estado actual de la responsabilidad contractual y el pleno reconocimiento del daño moral en dicha área, expondremos el tema principal del presente trabajo, cual es la previsibilidad como límite a la procedencia al daño moral, ante el incumplimiento de obligaciones contractuales. No todo daño debe ser resarcido y lo mismo acontece con el daño moral.

Ahora bien, una vez planteado un caso concreto, se debe analizar el incumplimiento contractual y ponderar los medios probatorios presentados por el juez de la causa, quien deberá decidir si procede o no indemnizar al deudor ante un acreedor incumplidor. Acreedor que de haber actuado en forma dolosa deberá responder de todos los perjuicios, no así quien actuó en forma negligente, caso en el cual se deberán aplicar ciertos parámetros, en particular la previsibilidad de los daños.

Por último, agruparemos los casos que la Jurisprudencia nacional ha fallado durante los últimos cinco años, en materia de daño moral, conforme a la naturaleza de las obligaciones contractuales.

CAPITULO I

ESTADO ACTUAL DEL DAÑO MORAL EN SEDE CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

1.1 Responsabilidad.-

Corresponde previamente esbozar algunas ideas acerca de la responsabilidad en general, con ello podremos establecer las bases para comprender en mejor forma la responsabilidad contractual al tenor de los modernos principios imperantes en esta materia.

Responsabilidad, en general, es la aptitud de la persona o sujeto de derecho para asumir las consecuencias de sus actos. Jurídicamente la responsabilidad contractual consiste en dar cumplimiento a las obligaciones contraídas o bien indemnizar por equivalencia o por el retardo en el que se incurrió, con motivo de su incumplimiento.

La responsabilidad debe ser considerada, según expone el profesor Daniel Peñailillo Arévalo, en su obra sobre Las obligaciones ¹ no porque se incumplió, sino porque se asumió el deber de cumplir, lo que revela su conexión con el deber. También comenta que el deudor no puede optar entre cumplir o responder, él debe cumplir. Tal opinión nos parece adecuada, toda vez que los contratantes al momento de la celebración del contrato deben actuar de buena fe y obviamente tener fines verídicos y serios, toda vez que si ellos no concurren, incluso se podría ver afectada la validez del contrato.

¹ DANIEL PEÑAILILLO AREVALO, OBLIGACIONES, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Editorial Jurídica de Chile 2009, Págs. 49 y 83.

Para autores como, Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, deben concurrir tres condiciones para que exista responsabilidad contractual: un contrato, que este contrato sea válido y que el contrato haya sido celebrado entre el responsable y el afectado. Otros autores, definen la responsabilidad contractual como “la imposición de una conducta de reemplazo que surge cuando se ha dejado de cumplir o se ha cumplido imperfectamente una obligación preexistente de carácter contractual, y que tiene por objeto restaurar los intereses afectados y reparar los perjuicios que pueden haberse seguido de ello”.²

El sistema de responsabilidad en nuestro derecho es subjetivo, lo que significa que se responde por un actuar doloso o negligente, la regla general está representada por los actos y conductas que conllevan un juicio de reproche, lo que significa un obrar doloso o culpable. La responsabilidad objetiva es una creación moderna, que el derecho ha dado a la sociedad tecnológica, y suele aplicarse en el área de la responsabilidad extracontractual.

Todo sistema de responsabilidad contractual, más aún si se trata de un sistema de responsabilidad subjetiva, como hemos señalado, en que los sujetos contratantes, se hacen responsables de su actuar, debe estar inspirado por el principio de la buena fe. El derecho protege las actuaciones en que se actúa de buena fe al celebrar un contrato, ya que las partes se vinculan a través de una serie de derechos y obligaciones, con la finalidad de cumplir los propósitos que a cada una los llevo a la celebración de tal acuerdo. Es así como este principio, debe estar presente a través del actuar de las partes, desde el momento de la creación del acto jurídico, y hasta su cumplimiento.

La sociedad moderna plantea nuevos requerimientos, así se han formado nuevas relaciones contractuales, y la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera han generado cambios y evolucionado desde una reinterpretación de los contratos y de la normativa general.

² RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, Pablo Rodríguez Grez, Editorial Jurídica de Chile 2003, Pág. 9.

Lo mismo ocurre con la teoría de la responsabilidad en que la doctrina y jurisprudencia no solo han efectuado nuevas interpretaciones y posturas, por ejemplo al plantear la creación de una responsabilidad objetiva, lo que ha sido recogido en leyes especiales. Si bien el Código Civil chileno establece como regla general un régimen de responsabilidad por culpa, existen casos de responsabilidad objetiva, como ocurre por ejemplo, en materia de responsabilidad por daños causados por energía nuclear, artículos 49 y 60 de la Ley de Seguridad Nuclear N° 18.302, y en materia de responsabilidad aeronáutica, artículo 144 del Código Aeronáutico.

Sin lugar a dudas la responsabilidad contractual ha evolucionado, a nivel doctrinario y jurisprudencial, según hemos indicado, y ante un incumplimiento contractual, se pueden ejercer diversas acciones, entre otras aquella destinada a obtener una indemnización de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

1.2 La responsabilidad contractual y la indemnización de perjuicios.-

La responsabilidad civil tal como hemos indicado, dice relación con un deber de cumplimiento, que se puede llegar a transformar en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados ante el incumplimiento contractual. La indemnización de perjuicios tiende a obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia, o sea, que el acreedor obtenga económicamente lo que le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación.

Se ha definido la indemnización como la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor y que equivalga o represente lo que éste habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.³

³ RENE ABELIUK MANASEVICH, LAS OBLIGACIONES Tomo II Quinta Edición Actualizada 2009, Pág.617.

Los elementos y requisitos de la indemnización de perjuicios se han mantenido en el tiempo, y se continúan aplicando para resolver los casos concretos sometidos a la decisión de los tribunales de justicia, adaptándose a nuevas figuras contractuales, como veremos más adelante.

La indemnización de perjuicios es el principal medio establecido por la organización jurídica a fin de que el acreedor obtenga su resarcimiento. La indemnización contractual, puede ser de dos clases, compensatoria y moratoria. La primera es la suma de dinero que debe el deudor al acreedor y que equivale a lo que habría obtenido el primero con el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación. La indemnización moratoria, en cambio, reemplaza al cumplimiento oportuno de la obligación; y es la suma de dinero que el acreedor exige al deudor como equivalente al atraso en el cumplimiento.

Los requisitos para que proceda la indemnización de perjuicios son:

- 1.- El incumplimiento de la obligación.
- 2.- La existencia de perjuicios.
- 3.- La relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.
- 4.- La imputabilidad del perjuicio, esto es, la culpa o dolo del deudor.
- 5.- No concurrencia de una causal de exención de responsabilidad del deudor.
- 6.- La mora del deudor.

Considerando el objetivo principal de este trabajo, nos detendremos a analizar, aquel requisito que nos vincula directamente con el tema de la previsibilidad, cual es la imputabilidad del perjuicio, vale decir, la culpa o dolo del deudor.

La previsibilidad como límite a la procedencia de la indemnización de los daños en sede contractual, cuando se trata de un deudor culposo o negligente, se ha extendido al daño moral.

En nuestro derecho el daño y perjuicio, son términos sinónimos, y se pueden definir como todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral.

Específicamente, podemos entender por perjuicio en materia contractual, el detrimento que sufre una persona en su patrimonio, sea una disminución real y efectiva, lo que constituye el daño emergente; sea que se la prive de una ganancia futura, lo que constituye el lucro cesante; o bien se trate de un detrimento o perjuicio moral que afecte al acreedor.

1.3 Normativa nacional relativa a la imputabilidad del perjuicio ocasionado.-

Encontramos en el Código Civil las normas que se encargan en general de regular los derechos y obligaciones contractuales, como asimismo de establecer los requisitos que deben concurrir para encontrarnos ante un incumplimiento contractual, y determinar las acciones que puede ejercer e indemnizaciones que puede demandar aquella parte cumplidora del contratante que no cumplió o cumplió imperfectamente con sus obligaciones.

Como se ha expresado entre el incumplimiento y el daño debe existir una relación de causalidad, según se desprende de las normas legales que se mencionan a continuación. Veremos entonces como las normas del Código civil chileno consagran y regulan la responsabilidad contractual y las indemnizaciones procedentes. También mencionaremos algunas normas relativas a la carga de la prueba en esta materia.

Es preciso que el incumplimiento sea imputable al deudor, y lo es, cuando de su parte hay dolo, o sea, intención de no cumplir con su obligación, o culpa, vale decir falta de diligencia o cuidado. El dolo está definido en el artículo 44 del Código indicado, como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Caso en el cual se transforma en una agravante de responsabilidad, porque se obliga al deudor a responder de

todos los perjuicios previstos e imprevistos. Lo anterior se volverá a destacar en el segundo capítulo, cuando analicemos el tema de la previsibilidad. Quien alegue el dolo por regla general deberá probarlo, prueba que no es fácil, atendido el aspecto psicológico, en cuanto a la intención de incumplimiento que debe tener el acreedor.

En el artículo 1558 del Código en análisis, se establece que aunque exista dolo, los perjuicios se limitan a los que fueran consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

En materia contractual, necesariamente se requiere de un vínculo previo, cual es el contrato, y en materia contractual, *la culpa se presume*, el que alega diligencia en su actuar tiene que acreditarlo. En el artículo 44 del Código Civil se distinguen tres especies de culpa o descuido. En primer término la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, 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, tenemos, además, la culpa leve, descuido leve, o descuido ligero, que es la regla general y la norma que establece que el que debe administrar el negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Por último, la culpa o descuido levísimo, es la que exige el máximo de responsabilidad, y se la define como la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

La importancia de esta clasificación dice relación con la responsabilidad que se le atribuirá al deudor, según el tipo de contrato que se trate.

Según el artículo 1547 del Código Civil, en los contratos en beneficio del acreedor, el deudor responde de la culpa grave, o sea su responsabilidad es mínima, por ejemplo en el caso del depósito. En los contratos en beneficio de ambas partes, el deudor es responsable de la culpa leve, así ocurre en la compraventa, permuta, arrendamiento, y sociedad entre otros. En los contratos en beneficio del deudor, éste es responsable de la culpa levísima como sucede en el caso del comodato o préstamo de uso. Sin perjuicio, de lo expuesto las partes pueden alterar estas presunciones.

Como expresamos la culpa contractual se presume, así el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil, dispone que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito corresponde al que lo alega.

Cuando estamos frente a un incumplimiento contractual, y se reúnan los requisitos mencionados, el contratante diligente, puede hacer efectiva la responsabilidad del deudor, y a su arbitrio podrá solicitar judicialmente la resolución o cumplimiento del contrato, y, además, demandar la indemnización de los perjuicios, que tal incumplimiento le ha generado.

Así el artículo 1556 del Código Civil dispone que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado el cumplimiento. Esta norma ha sido analizada e interpretada reiteradamente por la doctrina y jurisprudencia, a fin de estimar procedente o no la indemnización del daño moral en sede contractual, lo que analizaremos en los párrafos siguientes.

1.4 Reconocimiento de la procedencia del daño moral en materia contractual.-

Breve reseña histórica.

La doctrina y jurisprudencia nacional actualmente reconocen ampliamente la procedencia del daño moral en materia contractual. Ha existido una paulatina evolución desde la aceptación del daño moral en materia extracontractual hasta considerar procedente indemnizar este tipo de daño ante un incumplimiento contractual.

El derecho chileno fue uno de los pioneros en acoger la indemnización del daño moral derivado de un hecho ilícito, así el primer país en admitirlo fue Francia en 1833; España en 1912 y en Chile los primeros fallos que lo aceptan datan de 1907. La reparación de los daños extrapatrimoniales a una persona, cuando ellos han sido consecuencia de un hecho

ilícito, se produce con la reinterpretación de los artículos 2314 y 2319 del Código Civil, la expresión “todo daño”, empleada en ellas sirvió para acoger su reparación a nivel jurisprudencial, sin mayor análisis doctrinario.

Diferente ha sido la situación del daño moral en materia contractual, en Francia su indemnización es aceptada desde 1952, con algunas sentencias aisladas en nuestro país desde 1899, recién a partir de 1994 comienza a ser aceptado categóricamente a nivel jurisprudencial.⁴

También influyeron en su aceptación textos doctrinarios, que fueron apoyando la tesis que el daño moral en sede contractual es indemnizable, ideas contenidas en obras generales de autores como don Fernando Fueyo Laneri, doña Carmen Domínguez Hidalgo, artículos de Claudio Illanes, Ramón Domínguez Aguila y Ramón Domínguez Benavente⁵, así el daño extrapatrimonial también fue abordado en una memoria de tesis de Pregrado, en el año 1969, en que se analiza y se concluye en definitiva la procedencia del daño moral contractual, escrita por el profesor de Derecho Civil, don Leslie Tomasello Hart.

Nuestro Código Civil carece de una regulación expresa del daño moral contractual, por lo que su resarcimiento se ha entregado a la labor jurisprudencial, los tribunales, a través de

⁴ CARMEN DOMINGUEZ HIDALGO, EL DAÑO MORAL, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

⁵ DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL Y DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUAL ENTRE LOS CONTRATANTES, Concepción, Universidad de Concepción 1941, entre otras obras, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1991, Pág. 375 y s.; *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969; *El transporte de pasajeros en la doctrina y la jurisprudencia*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1962, pág. 179 y s.; *El daño moral en la responsabilidad contractual*, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1992; *El concepto de daño moral y su recepción en la jurisprudencia chilena*, seminario de titulación, Universidad Diego Portales, 1999; *Daño moral, doctrina y jurisprudencia*, tesis, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2000, Editorial Libromar; “El daño moral en la responsabilidad contractual”, en *Revista de Abogados*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 1994.

sus fallos han permitido su reconocimiento.

Al comienzo se realizaba una lectura restrictiva del artículo 1556 del Código Civil, norma que al referirse sólo al daño emergente y lucro cesante, fue interpretado como una exclusión del daño moral contractual. Judicialmente en 1951, se aceptó la reparación del daño moral para el contrato particular de transporte de personas, luego en 1994, como se ha señalado, para todo contrato, constituyéndose en jurisprudencia a partir del año 2001.

Sin desmerecer otras decisiones judiciales minoritarias, en la sentencia emanada de la Excma. Corte Suprema de 1994, es la primera vez que se adopta, como principio de aplicación general a toda convención.⁶

Así, en forma paralela, la normativa vinculada a la seguridad social, viene a reconocer la indemnización del daño moral ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas en un contrato de trabajo, en el marco de la Ley N°16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, su artículo 69, lo consagra expresamente. También la Ley N° 19.496 de 1997, que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, incorpora en su artículo 3 letra e) el derecho a reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor.

En el Capítulo III del presente trabajo, volveremos con la protección de los derechos de los consumidores, al analizar algunas sentencias en que se ha otorgado daño moral en sede contractual.

⁶ FALLO AÑO 1994, Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, en RDJ, t XCI, sec 1ª, p. 100, esp. cons. 6° a 8°.

A su vez en el área laboral también, interpretando las normas del Código del Trabajo y aquellas de las obligaciones en general, contenidas en el Código Civil, se ha considerado procedente demandar daño moral, con ocasión de abusos u otras circunstancias que involucren a empleador y trabajador.⁷

También se ha admitido la reparación del daño moral desde una interpretación de la Constitución Política, ya que su artículo 19 N° 1 y N° 4, colocan al centro de la protección jurídica a la persona y sus derechos extrapatrimoniales. La Corte Suprema ha sostenido que: No hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se halla el artículo 19 N° 1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino a la integridad física y psíquica de la persona. Esta última como en el caso de autos, puede verse trastornada, precisamente por la falta en que uno de los contratantes incurrió frente a los deberes que imponía el contrato. El mismo comentario cabe hacer con referencia al N° 4 del mismo artículo 19, y se complementan y reafirman dichas normas constitucionales con lo señalado en el artículo 1 de la misma Constitución.⁸

Ahora bien, no todo incumplimiento contractual debiera provocar daño moral. Si bien la infracción contractual puede producir molestias al acreedor, no necesariamente implica, que se le haya ocasionado un perjuicio extrapatrimonial indemnizable. Por lo anterior se deberá analizar a fin de determinar su procedencia, la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual, el incumplimiento de algunas obligaciones contractuales,

⁷ PRADO LOPEZ PAMELA, profesora de Derecho Civil, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso, Reparación del Daño Moral Ocasionado por el Empleador al Trabajador, Durante la Vigencia del Contrato de Trabajo, Tesis Magister Universidad de Chile.

⁸ DAÑO CORPORAL Y DAÑO MORAL: BASES CONSTITUCIONALES DE SU REPARACION, Eduardo Court Murasso, artículo publicado en torno al Estudio acerca de LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CHILENO, por la Universidad Austral de Chile.

considerando que ellas, atendida su naturaleza afecte derechos de carácter personal o personalísimo, o bien otros. Más adelante veremos como la jurisprudencia nacional ha fundamentado algunos fallos en que se otorga daño moral ante el incumplimiento de una obligación contractual, citando como fundamento, entre otros, la normativa consagrada en la Constitución Política de la República.

Conforme a lo expuesto, y una vez establecidos tales requisitos, se debe determinar la procedencia del daño moral, y el canon de la previsibilidad, cual es el tema principal de este trabajo, pensamos será el límite para determinar la procedencia del daño moral, como se analizará más adelante.

Ahora, nos corresponde referirnos a los principios que rigen habitualmente las relaciones contractuales, y, además, expondremos los principios que se han recogido en algunos acuerdos internacionales a nivel europeo, en torno a la contratación moderna, haciendo una referencia en particular al tema de la procedencia del daño moral en sede contractual y al canon de la previsibilidad.

1.5 Principios que intervienen en la contratación moderna.-

No solo constituyen fuente del derecho las normas positivas, sino que también los principios generales del derecho, y muchos de tales principios se aplican a los contratos, y han sido reconocidos por nuestra legislación y jurisprudencia, tales como la autonomía de la voluntad y el principio de la buena fe.

En el caso de la buena fe, consagrada expresamente en el artículo 1546 del Código Civil, es considerado como un principio que debe estar presente desde las tratativas contractuales hasta los efectos poscontractuales, de ahí su importancia.

Según el profesor Hernán Corral Talciani⁹, el ámbito y el alcance del principio de la buena fe contractual, ha sido y está siendo utilizado como una herramienta eficaz, a nivel

⁹ HERNAN CORRAL TALCIANI, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Ed. Legal Publishing Chile, 2010, Pág. 102.

jurisprudencial, para profundizar y flexibilizar la reglamentación del contrato, para aportar criterios éticos de comportamiento en las fronteras del contrato, como mas allá de sus dominios.

Ahora bien, en este título nos interesa, además, destacar como en otras latitudes se han realizado estudios orientados a desarrollar una legislación objetiva, justa y moderna en materia de contratos, contenedora de una serie de principios, a fin de que se vayan adoptando por las partes al celebrar los contratos y por los ordenamientos jurídicos. Tales principios han sido desarrollados al interior de la Comunidad Europea, los que incluso han sido considerados a vía de ejemplo por el gobierno español, para modificar su Código Civil, en materia de obligaciones y que ya son tema de citas y comentarios de autores y profesores nacionales.

Nos referimos a aquellos principios contenidos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG); a la llamada “Comisión de Derecho Europeo” (o “Comisión Lando”), que elaboró y publicó los “Principios de Derecho Contractual Europeo”(PECL). Asimismo los principios UNIDROIT, provenientes del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, sobre los contratos comerciales internacionales.¹⁰ En todos estos acuerdos se han consagrado normas propias de la compraventa internacional, pero se han redactado de tal forma que perfectamente se pueden aplicar a otros contratos.

Nos referiremos a tales tratativas, solamente en aquella parte que nos ha parecido conveniente e interesante destacar en relación al daño moral contractual y en particular a la previsibilidad, y asimismo a algunas instituciones novedosas incorporadas en tales estudios y que dicen relación con el tema investigado.

Es así como en el caso de la Convención de Viena, en su artículo 74, se opta por rechazar la procedencia del daño moral que derive del incumplimiento contractual; en cambio el artículo 9:501(1)(a) de los PECL reconoce la posibilidad de indemnizar el daño

¹⁰ UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*; CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Hernán Corral Talciani, Legal Publishing 2010.

moral derivado de un incumplimiento contractual expresamente. También los principios UNIDROIT, incorporan la indemnización de los daños morales, en su artículo 7.4.2. También se hace referencia en algunos de ellos al tema de la previsibilidad del daño al momento de la celebración del contrato, como límite a una eventual indemnización por daño moral ante un incumplimiento contractual.¹¹ Según el profesor de derecho civil Alvaro Vidal Olivares¹², hoy puede apreciarse en algunos ordenamientos jurídicos, una tendencia hacia la modernización de la normativa relativa a las obligaciones y su incumplimiento, teniendo las normas de tales ordenamientos como antecedente inmediato el Código Civil francés. Es así como en el derecho español de las obligaciones y contratos, afirma el profesor Luis Díez-Picazo que “un momento culminante en su desarrollo fue sin duda el Convenio de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías. Agregando “que hay problemas de interna coherencia del conjunto normativo, que, sin alterar los designios políticos que en él pueden existir, permitan entenderlo mejor y aplicarlo más adecuadamente- y sigue- es casi seguro que el estado actual de nuestro Derecho de obligaciones aconseja alguna reforma que lo ponga en consonancia con los últimos textos europeos”.

Dice, además, que “en cualquier caso, hay que decir que, en espera de la reforma o sin ella, corresponde a los estudiosos y a los profesores esa búsqueda de la interna coherencia que el conjunto correctamente entendido debe tener”.¹³

¹¹ Josep Solé Feliu, Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Girona: “*El daño moral por infracción contractual: Principios, modelos y Derecho Español*”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Febrero de 2009.

¹² Álvaro Vidal Olivares, Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. “*El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos*”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, de julio 2011, pp. 243-302.

¹³ Luis Díez-Picazo, “Prólogo”, en Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del derecho de las obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, “Reforma de los Códigos y derecho europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, volumen LVI, Madrid 2003, Pág. 1565 y ss.; Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, en Antonio Manuel Morales Moreno, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Navarra, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, Pág. 29.

Los procesos modernizadores, son lentos y requieren de estudio y profunda investigación, ello no es ajeno a nuestro derecho, y es una de las funciones principales de las normas, cuál es su eficacia al ser aplicadas a los casos concretos de que conocen los tribunales de justicia, esto es, lo que nosotros llamamos “el derecho vivo”.

En el caso del reconocimiento de la procedencia del daño moral, ello es la consecuencia de una paulatina evolución de la interpretación de las normas del Código Civil, por profesores y juristas, habiéndose dictado, leyes que en ciertos casos reconocen su procedencia expresamente, tal como indicamos anteriormente, como es el caso de la Ley relativa a la protección de los derechos de los consumidores.

Concluimos sin lugar a dudas que para alcanzar las transformaciones y muchas veces adaptaciones de las normas jurídicas a la realidad social, toda vez que las relaciones contractuales y formas de contratar han ido cambiando, debemos estudiar otros procesos e intentos de modernización que se han venido desarrollando en diferentes ordenamientos jurídicos. En muchas ocasiones los jueces deben interpretar las normas para adaptarlas al caso concreto, y los tribunales superiores de justicia van elaborando jurisprudencia, en base a criterios propios, aplicando doctrina moderna; y los estudiosos del derecho y profesores, en el constante afán que los motiva estudian la norma en relación a su validez frente a las transformaciones crecientes de la sociedad.

Por último, y con la finalidad de acercarnos a la normativa vigente en el derecho comparado en materia de derecho moral contractual, veremos brevemente la situación normativa en algunos países.

En España, no existe duda sobre la posición favorable de los tribunales españoles con respecto a la indemnización del daño moral, la jurisprudencia española ha admitido la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual, desde una sentencia de 1984 que no ha sido modificada mayormente. Esta sentencia señalaba que el perjuicio creado a la parte diligente por incumplimiento debe ser indemnizado, ya que a no dudar en el contratante existen expectativas creadas con relación negocial intersubjetiva y

debe ser ponderado a la luz de la forma, propiedad y consecuencias de la obligación incumplida, lo que ha provocado una ruptura de la confianza y de la buena fe.¹⁴

En Alemania, la doctrina concluye que el daño moral que deriva de la lesión de un interés patrimonial tan solo se indemniza en aquellos supuestos en que, existe una norma que establece tal posibilidad. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito del derecho de propiedad intelectual, como consecuencia de la lesión del derecho de autor.

En relación al daño moral como perjuicio previsible en materia contractual, permite la compensación del incumplimiento de viaje combinado. En la doctrina se acepta por una parte que se podría indemnizar el daño no patrimonial derivado de otros contratos que tengan por finalidad tutelar determinados derechos inmateriales, sin ser una opinión mayoritaria.

En Francia se admite la compensación del daño moral derivado del incumplimiento o del incumplimiento incorrecto de un contrato. Por ejemplo en el caso de despidos laborales en condiciones humillantes para el trabajador, con independencia de la improcedencia del despido.

En el derecho italiano, la doctrina y la jurisprudencia estiman que la indemnización por daño no patrimonial es viable en los casos aceptados por el legislador. El resarcimiento de los perjuicios alcanza solo a los daños patrimoniales, siendo la excepción los extrapatrimoniales, los que solo pueden ser indemnizados si existe una ley que lo disponga.

En el capítulo siguiente estudiaremos que posiciones existen actualmente en relación a la previsibilidad como límite a la procedencia del daño moral en sede contractual. Concordamos plenamente con que el daño moral debe ser resarcido, pero estimamos que deben aplicarse ciertos parámetros o límites para determinar su procedencia.

¹⁴ BARRIENTOS ZAMORANO MARCELO, Revista chilena de derecho, , vol. 34 N°1, Pág. 7 – 22, 2007.

CAPITULO II

CANON DE LA PREVISIBILIDAD

2.1 Teoría de la previsibilidad.-

Tal como expresamos en el capítulo anterior, el incumplimiento es uno de los requisitos de la responsabilidad contractual, considerándolo como toda acción u omisión, realizada por el deudor, que contraviene lo prometido en el contrato y frustra de este modo el interés del acreedor.

En la doctrina moderna se hace cada vez más patente un esfuerzo por objetivizar la responsabilidad derivada de una infracción contractual, una forma consiste en distinguir entre la responsabilidad por la prestación incumplida, que sería una pretensión de cumplimiento en forma equivalente, y la responsabilidad por los perjuicios causados por la falta de prestación.¹⁵

Ahora bien, el incumplimiento contractual conlleva que el acreedor deba responder de una serie de perjuicios, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, tal cual hemos dejado establecido. Pero nos debemos preguntar en particular si el acreedor debe responder de todos los perjuicios.

Según el jurista Jean Domat¹⁶, un hecho puede dar lugar a diversos perjuicios sin implicar por ello una responsabilidad ilimitada para el deudor, así según se determine que

¹⁵ HERNAN CORRAL TALCIANI, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, pág. 155.

¹⁶ CARMEN DOMINGUEZ, Daño moral II, pag. 495.

pérdidas son consecuencia del hecho de aquel que demanda la reparación y aquellas que tienen otras causas, siendo sólo las primeras imputables al deudor¹⁷. Tenemos así la primera clasificación que a efectos de la reparación se hace, entre los perjuicios inmediatos o directos, y aquellos mediatos o indirectos.

En sede extracontractual la imputación al responsable se producirá cada vez que se trate de los perjuicios inmediatos o directos, en cambio en materia contractual se efectúa una segunda distinción, dentro de los perjuicios directos, se debe subdistinguir si se trata de un deudor doloso o de mala fe, caso en el cual su responsabilidad es por todos ellos, en cambio si se trata de un deudor de buena fe, la obligación de responder se extiende sólo a aquellos perjuicios previstos por el deudor al tiempo de la celebración del contrato.

Tales límites, ya fueron impuestos por Justiniano¹⁸, en el derecho romano y es adoptada por gran parte de los autores del Derecho antiguo francés, por una parte Domat, principalmente por Robert Joseph Pothier y Dumoulin.¹⁹

¹⁷ HERNAN CORRAL TALCIANI, *CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO*, Ed. Legal Publishing Chile, 2010, Pág. 142.

¹⁸ C.7. 47.1: “ De las sentencias que se profieren respecto a los intereses: 1. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del Pretorio.- Como sean llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. Así, pues, mandamos, que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa, cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, para que se restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que, el cómputo a lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites.

¹⁹ POTHIER, R., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1961.

Los criterios adoptados por este último jurista, fueron incorporados en dos normas del Código Civil francés, en los artículos 1150 y 1151, contenidos en el capítulo relativo a los efectos de las obligaciones. Tales normas fueron acogidas en otros Códigos Civiles, como en el italiano de 1865 y más tarde en el de 1942.

El Código Civil español, sigue los pasos del francés, pero con una influencia de García Goyena²⁰, norma que no ha dejado de traer algunos problemas, atendida su propia redacción. Se trata del artículo 1107 del Código Civil, que dispone que los daños 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. A su vez, el inciso segundo indica que en caso que el deudor actúe con dolo, éste responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

En este caso, sin perjuicio de las diferencias en su contenido, la doctrina española se inclina por interpretar la norma en el mismo sentido que la francesa.

Por su parte, nuestro Código Civil se adapta al modelo del Código francés, estableciendo la previsibilidad como canon de la limitación de la extensión de la responsabilidad contractual del deudor no doloso.

El artículo 1558 del Código Civil chileno agrupa, en un solo precepto, las 2 reglas de los artículos del Código francés, al establecer 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”.

²⁰ HERNAN CORRAL TALCIANI, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Ed. Legal Publishing Chile, 2010

Agrega la norma que las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Se ha concluido que en nuestro derecho civil, la relación causal tiene dos momentos de análisis: como atribución de un daño al incumplimiento contractual y como limitación de dichos daños en beneficio del deudor no doloso.²¹

Entonces, en primer lugar, ante un incumplimiento contractual, a fin de determinar y limitar la responsabilidad, debemos tomar en consideración la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño o perjuicio ocasionado y, además, la previsibilidad como límite para la procedencia de los daños causados con motivo del incumplimiento contractual cuando nos encontremos ante un deudor que haya actuado en forma culposa, toda vez que el deudor doloso responderá de todos los perjuicios ocasionados al acreedor diligente.

En los párrafos siguientes analizaremos en particular el canon de la previsibilidad aplicable al daño moral.

2.2 Fundamentos de la previsibilidad.-

La doctrina ha justificado la teoría de la previsibilidad como límite a la procedencia de los daños en sede contractual por diversos fundamentos. Por una parte se ha considerado que constituye una forma de respetar la voluntad de las partes contratantes, en cuanto a la previsibilidad de los riesgos y daños, que un eventual incumplimiento podría generar. También se ha entendido como una garantía contractual y no necesariamente como una responsabilidad.

²¹ HERNAN CORRAL TALCIANI, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Ed. Legal Publishing Chile, 2010.

Pensamos que es importante que las partes al contratar deben saber que existen en el ordenamiento jurídico normas que garantizan las soluciones a las que pueden optar ante un incumplimiento contractual y en especial en cuanto a los daños que razonablemente se deberán resarcir en esta materia y asimismo considerar el principio de buena fe que, como expresamos, debe inspirar toda la relación contractual, desde su inicio y hasta su término.

Los ejemplos que citó el jurista Dumoulin²² en su obra, dicen relación con el saneamiento en el contrato de compraventa por evicción o vicios ocultos, distinguiendo entre ellos al deudor de mala fe, que dolosamente conoce y oculta que la cosa vendida no le pertenece o tiene un defecto, que responderá de todos los perjuicios y el de buena fe, a cuyo respecto se aplicará la teoría de la previsibilidad. Posteriormente se incorpora esta norma a las obligaciones contractuales en general.

El origen de esta teoría, dice relación con la difícil valoración de los daños y perjuicios. Por eso, según el profesor Marcelo Barrientos Zamorano²³, se ha impuesto una forma de valoración, de tasación, que de acuerdo a las presuntas previsiones de las partes, fije un monto de la indemnización razonada y razonable, cuya verosimilitud sea tal, que no haga suponer mayor daño para el vínculo que se ha creado, que no vaya mas allá de la cosa objeto del contrato y de los intereses de las partes.

Consideramos de gran importancia que se considere la voluntad que tuvieron las partes al momento de celebrar el contrato, atendido que ellas dejen plasmada expresamente su voluntad al inicio de la relación contractual, de no ser así, no será sino el intérprete judicial quien deberá determinar tal intención.

Toda actividad humana, tiene lugar entre pasado y futuro. En la práctica, el hombre actúa en la esfera temporal del presente, si bien se proyecta en el futuro, se ve incluso

²² CHARLES DUMOULIN, jurista francés, *De eo quod interest*, Venetiis 1584.

²³ Revista chilena de derecho, *versión On-line* ISSN 0718-3437, vol. 34 N°1, Pág. 7 – 22, 2007.

obligado a querer investigar a diario el futuro con el fin de adoptar cualquier decisión y comportamiento. Dicha previsión consiste en imaginar los acontecimientos futuros sobre la base de las experiencias del pasado y de las relativas a las reglas en su memoria o en otro medio, nos referimos a las experiencias propias , como de aquellas otras adquiridas externamente, especialmente hoy en día , en un mundo dominado por los medios de comunicación .

La teoría de la previsibilidad como límite en sede contractual, para la procedencia de los daños se ha mantenido en el tiempo, y se aplica actualmente, en nuestra legislación, a todos los daños, incluido el daño moral, tal como hemos señalado.

También se ha mantenido vigente incluso en algunos acuerdos internacionales, en los que se ha consagrado la previsibilidad como límite a los daños. En el caso de Los Principios de Derecho de los Contratos, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, desempeñándose como Presidente el profesor Ole Lando, se recogen principios tradicionales como la libertad contractual; la buena fe; se define a efectos de los principios lo que se entenderá por razonable, considerando la naturaleza y objeto del contrato; y a fin de interpretar el contrato se establece que se estará a las circunstancias relevantes del mismo.

En relación a la temática del presente trabajo en su Sección 5, sobre los Daños y Perjuicios, se establece expresamente que la parte perjudicada tiene derecho a ser indemnizada, incluyendo pérdidas no pecuniarias y futuras pérdidas previsibles y probables. Agregando el artículo 9:503 sobre la previsibilidad, que la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiere podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.

No cabe duda que en el futuro tales tratativas internacionales y principios, servirán para ilustrar a juristas y estudiosos del derecho nacional a impulsar reformas y cambios que se adapten a las actuales necesidades del derecho de los contratos.

Es por ello que debemos analizar si se previeron o se pudieron prever los daños al momento de la celebración del contrato.

2.3 El canon de la previsibilidad constituye un límite para determinar la procedencia del daño moral ante un incumplimiento contractual.-

La reparación del daño moral en sede contractual, según hemos indicado ya es ampliamente reconocida en nuestro derecho. En el Código Civil no ha sido reconocida expresamente, sino que ha sido labor de la doctrina y jurisprudencia su estudio y reconocimiento.

En la doctrina nacional, hemos encontrado principalmente dos profesores, que han opinado claramente en torno a la justificación o no de la previsibilidad del daño moral en sede contractual, tema de nuestro estudio.

Por una parte la profesora Carmen Domínguez Hidalgo, quien manifiesta en forma expresa que la teoría de la previsibilidad se encuentra con problemas tanto teóricos como prácticos. Señala que el derecho de la contratación, ya no solo gira en torno a la voluntad de las partes, y que la limitación de los daños resarcibles a los comprendidos en la previsión de las partes se opone al resarcimiento integral del perjudicado, en circunstancias que éste es reconocido hoy como un principio básico de toda responsabilidad no solo contractual.

Añade que esta teoría también presenta problemas para adaptarse a los supuestos de la responsabilidad objetiva, y que en algunas legislaciones como la alemana, no se considera la previsibilidad de los daños, no descartando por supuesto la relación de causalidad con el incumplimiento de la obligación y de los daños producidos para determinar su resarcimiento.²⁴

²⁴ CARMEN DOMINGUEZ HIDALGO, EL DAÑO MORAL, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Pág. 575.

A su vez, otra postura la encontramos manifestada por el profesor Hernán Corral Talciani²⁵, quien expresa en su libro que la regla general es que se responde de todos los perjuicios que tengan una relación de causalidad jurídica con el incumplimiento. Indica que la ley ha establecido una limitación de causalidad que favorece a todo deudor al que no pueda imputársele dolo.

Señala que discrepa de las críticas al mantenimiento de la regla, porque le parece que el principio de la reparación integral del daño no es un principio absoluto. Que incluso en la responsabilidad extracontractual se contemplan criterios para moderar las indemnizaciones exageradas, como la previsibilidad de los resultados considerada elemento de la causalidad. Dice que no parece injustificado que en materia contractual, por la especificidad del instrumento de distribución de riesgos, que el legislador contemple un criterio propio para la extensión del daño.

Agrega que la derogación de la regla no se puede justificar sólo en que con ello se obtendría la uniformidad de los regímenes reparatorios, porque es necesario probar en forma previa que efectivamente los sistemas de responsabilidad obedecen a principios y estructuras comunes.

Nosotros a través del presente trabajo ratificamos nuestra propuesta, cual es que efectivamente la previsibilidad en materia de responsabilidad contractual, sirve de límite a fin de establecer que los daños extrapatrimoniales deben ser indemnizados. No todo daño puede y debe ser indemnizado, así se deben ponderar varias variables tales como la causalidad, la prueba rendida y la previsión de las partes al momento de la celebración del contrato.

²⁵ HERNAN CORRAL TALCIANI, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Ed. Legal Publishing Chile, 2010, Pág. 145.

La previsibilidad representa un juicio de pronóstico a posteriori mediante el cual el juez se coloca mentalmente en el momento de la celebración del contrato para establecer cuáles de entre las consecuencias derivadas del incumplimiento eran o no previsible en aquel instante, por parte del hombre medio.

Debemos establecer cuáles son las premisas que le otorgan real validez a la previsibilidad como efectivo límite al resarcimiento del daño moral contractual. Enfocaremos el límite a los daños extrapatrimoniales en materia de responsabilidad contractual y en primer término debemos establecer, que se ha entendido por daños extrapatrimoniales y en particular dar un concepto de daño moral en sede contractual

En tal sentido quisiéramos citar las palabras de la profesora de Derecho Civil, de la Universidad Autónoma de Madrid, Alma Rodríguez Guitián²⁶, quien expresa que hay una primera dirección doctrinal que mantiene un concepto estricto de daño moral, de manera que éste queda restringido a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico resultantes de lesiones a derechos de la personalidad. Agrega que para los partidarios de esta tesis no se indemnizan como regla general los daños morales contractuales, ya que es poco frecuente que los incumplimientos contractuales lleven consigo la vulneración de los derechos de la personalidad del acreedor y añade que si se trasladaran tales conclusiones al ámbito de la contratación inmobiliaria, resultaría complicado encontrar hipótesis de daños morales derivados de la lesión de un derecho de la personalidad del adquirente del

²⁶ RODRIGUEZ GUITIAN ALMA MARIA, La reparación del daño Moral en la Contratación Inmobiliaria, revista de Derecho Universidad del Norte Colombia, No 30, diciembre 2008, pag.141- 163. Doctora en Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid y profesora titular de Derecho Civil.

inmueble por incumplimiento del contrato del agente de la edificación, salvo que por ejemplo el incumplimiento supusiera como daño la privación de la vivienda al adquirente, en forma temporal o permanente por un vicio constructivo.

Citamos especialmente a esta autora y sus palabras, toda vez que como analizaremos en el capítulo tres, hemos encontrado algunos casos en la jurisprudencia nacional que se refieren específicamente al daño moral en materia de construcción de una obra inmobiliaria. La profesora añade que no sabe si la adopción de un concepto estricto de daño moral sea el camino más adecuado, al resultar difícil identificar los bienes dignos de protección, ya que el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y se confunde muchas veces con los derechos consagrados en la Constitución, quedando sin protección otros derechos en esta materia, tales como el tiempo de ocio o la vivienda.

Es por eso que ella plantea que hay una segunda posición doctrinaria, a la que ella adhiere, que ha estado presente en muchas de las resoluciones del Tribunal Supremo español que resuelven peticiones de reparación, considerando un concepto amplio de daño moral contractual. Así, se ha entendido por daño moral a aquellos perjuicios de naturaleza no patrimonial que resultan de la lesión de cualquier interés jurídico, tanto si éste posee naturaleza patrimonial o no. Añade, por último que existe una tesis doctrinal que, desde un concepto amplio de daño moral, propone límites a la indemnización del daño moral contractual, planteando que se debe aplicar aquí la teoría de la previsibilidad del daño.

Entenderemos por daño extrapatrimonial, a aquellos que recaen sobre elementos de difícil estimación pecuniaria, ya que su contenido no es directamente económico, razón por la cual su reparación necesariamente debe ser por equivalencia o sustitutiva, y asumen dos formas, personales y no personales. Los primeros afectan a la persona humana o sus atributos y los segundos recaen fuera de ella. A su vez, los daños extrapatrimoniales personales están constituidos por el daño moral y el corporal.

Daño corporal es el que se causa a una persona en su organismo o en su mente: es considerado como un daño biológico que afecta la integridad física o síquica del hombre.

De manera que este tipo de daño, estimado habitualmente como daño material, o bien se ha comprendido dentro de la indemnización de daño moral, sin perjuicio que corresponde a daño distinto, con autonomía propia.

En este trabajo hemos concluido que la mejor manera de precisar un daño moral en sede contractual es a través de un concepto amplio de daño moral, toda vez que de esta forma el intérprete judicial podrá determinar en forma justa el verdadero y real daño ocasionado al acreedor diligente ante un incumplimiento de esta naturaleza.

CAPITULO III

AGRUPACION DE CASOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL TEMA

3.1 La labor jurisprudencial y el canon de la previsibilidad.-

Sin lugar a dudas es de gran importancia estudiar la labor realizada por los tribunales de justicia al resolver los casos concretos que se han puesto en su conocimiento a fin de decidir acerca de una demanda interpuesta para hacer efectiva una responsabilidad contractual, en que se ha demandado, entre otros perjuicios, daños extrapatrimoniales.

Ello nos permitirá ver los casos concretos y reales, a los que se les han debido aplicar las normas en estudio y los criterios legales, doctrinales y judiciales, adoptados en torno a ellos. Hay limitaciones al principio de reparación integral de los daños que se aplican considerando la solución que se da a cada caso concreto en particular.

Nos interesa exponer y agrupar algunos casos que sobre esta materia han sido resueltos por la Excm. Corte Suprema, durante los últimos cinco años, y el objeto principal de ello es establecer la naturaleza de las obligaciones contractuales, en que se ha hecho lugar a la demanda indemnizando en definitiva el daño moral y los criterios establecidos a fin de determinar el límite de la procedencia de este rubro, ya ampliamente reconocido como indemnizable.

3.2 Agrupación de casos atendida la naturaleza de las obligaciones contractuales.-

Luego de estudiar una serie de casos emanados de los tribunales nacionales, seleccionamos algunos casos emanados de la Excma. Corte Suprema, durante los últimos 5 años, recaídos en demandas de indemnización por daños, en particular daño moral, ocasionado por incumplimiento de obligaciones contractuales.

De un estudio de estos fallos, obtenidos de la base documental del Poder Judicial, hemos decidido clasificar los casos, atendida la naturaleza del contrato, de cuyo incumplimiento se origina la indemnización que se demanda por daño moral. Expondremos los criterios e interpretaciones que emanan del Tribunal de superior jerarquía en nuestro país, en lo que respecta a los fundamentos por los cuales se acoge el daño moral en sede contractual, y los límites que se han establecido, en cuanto a la determinación de su procedencia, y en especial, si se ha aplicado o no el canon de la previsibilidad de los daños o no.

Hemos seleccionado, en particular, aquellas sentencias que nos parecen interesantes desde el punto de vista de la fundamentación doctrinaria y legal, en lo relativo al daño moral y a la determinación de su procedencia. Además, y tal como señalamos los clasificamos considerando la naturaleza de los contratos involucrados y que la cantidad de fallos recaídos en este tipo de contratos es frecuente y no aislada.

No analizaremos algunos fallos en que procede el daño moral en sede contractual, según el tribunal, pero se ha negado lugar al mismo, por cuanto la prueba de los montos indemnizables se consideró insuficiente. Sin embargo, estimamos que es conveniente mencionarlo, toda vez que no es menor el número de casos en que en definitiva por falta de prueba se negó lugar a la demanda intentada.

Clasificación:

1° Casos en que se ha demandado incumplimiento de contratos de ejecución de obra inmobiliaria, y con motivo de ello, se ha demandado daño moral.

2° Casos en que se ha demandado indemnización de perjuicios por responsabilidad en contratos de asistencia médica, y en que se analiza la concurrencia del daño moral.

3° Casos que provienen del incumplimiento de obligaciones emanadas principalmente de contratos de cuenta corriente bancaria, en que el Banco ha dejado de cumplir sus obligaciones, y en que se ha provocado daño moral a los demandantes.

4° Casos en que se ha demandado indemnización por daño moral, ante un incumplimiento contractual en virtud de la Ley de Protección al Consumidor.

5° Casos de interés, en que se ha dado lugar al daño moral por incumplimiento contractual.

I.- CASOS EN QUE SE HA DEMANDADO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA INMOBILIARIA.

CASO N° 1 ²⁷

HECHOS:

En este caso, los demandantes alegan que su contraparte no cumplió las obligaciones contractuales, toda vez que celebraron un contrato de construcción de vivienda y no se dio cumplimiento al mismo. Exponen que, no obstante tratarse de viviendas nuevas adquiridas con el ahorro de años, a los pocos meses de entrega comenzaron a presentar innumerables desperfectos que, en un principio no pudieron ser detectados por éstos atendida la falta de competencias profesionales en el rubro de la construcción de todos ellos.

Aseveran que los defectos de construcción han causado innumerables molestias a los habitantes de los departamentos, atendido que lo que debiera ser un ambiente sano donde criar a sus hijos, se ha transformado en un lugar húmedo y frío, foco de innumerables enfermedades respiratorias y fuente de gastos médicos, por lo que los propietarios han incurrido en una gran cantidad de gastos en reparaciones de toda índole y que ha redundado en un indiscutible daño moral que debe ser reparado.

²⁷ Fallo de la Excma. Corte Suprema de 25 de septiembre de 2008, Rol 59-07, emanado de la Primera Sala, el cual acogiendo el recurso de casación en el fondo, hace lugar a la demanda relatada, a la que se le negó lugar en primera y segunda instancia. Los considerandos que se destacan en este fallo son de gran importancia, toda vez que van sentando los fundamentos de la jurisprudencia reiterada e esta materia.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La Corte Suprema al hacer lugar al daño moral ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales nacidas de un contrato de ejecución de obra inmobiliaria expresa que los demandantes pidieron se les resarciera el daño moral, que debieron soportar al haber invertido los ahorros de toda una vida para adquirir un lugar donde vivir digna y cómodamente junto a sus familias, ánimo que se vio frustrado y violentado con los defectos que presenta la construcción. Agrega que al tratarse de sede contractual, “cabe tener presente que hasta hace muy poco tiempo atrás se consideró y prácticamente en forma unánime, que el daño moral proveniente de incumplimiento contractual no era resarcible, postura que actualmente presenta cambios, vacilantes al comienzo pero que actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando.”²⁸

Los fundamentos principales de este fallo y que se reiteran en una gran cantidad de sentencias, que justifican la procedencia del daño moral dicen relación con:

1.- La aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil. Expresan en sus fundamentos los Ministros de la Excma. Corte Suprema que : “El marco restrictivo que imperaba en las indemnizaciones en el ámbito contractual que nacía de la aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil, tuvo su principal sostenedor y defensor en el profesor Arturo Alessandri,

²⁸ Señala, además que: “Así, esta Corte ya ha resuelto reiteradamente la procedencia del daño moral en materia contractual, en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre, ambas del año en curso, recaídas en los ingresos rol N° 1.368-00, 4.035-01 N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3901-05, N° 3750-05 y 4.103-05, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben. Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral, en tales fallos se pueden resumir en las siguientes argumentaciones, según se ha dejado consignado en el considerando trigésimo primero del último de aquellos”.

cuyo criterio sobre la improcedencia del daño moral en materia contractual, se mantuvo casi inalterable en las sentencias de los tribunales de justicia hasta años recientes.

Señalan que en el ámbito contractual se consideró que la indemnización por daños extrapatrimoniales no era posible y aceptable y ello porque se entendió que el texto del artículo 1556 se refería únicamente a daños patrimoniales, o perjuicios pecuniarios, lo que no es así, pues no existe referencia a tal restricción o calificación en el texto del artículo.”

2.- La nueva doctrina jurisprudencial. Añaden que: “El criterio de marco rígido evolucionó y como ejemplo de este cambio, se encuentra la sentencia de 20 de octubre de 1994 de esta Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación de fondo deducido por una institución bancaria que impugna la aceptación del daño moral en sede contractual, decisión que se une a otros fallos de esta Corte en el mismo sentido, de 3 de julio de 1951 y de 14 de abril de 1954, dictadas en recursos de casación de fondo (Rev. de D. y J. tomo 91, págs. 100 a 105). “

3.- El legislador acepta el daño moral. Señalan que: “No se ha excluido el daño moral por el legislador, así la norma del artículo 1556 del Código Civil no excluye el daño moral, como tampoco dispone que la indemnización sólo comprenda o abarque los rubros de daño emergente y lucro cesante. Que no se podría excluir el daño moral, puesto que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos, por el contrario, el artículo 544, en relación con el 539 y el 1544 del Código Civil, posibilitan esa clase de reparación de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones.”

4.- Concepción del daño emergente.- Agregan que: “Las nuevas doctrinas sobre el resarcimiento del daño moral, derivado del incumplimiento de contratos, entiende que el concepto de "daño emergente", que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral. Esta interpretación que no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en su texto actual del mencionado artículo, primero porque la voz "daño" que emplea la disposición y que no se

encuentra definida en la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo "detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales y, porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales.

5.- Aceptación por la doctrina.

Fundamentan, además, que: "Los estudiosos del Derecho, como parte de la jurisprudencia, recientemente han ido aceptando el resarcimiento del daño moral en los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales. El profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra "Instituciones de Derecho Civil Moderno" afirma: "Para mi es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial", agregando que "la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra "daño" comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno".

Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual. Otros autores nacionales participan del mismo parecer, como Leslie Tomasello Hart, en su estudio sobre "El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual" (Editorial Jurídica, 1969); René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Tomo II, N° 892, páginas 789 y 790; Ramón Domínguez Águila en sus "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista" (Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 188, 1990); Ramón Domínguez Benavente en Comentarios de Jurisprudencia (publicada en la antes citada revista universitaria N° 198) y recientemente doña Carmen Domínguez Hidalgo en su obra "El Daño Moral" (Editorial Jurídica año 2000). Estableciendo ciertas diferencias, también comparte esta procedencia Enrique Barros Bourie, en su obra antes citada, páginas 335 a 345.

6.- Igualdad ante la ley. Por último expresan que: “ La sentencia de esta Corte de octubre de 1994, expresa al respecto que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, y agrega que si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

Fundamentos aquellos a los cuales la sentencia de veinticuatro de septiembre pasado, ya indicada, agrega que el razonamiento que el daño moral queda incorporado en el daño emergente, ya que el legislador no ha distinguido entre los daños materiales y los morales, sino que se ha limitado a referirse al daño emergente, y donde no distingue el legislador no es lícito al intérprete hacerlo agregándose que reafirma esta interpretación la definición dada de la voz emergente por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y según la cual se dice que algo es emergente cuando nace de otra cosa. De forma que cuando el legislador empleó el adjetivo emergente para calificar el substantivo daño, estaba queriendo decir, simplemente, que este daño provenía de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. (Carmen Domínguez Hidalgo, El daño moral, Editorial Jurídica, Tomo I, página 346, citando a Ruiz González, El transporte de pasajeros en la doctrina y la jurisprudencia, Memoria de Licenciatura, año 1962). “

Además, expresan que : “ la norma de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, como a lo dispuesto en el artículo 170 N° 5 del de Procedimiento Civil e integrando una falta de pronunciamiento del legislador del Código Civil, se puede sostener que nuestro Estado ha establecido que es una República Democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante

la ley, como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de diferencias arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19, N° 7, letra i), no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso cuarto, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado, a quien se ve expuesto a la privación forzada de su propiedad mediante un acto de autoridad, como es la expropiación.

Añade que estas premisas, además, del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, impone, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor se cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado. En efecto, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil corresponde sea integral e igualitaria en su extensión, si no existen argumentaciones concretas que ameriten establecer fundadas diferencias. Es por ello que en función de la teoría de la unidad de la responsabilidad, la distinción actualmente imperante respecto de la procedencia del daño moral en sede contractual y extracontractual, resulta absurda (René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica, página 789), contradicción y falta de congruencia que destacan la mayoría los autores citados con anterioridad y que se pronuncian por la aceptación del daño moral en sede contractual. Que una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza, todo daño, según reza el artículo 2329, al igual que en responsabilidad contractual; que se

impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo, en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de todos los perjuicios. De lo anterior se sigue que el daño moral se encontraría excluido, únicamente en sede contractual cuando la ley exija culpa leve o levísima para justificar la responsabilidad de la parte incumplidora. Incluso tal procedencia puede verse ampliada a todo evento en que, existiendo perjuicios morales, una de las partes pruebe la concurrencia de hechos que permitan ser calificados de culpa grave o dolo en el incumplimiento de otra de las partes, puesto que la ley no ha impedido esta posibilidad, de tal forma que la diferencia descansaría más que en la ley en la posibilidad que tengan las partes de aportar antecedentes fácticos que permitan calificarlos en el sentido indicado y si se quiere extremar el argumento, la distinción pasaría a radicar en la decisión concreta de los tribunales al efectuar la calificación de la culpa. Lo injustificado de la diferencia anotada queda de manifiesto precisamente en materias propias de la responsabilidad médica, pues ante la posible opción de responsabilidades, resulta más beneficioso en la extensión del daño accionar por la vía extracontractual, por la limitación que contemplaría la legislación en sede contractual, sin que exista fundamentación plausible que avale tal distinción. Esta visión integral del Derecho lleva a superar la exclusión del daño moral en la responsabilidad contractual, limitando su procedencia a la justificación del mismo en los casos concretos de que se trata. (SCS. 15.01.08, Ojeda Ojeda Bernardo Francisco con Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.). “

Después de expresar los fundamentos citados que hacen procedente el daño moral en sede contractual, se refieren los fundamentos del fallo en análisis al daño moral ocasionado y a su prueba, señalando que: “ se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obligan al responsable a indemnizar no sólo el daño emergente y el lucro cesante sino también el daño moral, en consecuencia corresponde determinar si en la especie los actores han sufrido daño moral a consecuencia de los defectos de la cosa vendida. *Que el daño moral, en una de sus vertientes, es aquel que afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona. En este caso está*

representada por la aflicción psicológica derivada del sufrimiento propio y de ver a su familiar expuesta a condiciones de vida que afectan su calidad, circunstancia que se mantiene permanentemente de manera diaria. Esta frustración y desesperanza permanente se potencia ante la falta de recursos adecuados que le permita revertir la realidad, la que entendieron dejar atrás cuando adquirieron los departamentos.

Añaden que: “ la prueba rendida en autos acredita los defectos de construcción latamente detallados con anterioridad, los que no sólo están referidos a filtraciones de viento y agua, deterioros de piso, muros por la mala calidad de los materiales empleados y mala ejecución de la construcción, sino también por defectos en el muro divisorio de los departamentos está mal ejecutado lo que permite filtración de olores, ruidos, ausencia de aislamiento acústica al shaft por donde pasa el alcantarillado, lo que evidentemente ha producido un menoscabo a la dignidad de los actores que con esfuerzo adquirieron dichas viviendas a través de un mutuo hipotecario celebrado con el Banco del Estado, mediante los cuales entendieron comprar viviendas nuevas de la sociedad demandada, sin uso, por lo que resulta indiscutible la aflicción que sufrieron al advertir que éstas presentaban graves defectos de construcción con las consiguientes molestias que ello deriva no sólo para ellos sino también para su grupo familiar. Luego, resulta acreditado que los demandantes han sufrido producto del incumplimiento en que incurrió la demandada, pesar, incomodidades y afectación de la calidad de vida que constituye daño moral, el que corresponde apreciar en cuanto a su monto.” Así determinan el monto del daño moral en \$800.000.- , para cada uno de los demandantes.

En cuanto a la procedencia del daño expresan; “*Que, como se ha expresado con anterioridad, se encuentra establecida la existencia del daño moral, como la relación de causalidad que exige la ley entre el incumplimiento y el daño, por concurrir una relación de causa a efecto entre ellos, en los términos de todo hecho ilícito, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1556 y 1558 del Código Civil. En la especie, resulta palmario que de haberse cumplido la obligación por el demandado, no habría existido daño.*”

De la lectura de los considerandos mencionados precedentemente, tal como hemos expuesto, la Corte Suprema reconoce la procedencia del daño moral en sede contractual al interpretar en forma amplia el artículo 1556 del Código Civil, en el sentido que el texto de tal norma no restringe las indemnizaciones en forma exclusiva al daño emergente y al lucro cesante, siendo perfectamente posible la indemnización por daños extrapatrimoniales en el ámbito contractual.

Además, en el fallo se cita numerosa doctrina nacional que avala tal pensamiento; se hace un análisis del concepto propio de daño moral y se hace un análisis del concepto del daño moral en sede contractual. Por último, se cita la Constitución Política de la República, como aquella ley que consagra una serie de derechos que vienen a ratificar la procedencia del daño extrapatrimonial.

En lo que respecta a la procedencia del daño moral, no se hace mención expresa a la previsión del daño moral contractual a fin de limitar su procedencia, sin perjuicio de ello se cita el artículo 1558 del Código Civil y se hace una referencia a la relación de causalidad, entre el perjuicio y el incumplimiento.

CASO N° 2 ²⁹

HECHOS:

La pretensión la funda el actor señalando que con fecha 22 de febrero de 2006 celebró con el demandado un contrato privado de ejecución de obra, en virtud del cual este último se obligó a construirle una vivienda de ciento treinta y siete metros cuadrados.

Expresa en su demanda, que encontrándose aparentemente concluidas las terminaciones interiores, el 14 de septiembre de 2006 se trasladó a vivir al inmueble junto a su grupo familiar. Añade, que tan pronto se instaló en la vivienda comenzó a descubrir una

²⁹ Fallo recaído en causa Rol N° 2318-08 de 11 de mayo de 2009, de la Primera Sala de la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma y confirmó el fallo de primera instancia, el que había sido revocado por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

serie de manifiestos defectos de terminación, tales como: deformación en las vigas a la vista instaladas en el cielo del living comedor; piso flotante mal instalado; uniones de alfombras mal ejecutados; ventanas correderas que se encontraban con desplazamiento limitado; separación de casi un centímetro entre tablas de pino oregón utilizadas para revestir algunas murallas; manchas en los cielos producto de goteras y puertas de exterior con diferencias de varios centímetros en relación con su marco, entre otros.

Indica que el objetivo de la demanda es que le sean indemnizados los perjuicios que debió soportar por daño moral, debido a los malos ratos y preocupaciones sufridas al apreciarse habitando junto a su grupo familiar en una vivienda que no cumplía con las expectativas materiales que habían sido objeto del acuerdo celebrado con el demandado y por el hecho de vivir atemorizado en una casa cuyo sistema eléctrico podía provocar un incendio en cualquier momento o cuyo techo podía colapsar ante un sismo de no mucha intensidad.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

En este fallo, destacaremos principalmente el razonamiento de la Corte Suprema en su pronunciamiento relativo al sentido de daño moral, en el cual se analiza cómo la aflicción anímica del actor, producto de que la vivienda no contaba con las exigencias acordadas, lo que se estimó *agravado* por el temor de que el sistema eléctrico colapsara, otorgándosele la suma de \$3.000.000.- por concepto de daño moral.

Se señala que: “habiéndose determinado fehacientemente el incumplimiento contractual del demandado -en razón de los graves desperfectos de construcción advertidos en el inmueble-, situación fáctica cuyo establecimiento no fue impugnado, cabe entonces colegir como una consecuencia natural de dicha circunstancia, *el hecho efectivo de haberse provocado al demandado el daño moral por él alegado, esto es, una aflicción anímica producto de los malos ratos y preocupaciones sufridas con ocasión de la verificación práctica de que su vivienda no cumplía con las exigencias materiales que se acordaron con el demandado, de conformidad a las especificaciones técnicas de construcción, situación*

que se vio agravada ante el legítimo temor de que el sistema eléctrico del inmueble provocara un incendio en cualquier momento y que el techo pudiese colapsar ante un sismo de no mucha intensidad, razón por la cual se accederá en definitiva a la demanda de indemnización de perjuicios por este rubro.”

CASO N° 3 ³⁰

HECHOS:

La I. Corte de Apelaciones de Valparaíso dio lugar a la indemnización de perjuicios interpuesta, solamente en cuanto se condenó al Gobierno Regional V Región a pagar \$104.000.000.- por daño emergente y \$120.000.000 por daño moral. A su vez, la Excma. Corte Suprema, al rechazar los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos, ratificó lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sin perjuicio de ello nos interesa con motivo de este trabajo destacar el voto en contra que emana de este Tribunal Supremo, relativo a la naturaleza del daño moral.

Es así como el voto en contra de aquellos Ministros que estuvieron por invalidar de oficio la sentencia recurrida, y dictar sentencia de reemplazo revocando el fallo de primer grado y rechazar la indemnización por daño moral demandado, al estimar que la sentencia impugnada, al ordenar pagar una indemnización a título de daño moral proveniente de responsabilidad contractual, ha cometido error de derecho infringiendo el artículo 1556 del Código Civil. Expresan 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 el actor en su demanda, como lo hizo la sentencia recurrida, pues en este caso no se dan los supuestos a que se ha hecho referencia en los motivos anteriores; y, en consecuencia, al*

³⁰ Fallo recaído en causa rol 2367-07, de 11 de diciembre de 2008.

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.

Nos parece interesante el voto en contra, por cuanto en él se manifiesta que las obligaciones que generó el contrato de ejecución de obras, quedaron limitadas exclusivamente al resultado material de las mismas, y en consecuencia, no era posible resarcir el daño moral. Esto significa que los tribunales en general y no solo en esta sentencia está preocupada de determinar que debemos entender por daño moral y que representa tal daño, dependiendo de cada situación de hecho sometida a su decisión.

CASO N° 4 ³¹

HECHOS:

Se ha interpuesto demanda por cuanto un arquitecto elaboró un presupuesto para el proyecto de vivienda Barrio Colonial, cuyas especificaciones técnicas fueron aprobadas por la Dirección de Obras Municipales de Machalí, y la construcción de la casa no fue realizada acorde a las aludidas especificaciones técnicas, presentando la vivienda diversas fallas de construcción y estructurales por mala calidad de los materiales utilizados, lo que motivó, entre otras cuestiones, que no se haya otorgado el certificado de recepción final. La construcción fue desarrollada por un constructor civil, también demandado en la causa.

Se sostiene que éste último no cumplió con la obligación contenida en el contrato de confección de obra material celebrado, esto es, dar estricto cumplimiento a las estipulaciones del proyecto, hecho que ha causado diversos perjuicios a la actora.

³¹ La Excm. Corte Suprema, en fallo recaído en causa rol 5420-07, de fecha 24 de diciembre de 2008, decide rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto y, en definitiva, se mantiene a firme la sentencia emanada de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua que revoca la sentencia de primer grado, en lo que dice relación con el daño moral que fuera acogido, destacando así lo resuelto por la Corte de Rancagua, pues dice relación con un fundamento distinto, de aquellos citados en los casos anteriores, cual es que este daño extrapatrimonial debe ser grave y de importante entidad, para estimar su procedencia, según se expresa.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

El siguiente fundamento emitidos por los Ministros de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, nos parece importante al expresar que: “ desde otro punto de vista cabe tener en cuenta que si bien la jurisprudencia se ha venido uniformando en orden a la procedencia de la indemnización por daño moral en relación con la responsabilidad contractual, lo cierto es que para que proceda la reparación indicada, *se debe acreditar un daño en el ámbito extra patrimonial grave, irreparable y de importante entidad y permanencia que no sean las molestias inevitables y previsibles de una simple frustración inherente a la vinculación contractual. No basta entonces, con que la situación de incumplimiento haya producido aflicción, dolor o menoscabo, ya que las molestias, desagrados y pesares son propios de toda infracción de la obligación convenida y ello no siempre genera indemnización.* En otros términos no basta para la procedencia de la indemnización por daño moral el simple incumplimiento de una obligación, pues ello siempre es posible en el ámbito contractual, sin perjuicio además que su reparación esté prevista en el daño emergente y en el lucro cesante.

En esta sentencia, al igual que en otras estudiadas, se reitera que no cualquier daño moral debe ser indemnizado, debe tratarse de un perjuicio de una cierta gravedad y entidad.

II.- CASOS RELATIVOS A INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATOS POR ASISTENCIA MEDICA.

CASO N° 1 ³²

HECHOS: La actora interpone demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato de prestación de servicios médicos en contra de un médico, al que contrató a efectos de realizar una cirugía de reducción mamaria bilateral.

La demandante expuso que la intervención quirúrgica se llevó a efecto con fecha 26 de junio de 1997 y fue dada de alta al día siguiente, tras lo cual siguieron varios controles médicos en los que manifestó a la contraria su preocupación y disconformidad por el defecto que observaba en el resultado estético de la operación, lo que no fue acogido por el demandado, señalando que la verdadera evaluación se haría cuando ya no hubiera inflamación. Sin embargo, añade, con fecha 4 de noviembre de 1997, el demandado reconoció que se había incurrido en un error en la cirugía y le propuso una nueva, la que se llevó a efecto el 15 de diciembre de 1997, aunque limitando la gratuidad ofrecida antes, sólo al costo del equipo médico.

Afirmó la actora que, de nuevo, no quedó satisfecha con el resultado, pero el demandado le indicó que debía esperar seis meses más para ver los resultados definitivos; que con fecha 12 de marzo de 1999, volvió a la consulta del demandado, quien aseguró que todo estaba bien, dentro del estándar médico y, como ella siguiera disconforme, le dijo que lo sucedido era uno de los riesgos de la operación, a lo que agregó que no volvería a operarla ni gratuita ni remuneradamente.

³² La Excm. Corte Suprema, en causa rol 5849-09, por sentencia de 28 de enero de 2011 acoge el recurso de casación interpuesto y, en definitiva, confirma con declaración el fallo de primer grado, ordenando que el demandado pague a la actora una indemnización por daño moral ascendente a \$30.000.000.-

La actora insistió que, estéticamente, el resultado obtenido no corresponde con lo ofrecido por el demandado.

En los fundamentos que mencionamos a continuación nos parece de vital importancia el análisis que se hace por la Corte Suprema en relación con la procedencia del daño moral ante un incumplimiento contractual proveniente de un contrato de prestación de servicios médicos, en que se analiza la *lex artis*, la previsibilidad de los daños y asimismo que el médico debe responder de una culpa leve.

En sus fundamentos, en el fallo se destacan los considerandos que se citan a continuación:

Se expresa: "Que esta escueta exposición nos orienta en la decisión del presente caso, dado que se encuentra acreditado el daño, no está determinada la *lex artis ad-hoc* que debió observarse por parte del facultativo, lo que era de su cargo, pero que el Tribunal la ha referido en general, de manera tal que no es posible atribuir a un riesgo previsible el resultado final de la operación de reducción mamaria, corresponde a un hecho imputable al médico y está derivado de su falta de pericia, toda vez que en este caso ha de considerarse a un especialista en cirugía plástica y más que eso, su patrón de control es un buen médico especialista en cirugía plástica, por la consideración especial que la consulta fue derivada fundamentalmente, al momento de realizarla, de factores de embellecimiento por parte de la paciente. Ante tales antecedentes, el facultativo ha debido extremar sus cuidados;

Sin embargo, ello no se agota ahí, atendido que ese deber que rige al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, a menudo se ve complementado con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata sus servicios; hipótesis que en doctrina recibe la denominación de obligación de resultado, en contraste con aquéllas llamadas obligaciones de medio, referentes al estándar general de prodigar las destrezas y cautelas exigibles a un profesional competente, que importa la obligación, en el evento concreto de que trata este juicio, que la cirugía de embellecimiento y superación de un mal psicológico de autoestima (complejo), en ningún caso puede llevar a un resultado indeseado. En efecto, el profesional demandado ha debido tomar todas las medidas para superar aquella dolencia por la que fue consultado "reducción mamaria", pero al mismo

tiempo programar de tal manera la intervención que asegure el resultado y el embellecimiento de la paciente, tanto por su deber de garante de la salud, por las particulares circunstancias, la falta de premura del tratamiento, como por la retribución económica que recibe;

Que, por lo tanto, la responsabilidad del médico reposa en la culpa leve, es decir, aquella definida por la falta de diligencia o cuidado de un buen padre de familia, en este caso, de un buen médico especialista en cirugía estética, el cual no es posible que presente como un resultado esperado y realizado conforme a las leyes de su arte, que en este caso cobra aplicación textual, el establecido en la inspección personal de la señora magistrado de primera instancia, puesto que ello importaría que toda mujer que se someta a una reducción mamaria en las condiciones de la actora, podría esperar normalmente, esto es en la mayoría de las intervenciones, un resultado como el exhibido por el médico demandado, lo que contraría toda lógica. La regla general es la inversa. Son razones de programación y destreza personal del facultativo demandado que llevaron a este resultado, las que no quedan cubiertas por la *lex artis*, ya que la exceden.

Por demás, en la especie, no ha quedado demostrada una causa de justificación o exoneración de responsabilidad, por el contrario, está acreditada la imputación del resultado, el cual se trató de mitigar, pero que no se cumplió este objetivo.

En este caso de responsabilidad civil médica, en que se analiza la tradicional distinción, entre obligación de medios y de resultados. Se analiza como el médico se debió poner en una serie de situaciones a fin de prever los resultados deseados, conforme al contrato celebrado. Pensamos que sin existir un análisis expreso de la previsión del daño, ello constituye una reflexión tácita en torno al tema.

HECHOS:

En la presente demanda, el actor expresa que ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, donde fue operado de urgencia de hernia incisional atascada gigante, ileo gigante (obstrucción intestinal).

Señala que en el período operatorio que contrajo una infección por Staphylococcus Áureo multiresistente, y que fue esta infección la que le provocó la mayoría de los inconvenientes del post operatorio, pues pese a que permaneció por cinco meses en el señalado hospital, consta que lo dieron de alta con la herida abierta y sin que la infección haya sido superada.

Agrega que la propia demandada reconoció que el paciente, una vez de alta, concurría a realizarse todos los controles que le fueron indicados, incluso asistió a interconsultas entre los médicos del indicado hospital especialistas en infectología, sin que logran erradicar la infección ni que se cierre del todo la herida.

Señala que debió concurrir ante otro médico, quien luego de una preparación de diez días lo opera, extrayendo de la herida pedazos de la malla que anteriormente le habían colocado, le procura un tratamiento adecuado para detener la infección y logra darle de alta, quedando de esta manera su herida cerrada y la infección controlada.

³³ *Que en el presente caso, la Excm. Corte Suprema, en fallo recaído en causa rol 4103-05 de fecha 24 de septiembre de 2007, rechaza los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos, con lo cual ratifica el fallo de segunda instancia emanado de la Corte de Apelaciones de Santiago que revoca el fallo de primer grado, que negó lugar a la demanda y hace lugar a la demanda de indemnización de perjuicios, otorgando por concepto de daño moral, la suma de \$20.000.000.-*

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

De importancia son los considerandos que a continuación se mencionan emanados de la Corte Suprema, por los cuales se hace un análisis que nos parece interesante relativo a si los daños son directos o indirectos, y la relación de causalidad de los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, se citan otros argumentos interesantes, de los cuales destacamos solo algunos relativos al presente trabajo, en particular en lo que dice relación al análisis de la culpa grave que equivale al dolo.

“Que, determinar, por otra parte, si los daños son directos o indirectos, necesariamente corresponde referirse a la relación de causalidad, la que sin perjuicio de no ser invocada al fundar el error de derecho, se puede apreciar que los magistrados de la instancia determinaron que existía entre el tratamiento inadecuado o negligente y los perjuicios sufridos por el actor, precisando lo anterior al establecer los hechos. Sin perjuicio de lo anterior, luego de tener por acreditados los supuestos fácticos, igualmente corresponde a este Tribunal de Casación determinar la concurrencia de la relación de causalidad, la que se advierte en este caso, puesto que efectivamente se encuentra presente una correspondencia de causa a efecto entre el incumplimiento contractual o la realización de los procedimientos inapropiados y todos los perjuicios ordenados indemnizar, de forma tal que suprimido mentalmente el primero no se generarían los segundos.

Ante las circunstancias expresadas, los daños que se dispuso compensar económicamente tienen el carácter de perjuicios directos y previstos, sin que se incurriera en error de derecho al resolver de este modo por los magistrados del fondo.

Que acudiendo a la norma de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, como a lo dispuesto en el artículo 170 N° 5 del de Procedimiento Civil e integrando una falta de pronunciamiento del legislador del Código Civil, se puede sostener que nuestro Estado ha establecido que es una República Democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante la ley, como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de diferencias arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la

Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19, N° 7, letra i), no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso cuarto, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado, a quien se ve expuesto a la privación forzada de su propiedad mediante un acto de autoridad, como es la expropiación.

Estas premisas, además, del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, impone, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor se cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado. En efecto, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil corresponde sea integral e igualitaria en su extensión, si no existen argumentaciones concretas que ameriten establecer fundadas diferencias. Es por ello que en función de la teoría de la unidad de la responsabilidad, la distinción actualmente imperante respecto de la procedencia del daño moral en sede contractual y extracontractual, resulta absurda (René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial Jurídica, página 789), contradicción y falta de congruencia que destacan la mayoría los autores citados con anterioridad y que se pronuncian por la aceptación del daño moral en sede contractual.

Una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza "todo daño", según reza el artículo 2329, *al igual que en responsabilidad contractual, en el evento que se impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo, en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de todos los perjuicios.*

Que por las razones expresadas los errores de derecho planteados por la parte demandada no se han producido, ya que el sistema de fuentes del derecho que constituye nuestro ordenamiento jurídico, incorpora en su integridad las disposiciones constitucionales y legales, como los principios, libertades y garantías que éste mismo prevé, conforme a los cuales se ha procedido a resolver el presente caso, todo lo cual lleva a rechazar este capítulo del recurso.”

CASO N° 3 ³⁴

HECHOS:

La actora funda su demanda en el hecho de haber contratado en agosto de 2004 los servicios profesionales del demandado con el objeto que le practicara una Rinoplastía, a fin de remediar una desviación del tabique que provocaba problemas estéticos y una plastía labial, a fin de corregir un defecto del labio superior, derivado de la cicatrización de un tratamiento curativo de un hemangioma.

Explica que al contratar los servicios del médico se acordó: a) lograr una adecuada ventilación; b) estéticamente se requería que se emparejara el tabique, de forma de eliminar un montículo que tenía en su parte superior dicho tabique, y eliminar la pequeña desviación de la punta.

Agrega que como consecuencia de la operación, el facultativo realizó una transformación de la nariz, de un modo no previsto y acordado, hasta quedar en la forma actual, con la cual lógicamente no puede estar satisfecha.

³⁴ *Que en este caso, la Excma. Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en causa rol 3397-09, por sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010 y ratifica la sentencia recaída en la Corte de Apelaciones de Chillán, que condena al médico a pagar en beneficio de la actora la suma de \$20.000.000.- por concepto de daño moral.*

Añade que con fecha 31 de julio de 2004 ingresó a pabellón, complicándose la operación y el post operatorio, la que en todo caso no fue satisfactoria, ya que no se logró corregir la desviación del tabique nasal. Que posteriormente, y ante sus requerimientos debido a los malos resultados, el demandado la llevó a la consulta de otro doctor, quien sugirió una rinoplastía secundaria y el demandado la citó a su consulta la segunda semana de agosto de 2004, donde después de aplicarle anestesia local y sin tener su consentimiento previo, le realizó una intervención, extrayendo tejido de su nariz. Que desde ese día las molestias se acentuaron y nuevamente concurrió ante el demandado quien le manifestó que debía ser sometida a una segunda intervención, informando a la isapre que se había producido una movilización de injerto.

Expone que se realizó la segunda operación con fecha 09 de octubre de 2004 y en esta segunda operación no eliminó todos los efectos físicos producidos en la demandante, ya que en la actualidad presenta: aspecto nasal sugerente de cirugía sobre el esqueleto osteocartilaginoso de la nariz; severa estenosis cicatricial a nivel de la válvula nasal interna derecha; disminución del lumen de fosa nasal izquierda; desplazamiento de borde caudal de cartílago alar izquierdo a nivel de la crura lateral; cambios tróficos de la piel de la nariz.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

“Que además, tampoco se observan las infracciones señaladas, por cuanto la Corte de Apelaciones al resolver tuvo en consideración que existió un contrato entre las partes, que éste fue incumplido por el demandado y que, en consecuencia, habiéndose acreditado los perjuicios morales sufridos por la actora, procedía su reparación en conformidad a la ley, habiéndoselos estimado prudencialmente en la suma de \$20.000.000 .”



HECHOS:

La demandante sostiene que el 11 de marzo de 2002, el médico demandado le colocó un dispositivo intrauterino como método anticonceptivo y que el día 25 de marzo del mismo año, en un examen de rigor, el facultativo le informó que no ubicaba el DIU pese a buscarlo mediante una ecografía transvaginal, entregándole una orden para radiografía, la que la demandada se realizó el día 3 de abril de 2002, la que permitió localizarlo dentro del abdomen de la paciente. El día 24 de julio de 2002, previa consulta de los síntomas, estado de salud y exámenes de orina, sangre y cardiograma, las partes acordaron una intervención para el día 29 de julio siguiente, destinada a extraer el DIU. El día 29 de julio de 2002 la paciente ingresó a la Clínica Antofagasta, iniciándose la intervención por cirugía laparoscópica ginecológica y ante la imposibilidad de ubicar el DIU, el médico tratante efectuó la técnica tradicional o laparotomía, la que tuvo como resultado que no se encontrara el dispositivo. Posteriormente obtuvo una radiografía que confirmó que el DIU no se encontraba en el cuerpo de la actora.

Que el incumplimiento culpable de la obligación del demandado se produjo por no haber solicitado una radiografía en forma previa a la intervención quirúrgica, apoyándose en un examen tomado tres meses antes, lo que hubiera permitido descartar la existencia del DIU en el cuerpo de la demandante. Tal omisión trajo como consecuencia la realización de dos intervenciones innecesarias y evitables. Señala que la demandante sufrió dolores, molestias y padecimientos como consecuencia de intervenciones que pudieron evitarse si el facultativo hubiera tomado las precauciones que la situación aconsejaba.

En consecuencia, se ha acreditado en autos la existencia de una obligación nacida de un contrato, el incumplimiento de éste en los términos que fue convenida, que como

³⁵ *En causa rol 320-05, se dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2006, por la Primera Sala de la Excm. Corte Suprema, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto y ratificando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda y condenó al médico demandado a pagar una indemnización por daño moral ascendente a \$2.000.000.-*

consecuencia de ello se causó un daño y que existe relación causa a efecto entre el incumplimiento y el daño.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Los fundamentos de la Corte Suprema nuevamente vienen en ratificar la procedencia de daño moral, ante un incumplimiento contractual, y en que se analiza qué se debe entender por bienes extra patrimoniales de una persona, y también se hace una referencia a la norma establecida en el artículo 1556 del Código Civil, se señala:

“Que las nuevas concepciones que sobre el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de contratos se imponen en el Derecho actual, y la aceptación de esas tendencias por la jurisprudencia de nuestros tribunales en estos últimos años, determinan que el concepto de "daño emergente" que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral, interpretación que no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en su texto actual del mencionado artículo, primero porque la voz "daño" que emplea la disposición y que no se encuentra definida en la ley, corresponde según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española a todo "detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", es decir, a toda privación de bienes materiales e inmateriales o morales y, porque como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales. La sentencia de esta Corte de octubre de 1994 citada en consideraciones precedentes, en su fundamento octavo, expresa al respecto que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, y agrega que si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios a daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes.

Que el artículo 1556 del Código Civil, como ya quedó establecido precedentemente, no limita la reparación en materia contractual al daño emergente y al lucro cesante, desde que no excluye al daño moral. Procede, entonces, en la responsabilidad contractual la reparación del daño extrapatrimonial cuando está ligado a un daño material y, si como sucede en la especie, se trata de un daño moral acreditado, que tiene un nexo causal con el incumplimiento contractual y que el deudor, al incumplir su obligación, haya podido preverlo o actuado con dolo o culpa grave.”

CASO N° 5 ³⁶

HECHOS:

La demanda consiste en que se celebra un contrato de asistencia médica en que se acordó la realización, el 6 de abril de 2001, de una cirugía destinada a corregir una hernia inguinal del menor de autos y a practicarle una circuncisión ritual. Se expone que una vez verificada la intervención quirúrgica aludida al menor y su control postoperatorio, los padres del menor encomendaron a otro profesional la realización de una nueva operación al menor, la que se llevó a cabo el 17 de abril de 2001 y respondió al diagnóstico realizado, por el que se advirtió que el pene del menor presentaba una herida deshiciente con un gran hematoma, un orificio y pérdida de tejido, descritas como complicaciones post circuncisión. La intervención tuvo por fin eliminar tejido necrótico, retirar el hematoma, avivar los bordes y suturar el tejido sano. Añade que el demandado incurrió en negligencia en la realización de la circuncisión que le fue encomendada, ocasionando tal conducta un daño a

³⁶ *Los fundamentos emanados de la Excma. Corte Suprema recaídos en causa rol 4931-06, de fecha 25 de marzo de 2008, se indican al rechazar el recurso de casación en el fondo, ratificando la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago que revoca el fallo de primera instancia y hace lugar a la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta y, en consecuencia, condena al médico demandado a pagar a la demandante la suma de \$3.600.000.- por concepto de daño moral.*

la salud del infante. Termina exponiendo que sufrió un daño moral vinculado al sufrimiento y angustia que experimentó al percibir los padecimientos de su hijo.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Los fundamentos que se destacan en los dos considerandos se transcriben a continuación:

“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 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 inejecución puede, causar 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.”

III. CASOS QUE PROVIENEN DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EMANADAS PRINCIPALMENTE DE CONTRATOS DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA, EN QUE EL BANCO HA DEJADO DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES, Y EN QUE SE HA PROVOCADO DAÑO MORAL A LOS DEMANDANTES.

CASO N° 1 ³⁷

HECHOS:

El actor funda su demanda exponiendo que en virtud de informes comerciales que dan cuenta del mal estado financiero de su parte a consecuencia de la acción negligente de los dependientes del Banco, con los cuales se acreditó que el Banco de Chile aprobó un crédito hipotecario con posterioridad a la información errada que se publicó en el boletín comercial y el sistema de deuda de la Superintendencia de Bancos que fue proporcionada por el Banco Santander.

Señalan que esta publicación se debió a la acción negligente de los dependientes del Banco Santander, al informar una operación hipotecaria inexistente, sin embargo, fue informado en el sistema financiero, fueron cobrados dividendos hipotecarios y fue descontado

³⁷ *En el presente caso, la Excma. Corte Suprema, en causa rol 1986-09, por fallo de 21 de octubre de 2010, acoge recurso de casación y decide hacer lugar a la demanda interpuesta y que fuera negada por fallo de primer grado y confirmada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de La Serena.*

dinero destinado a pagos de cheques, protestando cheques del cuentacorrentista, significando con ello anotaciones en el boletín comercial y retraso en las operaciones bancarias con otros intervinientes en el negocio bancario, como fue el Banco de Chile.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

En este caso, la Corte Suprema estima que todo daño causado a otro obliga a ser reparado por su autor, ya sea en especie o por equivalencia. *El resarcimiento o indemnización del daño en especie o en forma específica consiste en la reintegración del derecho lesionado en su específico contenido, es decir, en restablecer el estado de las cosas al mismo que tenían antes de la producción del daño, destacando este considerando:*

“Que, atendido lo señalado precedentemente corresponde dilucidar si el incumplimiento atribuido a la entidad bancaria ha importado un menoscabo de tipo moral al actor, resultando notorio al efecto que la determinación del demandado, en orden a descontar de la cuenta corriente la suma de \$187.840, correspondiente al primer dividendo de un mutuo inexistente y haber enviado los avisos de vencimiento de la segunda cuota, le ocasionó a éste sin duda, aflicción, amargura, ansia y preocupación, razón por la cual el daño moral demandado debe ser acogido, el cual se estimará en la suma de un millón de pesos.”

CASO N° 3 ³⁸

HECHOS:

En este caso, las partes se encontraban ligadas o vinculadas por un contrato de cuenta corriente bancaria. El actor era titular de la cuenta corriente del Banco Santander, y el día viernes 11 de febrero de 2000, por un error administrativo del banco se efectuó un cargo en la cuenta corriente del actor por la suma de \$42.350.670.

³⁸ *En la presente causa, la Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo interpuestos y, en definitiva, confirmó lo resuelto por el tribunal de primer grado y por la I. Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó con declaración dicho fallo, en cuanto condenó al Banco demandado a pagar al actor la suma de \$20.000.000.- por concepto de daño moral.*

Se expone en la demanda que el lunes 14 de febrero del mismo año, el referido cargo fue dejado sin efecto, mediante un abono en la cuenta corriente por la misma cantidad, bajo la denominación "contrapartida a cargo". Que el 29 de febrero de 2000, se efectuó indebidamente en la cuenta corriente del demandante un cargo por la suma total de \$98.828 por concepto de cobro de intereses e impuestos respecto del erróneo sobregiro por la cantidad de \$42.350.670. Señala que como consecuencia de los cargos señalados, se protestó por falta de fondos un cheque que el actor había girado a favor del Banco Bhif por la suma de \$42.348.

Expresa que el banco no probó que haya empleado la debida diligencia o cuidado debidos ni tampoco que concurriera a su favor una causal de exención de responsabilidad.

Que el actor ha sufrido daño moral como consecuencia directa del protesto indebido y erróneo de un cheque girado contra su cuenta corriente, no obstante disponer de los fondos suficientes para su pago.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

“Que en relación al yerro que se le atribuye al fallo porque a juicio del recurrente no existe relación de causalidad entre el hecho y la indemnización pretendida, artículos 1556 y 1557 del Código Sustantivo, corresponde señalar que para que una persona quede obligada a indemnizar un perjuicio no basta que éste exista, es preciso además, que el daño sea por causa directa y necesaria del incumplimiento, de manera que sin éste no se habría producido. Entre el incumplimiento y el daño debe existir una relación de causa a efecto; el primero de los preceptos citados señala que los daños deben haber provenido de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento, para que se tenga derecho a que ellos indemnicen, pero más claramente lo establece el artículo 1558, en cuya virtud, aunque exista dolo, los perjuicios se limitan a los que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”

En la especie, los jueces del grado concluyeron acertadamente que el actor ha sufrido daño moral como consecuencia directa del protesto indebido y erróneo de un cheque girado contra su cuenta corriente, no obstante disponer de los fondos suficientes para su pago. De modo que no de haber incumplido el banco con su principal obligación contractual, no habría sufrido el daño moral que se tuvo por acreditado.”

IV.- CASOS EN QUE SE DEMANDO CONFORME A LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

CASO N° 1 ³⁹

HECHOS:

Se expone en la sentencia de la Excma. Corte Suprema que doce querellantes y demandantes accionaron en contra de la Universidad Ciencias de la Informática, correspondiendo once de ellos a alumnos de segundo año de la carrera de Perito Forense y un ex alumno de la referida carrera, alegando infracción a los artículos 28 b) y c) y 28-A de Ley Protección al Consumidor, así en la querrela se hace relato de los demandantes los que señalan que en su mayoría ingresaron a estudiar en el año 2006 e incluso algunos de ellos dejaron sus trabajos para iniciar nuevos estudios; que se les aseguró o constaba en folletos que tenían grandes posibilidades para trabajar en instituciones como Carabineros, Policía de Investigaciones, Ministerio Público, todo relacionado con el levantamiento y procesamiento de pruebas, pero que en el año 2007, comenzaron los comentarios de los mismos profesionales que les hacían clases en el sentido de que eran pocas las posibilidades de obtener campo para desarrollar la profesión, incluso en junio del año 2007 se exhibió programa de televisión "Esto no tiene nombre" de TVN en el que se mostraba el descontento de muchos estudiantes de la carrera o similares desilusionados; en el programa funcionarios de Carabineros, PDI y Ministerio Público decían rotundamente que no habría

³⁹ Fallo Excma. Corte Suprema recaído en causa rol 288-2011, de fecha 11 de abril de 2011.

posibilidad de que los estudiantes de carreras como criminalística o perito forense pudieran ejercer en tales instituciones, a lo que hay que sumar el hecho que muchos compañeros no conseguían práctica profesional en las entidades que se habían indicado para ello, añaden que se les aseguró que la carrera mantenía convenios suscritos con instituciones, pero no era efectivo, para finalmente en el año 2008 se cerró definitivamente la carrera y que durante el año 2006 el arancel fue de 555.000 y el del 07 fue de 557.000. más la matrícula, todos alegan daño económico y emocional por engaño, por lo cual pide se les condene.

Exponen que se demandaron civilmente a la Universidad de Ciencias de la Informática debidamente representada por su Rector, señalando cada uno de ellos que a principios del año 2005 apareció en Melipilla una nueva Universidad la cual traía como novedad una nueva carrera de Técnico en nivel superior de Perito Forense la cual decidieron estudiar ya que se venía instalando en la Región Metropolitana la Reforma Procesal Penal y cuando concurrieron a la Universidad le dieron documentos como folletos y les explicaron que la carrera tenía grandes proyecciones laborales, por tales motivos decidieron entrar a la carrera y pagaron de arancel anual alrededor de \$550.000 y \$600.000 pesos, cursando primer año y parte del segundo año de la carrera en cuestión. Por lo que solicitan cada uno de ellos el importe de la matrícula pagada que detallan en las presentaciones referidas, por concepto de daño emergente y por concepto de daño moral han solicitado la suma de \$4.000.000 para cada uno de ellos por considera en general que se les ha perjudicado enormemente teniendo algunos que adquirir deudas para estudiar o dejar trabajos estables, para luego sufrir la decepción y frustración de ver como se cerraba la carrera que estudiaban y que en un caso ya había egresado, por no existir campo laboral alguno prácticamente, todo lo cual debe ser resarcido de la manera indicada. Pero en la apelación solamente se ha indicado como petición al respecto se condene a la demandada al pago a cada uno de los querellantes de la suma de \$4.000.000.

Señalan que habiéndose establecido en el presente fallo que existe infracción por parte de la demanda al artículo 28 de la ley N° 19.496 sobre Protección de los derechos de los Consumidores, en perjuicio de los demandantes, ésta ha generado perjuicios que deben ser reparados por la parte infractora por lo que se procederá a acoger las demandas civiles

de autos, en lo que se refiere al daño moral demandado, según se dispondrá en lo resolutivo.

Agregan que si bien el daño moral se aprecia prudencialmente, existen en autos las declaraciones de los testigos presentados por la demandante que dan cuenta de la frustración y sufrimiento que afectó a los alumnos de la carrera de Perito Forense al darse cuenta que no existía campo laboral para la carrera que estudiaban en la institución demandada y sus propios dichos expresados en los respectivos libelos y atendido a que, como ya se dijo, en el petitorio del recurso de apelación se señala por la parte apelante que se condene en definitiva y en esta instancia, a la demandada al pago de la suma de \$4.000.000 de pesos para cada uno de ellos, lo que se entiende corresponde precisamente al concepto de daño moral, a lo cual esta Corte dará lugar.

CASON° 2 ⁴⁰

HECHOS:

Se formuló apelación por el demandado y conociendo en este caso la I. Corte de Apelaciones de Concepción resuelve que en este caso, en cuanto a declarar caduca o prescrita la petición de la actora en el sentido de ordenar la reposición del vehículo, fundamentado ello en que el artículo 21 de la Ley N° 19.946 establece que los derechos conferidos en los artículos 19 y 20 de la citada ley, concede un plazo de tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, para solicitar la reposición, lo que de conformidad a lo prescrito en el artículo 55 del D.L. N° 825 de 1974, expresa que desde que se produce la emisión de la factura correspondiente, dicha alegación será desestimada, atendido que el actor hizo uso de la garantía convencional establecida en el contrato, en cuyo caso, conforme lo establece el inciso octavo del artículo 21 señalado, suspende dicho plazo durante el tiempo en que el bien esté siendo reparado en ejercicio de la garantía.

⁴⁰ Fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 3 de marzo de 2008.

Precisan los Ministros que es precisamente lo que ocurrió en la especie. La demandante hizo efectiva la garantía voluntaria, agotando las posibilidades ofrecidas para la solución de las deficiencias del bien adquirido, encontrándose el móvil en poder de la demandada para reparación. Dicha garantía se agotó sin que se hubiese solucionado el problema que afectaba al vehículo adquirido por la demandante, como lo acredita el informe pericial de fojas 148 y siguientes, el que concluye que el móvil presenta problemas de diversa índole, inaceptable para un vehículo nuevo y que impide su uso natural. Que la pericia se realizó en el curso del mes de Diciembre de 2006.

De tal modo que habiéndose ejercido la garantía convencional, agotada la misma con resultados negativos para la afectada, renace para ella la facultad de solicitar la reposición del bien en cuestión, concordándose así con el juez de primer grado.

Que frente a una pretensión indemnizatoria del daño moral se ha sostenido que no sería de amplia aplicación en materia contractual, y que debe ser eficientemente probado tanto en su procedencia como en su extensión, salvo en aquellos casos en que debe presumirse, como sería ante el fallecimiento de un ser querido.

Que sin perjuicio de lo expuesto, en el caso sublite es necesario analizar con mayor nitidez la naturaleza y más que ello la fuente de la responsabilidad que determina la existencia del daño moral, y en consecuencia su monto. No debemos olvidar que estamos en presencia de un derecho substancial en aras de la protección del consumidor. A tal efecto, necesario es analizar la Ley N° 19.496 de 1997 denominada Ley del Consumidor y su especial contenido, en tanto que sustrae muchas materias de naturaleza contractual haciéndole aplicable las especiales normas contenidas en dicho cuerpo legal, de tal manera que no es posible sostener que son aplicables las normas generales sobre responsabilidad contractual, sino simplemente las contenidas en el referido texto.

Que en este sentido cabe recordar lo establecido en el artículo 3° del cuerpo legal en comento, en cuanto dispone: Son derechos y deberes básicos del consumidor:.. e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea.

Que en el mismo sentido expuesto, la mencionada ley, dispone que dentro del rol de proveedor se comprende al vendedor directo, como también al importador, de manera tal, que la ley permite accionar contra ambos o cualquiera de ellos por todos los perjuicios materiales y morales.

Que es preciso establecer si el artículo 3° letra e) de la ley en comento extiende la cobertura del daño moral siempre o si acaso ella es restringida, siguiendo los criterios y principios de aplicación de jerarquía y especialidad. *Su análisis nos lleva a concluir que la inclusión en él de la expresión reparación e indemnización de todo daño material o moral necesariamente determina que el mencionado cuerpo normativo extiende ampliamente el ámbito del daño moral a campos no incluidos en la responsabilidad contractual tradicional, ello en cuanto estatuye que el incumplimiento de las obligaciones del proveedor determina su obligación de reparar e indemnizar no sólo los daños materiales, sino que extiende la responsabilidad de éste a todo daño, incluyéndose dentro de dicho incumplimiento, en una novedosa inclusión normativa, dentro de una materia tradicional como lo es la contractual, la reparación extensiva e implícita del daño moral, de manera tal que si existe efectiva responsabilidad del proveedor sea por infracción de sus obligaciones contractuales, sea por infracción de las especiales normas de la Ley N° 19.496, procederá por expreso mandato legal, la indemnización de los perjuicios materiales conjuntamente con la de los daños morales, los que fija en \$500.000.-*

V.- ALGUNOS CASOS RELATIVOS A OTROS CONTRATOS:

CASO N° 1 ⁴¹

HECHOS:

El padre de una menor, de 17 años de edad, demanda a un colegio con quien contrató los servicios educacionales el año 1989, plantea que la demandada ha incumplido su obligación de cuidado de la menor en cuanto aplicó una medida disciplinaria exagerada, ilegal

⁴¹ Fallo de la Excma. Corte Suprema recaído en causa rol 1089-2009, de 7 de septiembre de 2010.

y sin proceso, consistente en hacerla regresar a Chile desde Londres durante la gira de estudios -poniéndole término a la misma- sin compañía de un adulto y en contra de las expresas instrucciones dadas por el demandante, sustentando tal determinación en una supuesta embriaguez de la menor; asimismo asevera que en dicha actividad extra programática no se le prestó el cuidado necesario a la alumna y que desde su regreso a clases ha sido objeto de un permanente trato discriminatorio. Asevera que existido una relación de causalidad entre el proceder culpable del rector, el trato dado en el colegio a la menor con posterioridad a la gira y los daños directos ocasionados, tanto en el aspecto patrimonial como moral. Hace presente que la aceptación de la cláusula de responsabilidad en el reglamento de la gira estudiantil no le priva de la acción de reclamar.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La Corte Suprema expresa que en la responsabilidad contractual, la víctima no necesita probar culpa ya que ésta se presume y por ende, en el caso presente no se necesitó acreditar que existió falta de cuidado por parte del colegio al enviar de regreso a Chile, desde Inglaterra, a la hija del actor, sin compañía de un adulto y en el contexto de una gira de estudios. A su vez, el demandado no justificó haber obrado con la debida diligencia.

Que debe indemnizar quien incumple una obligación, la cumple imperfectamente, o aquél que retarda dicho cumplimiento y, según se ha dejado sentado, en el caso de marras la parte demandada incurrió en incumplimiento del contrato de educación celebrado entre las partes.

En este caso se reiteran por la Excma. Corte Suprema, los fundamentos vertidos, en el primer caso del grupo N° I de aquellos casos tratados en este trabajo, relativos al incumplimiento de contratos de ejecución inmobiliaria. Destacando aquí aquellos argumentos que dicen relación con el hecho en particular.

Se expone en el fallo que: “ una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una

interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza todo daño, según reza el artículo 2329, al igual que en responsabilidad contractual, en el evento que se impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo, en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de todos los perjuicios.

Añade que frente a lo anotado corresponde dilucidar si el incumplimiento atribuido a la entidad educacional ha importado un menoscabo de tipo moral al actor, resultando palmario al efecto que la determinación del demandado -referido al regreso de la menor a Chile y sin la compañía de un adulto, con la posibilidad que en tal retorno su hija pudiere verse expuesta a peligros y las consecuencias de ello- le ocasionó a éste sin duda, aflicción, amargura, ansia y preocupación, lo cual se ve corroborado por los dichos de los testigos presentados por dicha parte, razón por la cual el daño moral demandado debe ser acogido, el cual se estimará en la suma de un millón de pesos."

CASO N° 2 ⁴²

HECHOS:

La actora dedujo demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en contra de su mandatario judicial, fundada en que por escritura pública de 20 de octubre de 1999. le otorgó mandato judicial al demandado, a fin que la defendiera en una causa que la Compañía Chilena Consolidada Seguros de Vida S.A. había iniciado en su contra ante el Tercer Juzgado Civil de La Serena.

Que se dictó sentencia definitiva de primera instancia en el referido proceso, que acogió íntegramente la demanda y condenó a la demandada al pago de la suma señalada y, por otra parte, rechazó la reconvencción.

⁴² Fallo de la Excm. Corte Suprema recaído en causa rol 3291-2005, de fecha 11 de abril de 2007.

Que el apoderado de la demandada apeló de la sentencia en tiempo y forma, pero no se hizo parte ante el tribunal de alzada llamado a conocer de ese recurso, el que declaró desierta la apelación.

Que de lo anterior la ahora demandante adujo haberse enterado ad portas de la subasta de dos inmuebles de su propiedad en la etapa de cumplimiento del fallo y sólo en virtud de un avenimiento.

La actora alegó haber sufrido daño moral en razón del cumplimiento imperfecto del contrato de mandato por parte del mandatario judicial, consistente en perjuicio familiar, social y psicológico.

FUNDAMENTOS A DESTACAR DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La Corte Suprema expresa nuevamente que las nuevas concepciones que sobre el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de contratos se imponen en el Derecho actual y la aceptación de esas tendencias por la jurisprudencia de nuestros tribunales en estos últimos años, determinan que el concepto de daño emergente que *emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral, interpretación que no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en el texto actual del mencionado artículo, primero porque la voz "daño" que emplea la disposición -que no se encuentra definida en la ley- corresponde, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, a todo "detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", es decir, a toda privación de bienes materiales e inmateriales o morales y porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los de índole material.*

Que, en razón de todo lo dicho, queda demostrado que el fallo impugnado ha incurrido en el error de derecho que le atribuye la demandante y que este error ha influido sustancialmente en su parte dispositiva, motivo suficiente para que el recurso de casación en el fondo sea acogido.

Resuelve que considerando que es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tratándose de perjuicios morales, toca a los jueces regular prudencialmente su monto, se revoca la sentencia de veintidós de septiembre de dos mil cuatro, escrita a fojas 182, y se condena al demandado Cristián Michelle Zoffoli Guerra a pagar a la actora Luisa del Carmen Aros González, a título de indemnización de perjuicios por daño moral, la suma de \$5.000.000.-.

CONCLUSIONES

1.- Nuestra hipótesis es clara: El canon de la previsibilidad debe ser considerado como un límite a la procedencia del daño moral en sede contractual. Conforme realizamos el presente trabajo, comprobamos la validez de la misma, según se explica a continuación.

2.- El daño moral en sede contractual es aceptado actualmente en forma amplia por la doctrina y jurisprudencia nacional. Lo anterior, como hemos señalado conforme a una evolución paulatina, que significó una reinterpretación de las normas contenidas en el Código Civil chileno.

3.- La previsibilidad como límite a la procedencia de los daños en sede contractual y en particular, cuando el deudor actuó en forma culposa o negligente, fue considerada desde su origen, como una institución que viene a establecer que daños son indemnizables. No todo daño es indemnizable, más aún si el deudor actuó en forma culposa, y sólo serán indemnizados aquellos daños que se previeron o pudieron prever al momento de la celebración del contrato.

Si con motivo de un incumplimiento contractual se ocasiona un daño moral, éste puede ser indemnizable, sin perjuicio de ello se deben considerar ciertos límites y criterios para estimar procedente su indemnización, de otra forma se produciría un enriquecimiento injusto para el contratante diligente. Se le debe reparar, pero no enriquecer.

4.- El artículo 1.558 del Código Civil, establece claramente el parámetro aplicable, según concluimos al daño moral en sede contractual.

5.- Pensamos que a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial, se ha mantenido en el tiempo la distinción tradicional de responsabilidad contractual y extracontractual, aplicable cada una a casos distintos, con requisitos y elementos propios. En ningún tipo de responsabilidad subjetiva, todo daño es ampliamente indemnizado, salvo en los casos de responsabilidad objetiva, que han venido a ser reconocidos y regulados por leyes especiales, atendida la naturaleza esencialmente riesgosa y peligrosa se regula.

6. Conforme se ha observado por la doctrina los daños jurídicamente resarcibles no se agotan en los puramente patrimoniales, ya que la conducta del deudor puede originar también la lesión de intereses extrapatrimoniales que se consideraron al celebrar el contrato. No existe ninguna razón para efectuar una discriminación dentro de los daños a indemnizar, lo que iría en contra del espíritu de la responsabilidad civil, cual es reparar los daños injustamente causados por la conducta dolosa o culposa del deudor.

7.- A su vez los principios reguladores y vigentes en materia de contratación se encuentran recogidos en la nueva normativa que se ha ido creando en nuestro derecho nacional y que ha ido reconociendo en forma expresa la procedencia del daño moral, pero no por eso todo daño debe ser indemnizado y en forma supletoria se deben aplicar las normas establecidas en el Código Civil nacional.

8.- En la mayoría de los contratos el daño moral es indemnizable, será en definitiva el intérprete judicial quien deberá analizar y decidir, la procedencia del daño moral y su monto en cada caso en particular, y para ello deberá aplicar criterios y reglas, establecidos por la normativa, doctrina y jurisprudencia, según hemos analizado.

9.- De la lectura y estudio de la jurisprudencia nacional de los últimos años, que ha resuelto la procedencia del daño moral en sede contractual, concluimos que han existido matices, pero básicamente se reiteran los fundamentos en torno a amparar claramente la procedencia del daño moral en sede contractual, a establecer ciertos criterios para determinar su procedencia, por ejemplo la gravedad y magnitud de tal daño; también se considera la relación de causalidad del perjuicio moral con el incumplimiento contractual y se cita el artículo 1.558 del Código Civil.

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCION..... | 1 |
|-------------------|---|

Capítulo 1

| | |
|---|---|
| ESTADO ACTUAL DEL DAÑO MORAL EN SEDE CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL | 2 |
|---|---|

| | |
|--------------------------|---|
| 1.1 Responsabilidad..... | 2 |
|--------------------------|---|

| | |
|--|---|
| 1.2 La responsabilidad contractual y la indemnización de perjuicios..... | 4 |
|--|---|

| | |
|--|---|
| 1.3 Normativa nacional relativa a la imputabilidad del perjuicio ocasionado..... | 6 |
|--|---|

| | |
|--|---|
| 1.4 Reconocimiento de la procedencia del daño moral en materia contractual.- Breve reseña histórica..... | 8 |
|--|---|

| | |
|--|----|
| 1.5 Principios que intervienen en la contratación moderna..... | 12 |
|--|----|

Capítulo 2

| | |
|---------------------------------|----|
| CANON DE LA PREVISIBILIDAD..... | 17 |
|---------------------------------|----|

| | |
|--------------------------------------|----|
| 2.1 Teoría de la previsibilidad..... | 17 |
|--------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 2.2 Fundamentos de la previsibilidad..... | 20 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 2.3 El canon de la previsibilidad constituye un límite para determinar la procedencia del daño moral ante un incumplimiento contractual..... | 23 |
|--|----|

Capítulo 3

AGRUPACION DE CASOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL TEMA

| | |
|---|----|
| 3.1 La labor jurisprudencial y el canon de la previsibilidad..... | 28 |
| 3.2 Agrupación de casos atendida la naturaleza de las obligaciones contractuales. | 29 |
| 3.2.1 Casos en que se ha demandado incumplimiento de contratos de ejecución de obra inmobiliaria..... | 31 |
| 3.2.2 Casos relativos a incumplimientos de contratos por asistencia médica.. | 44 |
| 3.3.3 Casos que provienen del incumplimiento de obligaciones emanadas principalmente de contratos de cuenta corriente bancaria, en que el banco ha dejado de cumplir sus obligaciones, y en que se ha provocado daño moral a los demandantes..... | 56 |
| 3.3.4 Casos en que se demando conforme a la ley de protección al consumidor, ante el incumplimiento de obligaciones contractuales..... | 59 |
| 3.3.5 Algunos casos relativos a otros contratos..... | 63 |
| CONCLUSIONES..... | 68 |

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK MANASEVICH RENE, LAS OBLIGACIONES Tomo II Quinta Edición Actualizada 2009, Pág.617.

BARRIENTOS ZAMORANO MARCELO, Revista chilena de derecho, , vol. 34 N°1, Pág. 7 – 22, 2007.

C.7. 47.1: “ De las sentencias que se profieren respecto a los intereses: 1. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del Pretorio.- Como sean llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. Así, pues, mandamos, que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa, cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, para que se restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que, el cómputo a lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme a la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites.

CORRAL TALCIANI HERNAN, CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Ed. Legal Publishing Chile, 2010, Pág. 102.

COURT MURASSO EDUARDO, DAÑO CORPORAL Y DAÑO MORAL: BASES CONSTITUCIONALES DE SU REPARACION , , artículo publicado en torno al Estudio acerca de LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CHILENO, por la Universidad Austral de Chile.

CHARLES DUMOULIN, jurista francés, *De eo quod interest*, Venetiis 1584.

DOMINGUEZ HIDALGO CARMEN, EL DAÑO MORAL, Tomo I y II Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL Y DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUAL ENTRE LOS CONTRATANTES, Concepción, Universidad de Concepción 1941, entre otras obras, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1991, Pág. 375 y s.; *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969; *El transporte de pasajeros en la doctrina y la jurisprudencia*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1962, pág. 179 y s.; *El daño moral en la responsabilidad contractual*, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1992; *El concepto de daño moral y su recepción en la jurisprudencia chilena*, seminario de titulación, Universidad Diego Portales, 1999; *Daño moral, doctrina y jurisprudencia*, tesis, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2000, Editorial Libromar; “El daño moral en la responsabilidad contractual”, en *Revista de Abogados*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 1994.

JOSEP SOLÉ FELIU, Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Girona: “*El daño moral por infracción contractual: Principios, modelos y Derecho Español*”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Febrero de 2009.

LUIS DIEZ-PICAZO, “Prólogo”, en Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del derecho de las obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, “Reforma de los Códigos y derecho europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, volumen LVI, Madrid 2003, Pág. 1565 y ss.; Antonio Manuel Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en Derecho español”, en Antonio Manuel Morales Moreno, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Navarra, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, Pág. 29.

PRADO LOPEZ PAMELA, profesora de Derecho Civil, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso, *Reparación del Daño Moral Ocasionado por el Empleador al Trabajador, Durante la Vigencia del Contrato de Trabajo*, Tesis Magister Universidad de Chile.

PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL OBLIGACIONES, Teoría General y Clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Editorial Jurídica de Chile 2009, Págs. 49 y 83.

POTHIER, R., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1961.

Revista chilena de derecho, *versión On-line* ISSN 0718-3437, vol. 34 N°1, Pág. 7 – 22, 2007.

RODRÍGUEZ GREZ PABLO, RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, Editorial Jurídica de Chile 2003, Pág. 9.

RODRIGUEZ GUITIAN ALMA MARIA, La reparación del daño Moral en la Contratación Inmobiliaria, revista de Derecho Universidad del Norte Colombia, No 30, diciembre 2008, pag.141- 163. Doctora en Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid y profesora titular de Derecho Civil.

UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*; CONTRATOS Y DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO, Hernán Corral Talciani, LegalPublishing 2010.

VIDAL OLIVARES, ALVARO Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. “*El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos*”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, de julio 2011, pp. 243-302.



00160563