

(antes y después) como más allá de sus dominios (derechos reales, tratados, negociación colectiva laboral, conducta procesal, actos administrativos, fuero laboral). Son todavía pasos tímidos y cautelosos, pero en todo caso significativos y promisorios para una tradición cultural legalista como la que ha imperado por tantos años en los estrados judiciales chilenos.

Más restringida parece la recepción del principio de buena fe cuando la Corte Suprema actúa como tribunal de casación. Existe una tendencia fuerte para negar la procedencia del recurso, a veces como una afirmación de principio que niega el carácter normativo de la buena fe objetiva: sería una cuestión de hecho determinar si una actuación respeta o viola el principio de buena fe; en otras ocasiones por considerar que la sentencia impugnada no ha infringido el art. 1.546 del *Código Civil* toda vez que la interpretación que asume es congruente con esa buena fe.

Sólo en algunos pocos casos, los más de data reciente, la Corte se ha aventurado a casar la sentencia fundándose en que ella vulnera sin más el principio de buena fe recogido en el art. 1.546. Se trata de sentencias que parecen marcar los inicios de una nueva aproximación al tema por parte de nuestro máximo tribunal.

## LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO: REALIDAD Y LÍMITES<sup>1</sup>

*Carmen Domínguez H.*

### RESUMEN

El presente trabajo se propone, en un primer lugar, sentar de un modo sistemático los fundamentos finales que han justificado y justifican en Chile la reparación del daño moral derivado del contrato; en segundo lugar, persigue esbozar los contornos de la misma, apuntando a aquellos límites dentro de los cuales debe desenvolverse.

### 1. INTRODUCCIÓN

El rechazo a la reparación del daño moral en sede contractual y su plena aceptación en sede extracontractual era una de las mayores diferencias que existían en Chile entre los regímenes resarcitorios de la víctima. En efecto, de lo anterior dependía, en parte, el quantum que podía recibir o el acreedor, en su caso, y, como se comprenderá, la invocación de uno u otro estatuto mediante el ejercicio de la respectiva acción no resultaba indiferente.

Debido a varios factores, esa diferencia hoy ya ha sido tan severamente cuestionada que, salvo opiniones minoritarias con escaso fundamento, el consenso en cuanto a su plena reparación se ha impuesto. Se trata, por cierto, de la principal innovación habida en tiempos recientes en la responsabilidad civil en Chile, y por varios motivos que ya tendremos ocasión de resaltar más adelante.

No obstante, si existe un firme principio de aceptación de su resarcimiento, no significa que su comprensión esté del todo desarrollada. Antes bien, su destino futuro depende de la exacta delimitación con la que se le configure. En otros términos, la precisión del campo concreto del incumplimiento con-

<sup>1</sup> Este artículo consigna parte de la investigación llevada a cabo dentro del contexto de nuestro proyecto FONDECYT N° 1040351-04.

tractual en el cual cabe plantearse una posible indemnización por daño moral es un objetivo inmediato a despejar en nuestra naciente teoría al respecto, so pena de transformar esta espléndida partida indemnizatoria en la tutela de la persona en una condena a un monto de dinero carente de sentido y, con ello, de justicia.

El presente trabajo se propone, entonces, primeramente, sentar de un modo sistemático los fundamentos finales que han justificado y justifican en Chile la reparación del daño moral derivado de contrato. Y, luego, persigue esbozar los contornos de la misma, apuntando a aquellos límites dentro de los cuales debe desenvolverse. A su desarrollo nos dedicaremos en las líneas siguientes.

## 2. EL PRINCIPIO DE LA PLENA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE CONTRATO EN CHILE

Una larga y lenta evolución ha tenido que seguir el principio de la plena reparación del daño moral derivado de contrato para constituirse en uno de los pilares de nuestra teoría de la responsabilidad civil. De este modo, su rápida aceptación en el ámbito extracontractual, se enfrenta, de un modo curioso y quizá inexplicable, a la dificultad que ha marcado a la misma partida cuando ella ha sido invocada como consecuencia del incumplimiento contractual.

Así, si el Derecho chileno fue uno de los precursores en acoger la indemnización del daño moral derivado del hecho ilícito; piénsese que el primer país en admitirlo fue Francia en 1833 y las primeras decisiones chilenas son de 1907 cuando, por ejemplo, en España, lo son de 1912 en adelante. En cambio, si en Francia la reparación del daño moral constituye un principio indiscutible de la responsabilidad contractual desde 1952, aunque varias sentencias aisladas venían admitiéndole desde 1899 en adelante<sup>2</sup>, en Chile recién cabe hablar de uno existente a partir de 1994 y firme desde 2001. Nótese que la comparación entre estos sistemas resulta posible, pues en todos ellos la regulación civil decimonónica carecía de referencia alguna al daño moral, desde que sus códigos civiles guardaron silencio frente a la misma.

Esta evolución ha sido marcada por ciertos hitos que conviene apuntar como, también, de ciertos fundamentos que fuerzan a una sistematización hacia el futuro. A ello apuntarán las próximas ideas.

<sup>2</sup> Para el estudio con detalle de la evolución habida en Francia en materia de daño moral, *vid.* Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo I, y su reedición de 2003, p. 423 y ss.

### 2.1 Desde el rechazo a la indemnización del daño moral en sede contractual hasta su plena aceptación: breve síntesis de su evolución histórica

Como nuestro *Código Civil* carece de una regulación del daño moral, su reparación ha estado entregada a la labor jurisprudencial. Han sido nuestros tribunales quienes abrirían las puertas a su reconocimiento y quienes, por ende, le incorporaran en el contenido de la indemnización pecuniaria, tal como, por lo demás, ha acontecido en todos los demás sistemas que adoptaron como modelo de sus reglas resarcitorias al *Código Civil* francés y, con ello, básicamente a los principios heredados de Pothier.

Como ya hemos tenido ocasión de desarrollar<sup>3</sup>, la admisión de una reparación de ciertos atentados extrapatrimoniales de la persona, cuando ellos han sido consecuencia de un hecho ilícito se producirá, exclusivamente, a partir de una reinterpretación de dos reglas contenidas, desde siempre, en nuestro *Código*: los arts. 2.314 y 2.329. La expresión “todo daño” en ellas empleadas servirá de fundamento suficiente para acoger lo que, hasta entonces, simplemente se ignoraba. De este modo, a Chile, ni en las decisiones judiciales ni en la doctrina se reprodujo jamás el debate clásico entre las concepciones negativas y positivas en torno a la reparación del daño moral. Pasamos, más bien, de no acogerla a acogerla en términos absolutos, sin mayor debate.

En materia contractual, el rechazo original a la reparación de esta especie de perjuicio seguirá la misma línea de argumentación, esto es, una lectura restrictiva de las reglas que regulan entre nosotros el contenido de la indemnización. Primero, del art. 1.556 CC, que al referirse sólo al daño emergente y al lucro cesante –categorías indiscutibles del daño material– será interpretado como una exclusión legal del daño moral en sede contractual<sup>4</sup>. Luego, en una comparación del tenor de las reglas extracontractuales con las contractuales para afirmar que si, en las primeras, el legislador aludió a “todo daño”, en las segundas lo fue únicamente de las categorías del daño material recién aludidas. Ello, se sostenía<sup>5</sup>, permitía deducir una concepción restrictiva del contenido de la indemnización en materia contractual. En ambos casos, la lectura que se

<sup>3</sup> Sobre la evolución del daño moral en Chile de un modo más desarrollado puede encontrarse en DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), p. 29 y ss. y también en p. 327 y ss.; una síntesis puede leerse en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1, Santiago, 1998, p. 35 y ss.

<sup>4</sup> Entre otras, *vid.*, sentencia de 27 de agosto 1990, en *GJ*, N° 122, Santiago, p. 31 y todas las referidas en DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), p. 330.

<sup>5</sup> Corte Suprema 27 de agosto 1990 (n. 4).

hacia de las reglas no encontraba ningún asidero hermenéutico adicional, pues la historia fidedigna, en especial las explicaciones de Andrés Bello al *Código*, no contienen ni una sola expresión que permitiera avalar esa comprensión.

Nuevamente nunca llegó a nuestro país el debate en torno a la patrimonialidad de la prestación contenida en toda obligación, que fue uno de los obstáculos tradicionalmente invocados en sistemas como el italiano o español. La lectura restrictiva de las reglas resarcitorias tampoco fue fundada en un largo y serio estudio de sus fuentes históricas como, por ejemplo, lo fue en Francia hasta que se demuestra el error en que ella se asienta<sup>6</sup>. De este modo, todo el debate sustantivo que la partida del daño moral planteaba en el terreno del incumplimiento jamás fue conocido en Chile o, al menos, esbozado. Se comprenderá, entonces, que un estudio más atento y riguroso condujese inevitablemente a preguntarse cuáles eran los verdaderos fundamentos de su exclusión y, con ello, al no encontrarse, a abogar por su admisión<sup>7</sup>.

La ausencia de fundamentación concluyente para su rechazo determinará una progresiva aceptación legal y jurisprudencial. Así, en 1968, la ley de Accidentes del Trabajo abrirá las puertas a esa reparación en el ámbito de un contrato en especial como es el de trabajo. Su art. 69 hasta hoy permite ampliamente su invocación. En 1997, la ley de Protección al Consumidor<sup>8</sup>, por su parte, incorporará este rubro al resarcimiento dispuesto ante las diversas formas de infracción del contrato con consumidores en su art. 3.

La comprensión judicial girará hacia su admisión, primero, alrededor de 1951, para un contrato en particular como el de transporte de personas<sup>9</sup>,

luego, en 1994<sup>10</sup>, para toda convención, constituyéndose en jurisprudencia con la sentencia posterior de 2001<sup>11</sup>. Y, en adelante, el efecto de esas decisiones y de los textos legales antes referidos ha determinado pronunciamientos constantes en esa misma línea<sup>12</sup>. Ciertamente es que en algunos de ellos pueden encontrarse todavía una cierta resistencia<sup>13</sup>; con todo, como su argumentación sólo repite la tradicional lectura restrictiva del art. 1.556 CC sin agregar nada nuevo, en especial nada que permita cuestionar la abundante argumentación de nuestro máximo Tribunal, ellos deben ser tomados como un mero resabio de patrimonialismo no fundado o, quizá, como producto de un estudio todavía superficial del tema.

De este modo, en el presente, la procedencia del daño moral en sede contractual es de firme recepción y, con ello, nuestro sistema ha avanzado hacia una conclusión que se imponía desde la lógica y, más aún, desde el estricto plano de la justicia.

## 2.2. La teoría de la plena reparación: sus fundamentos

La admisibilidad de una reparación del daño moral derivado de contrato se sostiene en Chile en varios argumentos desarrollados desde distintos elementos hermenéuticos, en particular desde aquellos que han sido inculcados por la cátedra nacional en todos los abogados chilenos y, entre ellos, obviamente, en nuestros intérpretes. Con todo, también ha podido aplicarse aquel moderno principio de la interpretación desde la Constitución.

### a) El daño moral derivado de contrato a partir de una interpretación desde la Constitución

En efecto, se ha sostenido que su aceptación resulta impulsada desde la propia Constitución, desde su art. 19 N° 1<sup>14</sup> o 19 N° 4, reglas que ponen al centro

<sup>10</sup> Corte Suprema, 20 de octubre 1994, *RDJ*, tomo XCI, N° 3, Santiago, 1994, secc. 1°, p. 100 y ss. *Vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), pp. 50-55.

<sup>11</sup> Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, *RDJ*, tomo 98, Santiago, 2001, secc. 1°, p. 234 y ss.

<sup>12</sup> Entre otras, Corte de Apelaciones, Valparaíso, 14 de agosto de 2001, casación desechada por Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, *GJ*, N° 267, Santiago, 2002, pp. 73-82; Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998, *RDJ*, tomo 95, N° 3, Santiago, 1998, secc. 2°, pp. 96-104; Corte de Apelaciones de Concepción 20 de mayo de 2002, casación desechada por la Corte Suprema el 29 de octubre de 2002, *GJ*, N° 268, Santiago, 2002, pp. 93-96.

<sup>13</sup> Así, en sentencia de Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001 (n. 11) y Corte Suprema, 3 de septiembre 2002 (n. 12), especialmente pp. 81-82; también en Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre 2004, *GJ*, N° 292, Santiago, 2004, pp. 117 y 118.

<sup>14</sup> Considerando 10, Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998 (n. 12), p. 99; considerando 15, Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 52.

<sup>6</sup> *Vid.* con más detalle, DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), p. 249 y ss.

<sup>7</sup> Es a lo que apuntará de un modo consistente Leslie TOMASELLO, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969; Fernando FUEYO, *Derecho civil*, Santiago, Humanidades Depósito, 1958, tomo 4: De las obligaciones, p. 257, también Fernando FUEYO, *De nuevo sobre el daño extramatrimonial y su resarcibilidad*, Mérida, 1972 y Fernando FUEYO, *Instituciones de Derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990; Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Un visión comparatista", en *Revista de Derecho*, N° 188, Concepción, Universidad de Concepción, 1990, p. 125 y ss. Y también en varios comentarios de jurisprudencia junto con Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE, en *Revista de Derecho*, N° 196, Concepción, Universidad de Concepción, 1994, p. 155 y ss.; asimismo, *Revista de Derecho*, N° 209, Concepción, Universidad de Concepción, 2001, p. 233 y ss. y, recientemente, Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base a la letra del Código", en María Dora MARTÍNIC y Mauricio TAPIA (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho y Lexis Nexis, 2005, tomo I, p. 331 y ss.

<sup>8</sup> Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio 1951, *RDJ*, tomo 48, Santiago, 1951, secc. 1°, p. 252; Corte Suprema, 14 de abril 1954, *RDJ*, tomo 51, Santiago, 1954, secc. 1°, p. 74.

de la protección jurídica a la persona y sus derechos extrapatrimoniales más relevantes. Así, en palabras de nuestro máximo sentenciador,

“sobre todo no hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se halla el art. 19 n° 1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino a la mencionada 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. Se complementan y reafirman dichas normas constitucionales con lo señalado en el artículo 1 de la misma Constitución...”<sup>15</sup>.

De este modo, ese primer elemento hermenéutico moderno de interpretación desde la Constitución que persigue el examen de la normativa inferior a la luz de la máxima norma, encuentra en estas decisiones un clarísimo ejemplo de aplicación jurisprudencial.

#### b) El daño moral derivado de contrato desde la revisión sistemática del ordenamiento jurídico

La respuesta ante el posible resarcimiento del perjuicio en estudio en el ámbito contractual ha sido buscada también en una revisión sistemática de nuestro ordenamiento jurídico. Ella ha permitido concluir, en primer lugar, que no existe en él un principio de prohibición de su reparación fuera del campo de los delitos o cuasidelitos. Así se obtiene del análisis de otras normas situadas fuera de la regulación de estos últimos en el título xxxv del *Código Civil*, tales como los artículos 1.562, 1.533, 1.853, 1.930 y 1.949 que responsabiliza al deudor del pago de todo perjuicio o los arts. 544 CC (en relación con el 539), art. 1.544 CC<sup>16</sup>, que admiten la reparación del perjuicio extrapatrimonial en el ámbito de las relaciones de familia o de las convenciones, en su caso. Por otro lado, esa revisión sistemática ha contribuido a despejar el verdadero origen del daño moral: la jurisprudencia iluminada por la opinión doctrinal. Así, se ha apuntado a que:

“el legislador nacional no ha aceptado o incorporado en el Código civil o en otros cuerpos legales, el resarcimiento del daño moral en

general en el ámbito contractual ni en los casos de responsabilidad extracontractual, no existiendo una definición de lo que debe entender y comprender el daño moral ni una regulación del mismo. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido aceptando el resarcimiento del daño moral...”<sup>17</sup>.

En esta mirada global del Derecho, se ha incorporado, además, un reconocimiento expreso, mediante cita directa, de todos los autores que, en el tiempo, han ido construyendo lo que podríamos denominar como teoría del daño moral<sup>18</sup>. Se trata de una referencia expresa y lata, con abundante referencia bibliográfica que ciertamente resalta en el panorama jurisprudencial chileno.

#### c) El daño moral derivado de contrato en una perspectiva histórica

Se ha reconocido que la teoría del daño moral no puede pretender construirse a partir de las reglas contenidas en el *Código Civil*. El perjuicio extrapatrimonial no estuvo jamás en la mente de Andrés Bello el que, más bien, asimilaba el concepto de daño con el perjuicio material. Como se ha afirmado en sentencia de 2001:

“que sobre esta materia debe tenerse presente que nuestro Código Civil se inspiró en numerosas materias de que trata en el Código de Napoleón, como son las relacionadas con las obligaciones en general entre ellas las que refiere la disposición del artículo 1556. En esa época y en la fecha en que entró en vigencia el Código de Bello, hace ya casi un siglo y medio, el daño resarcible sólo comprendía el perjuicio material o patrimonial, único concebible o reconocido, en razón del que el concepto de reparación del daño moral no existía, por haberse elaborado y desarrollado mucho tiempo después... No puede afirmarse, por consiguiente, que las nuevas tendencias sobre reparación de perjuicios extramatrimoniales o de daño moral surgidas después, proveniente de incumplimiento de obligaciones contractuales, se entendiesen excluidas de la referida disposición por haberlo querido así su creador”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Considerando 13 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre 2001 (n. 11), p. 52.

<sup>18</sup> Considerando 12 sentencia Corte Suprema, 20 de octubre 1994 (n. 10), p. 63; considerandos 10, 14 y 15 sentencia Corte Suprema 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 52.

<sup>19</sup> Considerando 9 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 50.

<sup>15</sup> Corte Suprema 20 de octubre de 1994 (n. 10), p. 103.

<sup>16</sup> Considerando 7 sentencia Corte Suprema 20 de octubre de 1994 (n. 10), p.62; también considerando 11 sentencia Corte Suprema 5 de noviembre 2001 (n. 11), p. 51.

d) El daño moral derivado de contrato desde la argumentación lógica

A todas las argumentaciones anteriores se ha agregado en nuestra jurisprudencia aquellas consideraciones que, en el Derecho Comparado, han sido más determinantes en la incorporación del daño moral dentro del perjuicio resarcible a resultas de la infracción del contrato. En tal sentido, se ha razonado sobre la ausencia de lógica alguna que permita justificar que, habiéndose admitido plenamente la indemnización del daño moral en sede extracontractual, se le descarte cuando ha sido producido, en palabras de nuestro máximo sentenciador, por "la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes"<sup>20</sup>. Asimismo, se ha advertido la injusticia que supone el trato diferenciado de la víctima ante un mismo daño, según si exista o no un previo vínculo contractual entre ella y el responsable. Como bien apunta nuestro máximo Tribunal, eligiendo un ejemplo clásico de tal injusticia, es lo que sucede cuando se trata del daño producido en el ámbito de la responsabilidad profesional médica<sup>21</sup>. En verdad, como se reconoce en otra decisión, "la procedencia de la reparación del daño moral derivado de contrato, es un imperativo de la simple lógica y de toda equidad, al no existir fundamentos que autoricen a introducir una distinción tan radical en el seno de la responsabilidad civil"<sup>22</sup>.

f) El daño moral derivado de contrato desde la lectura del texto legal

Por último, su reparación ha sido fundada desde una nueva lectura del art. 1.556 CC para sostener que ese precepto, en parte alguna, excluye de un modo forzoso el daño moral desde que, aunque se refiere sólo al daño emergente y al lucro cesante, no señala que el contenido indemnizatorio se restrinja sólo a ellos<sup>23</sup>. Con ello, nuestra jurisprudencia vuelve sobre el principal, más bien, único argumento invocado entre nosotros para su rechazo, giro interpretativo, que es perfectamente posible si se tienen presentes todas las consideraciones anteriormente referidas, en particular el que el daño moral es y ha sido fruto de una creación jurisprudencial.

<sup>20</sup> Considerando 16 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53.

<sup>21</sup> Considerando 17 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53.

<sup>22</sup> Considerando 6 sentencia Corte de Apelación de Concepción, 20 de mayo de 2002, GJ, N° 268, Santiago, 2002, p. 95.

<sup>23</sup> Considerando 6 sentencia Corte Suprema, 20 de octubre 1994 (n. 10), p. 62.

2.3 Consecuencias para el Derecho chileno de la plena recepción esta partida resarcitoria

Los fundamentos recién desarrollados han construido, como puede observarse, una sólida doctrina jurisprudencial en torno al pleno resarcimiento del daño moral derivado de contrato. Ello genera varias consecuencias para nuestro sistema general de responsabilidad civil.

Así, con ese reconocimiento se alcanza la cuarta etapa, propia de la evolución habida en los sistemas con codificación carente de regulación del daño moral, constituida por la reparación de este perjuicio en toda la responsabilidad civil, sin distinción de origen. Recordemos que han sido precedidas por una primera, de rechazo a toda reparación del tal perjuicio, por una segunda, de aceptación del daño moral impuro en sede aquiliana y por una tercera, de reparación del daño moral puro en ésta última. El concepto de daño resulta extendido para cubrir al perjuicio patrimonial como extrapatrimonial y en toda la responsabilidad civil. Ésta es una de las transformaciones más importantes habidas en la concepción clásica de la misma, producida en todos los sistemas más desarrollados en la materia y que el nuestro, finalmente, termina por recepcionar. Quizá sea éste uno de los mejores tributos dispensados por el Derecho Civil a la protección de la persona y su dignidad que nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución, ha puesto en su centro.

Ello implica, en segundo término, la supresión de una de las diferencias más relevantes y radicales que existía entre los regímenes resarcitorios del daño. Como es sabido, la responsabilidad civil en Chile se ha construido y construye a partir de una concepción dualista como lo prueba la larga lista de diferencias entre esos regímenes según si el daño encuentra su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito, las que determinan un trato muy distinto para la víctima. Entre ellas, hasta la revisión jurisprudencial, que es objeto de este estudio, una clásica diferencia radicaba en la indemnización del daño moral admitida ampliamente en el ámbito extracontractual y descartada en sede contractual. Aceptada su procedencia en esta última, la distinción ha desaparecido y, con ello, se ha producido la primera revisión a la concepción dualista que informa la responsabilidad civil en Chile, evolución de inmensa implicancia futuras desde que supone plantearse entre nosotros, por primera vez la lógica y justicia de una división tajante en dos sedes. Es más, precisamente en una de las decisiones<sup>24</sup> pronunciadas en torno a la

<sup>24</sup> Así se observa en el considerando 17 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53 cuando se advierte: "que aceptar un distinto tratamiento en sede contractual y extracontractual en la materia que nos ocupa, conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no

cuestión del daño moral derivado de contrato, es que podemos encontrar uno de los primeros cuestionamientos expresos de esa distinción, impulsada por la simple justicia material, que es la que en todos los otros países que ya han iniciado su revisión la ha animado. Ojalá que sea el inicio de una reflexión más profunda de un dualismo que, en el presente, en muchos ámbitos de la contratación, parece injustificado, aun, más injusto.

### 3. LOS CONTORNOS DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE CONTRATO

Aceptada, entonces, la plena reparación del daño moral en sede contractual, no por ello queda despejada la cuestión. Acto seguido, se impone la precisión de los contornos de la misma para precisar cuándo cabe indemnizar tal perjuicio<sup>25</sup>. Lo cual resulta urgente ante una serie de pronunciamientos jurisprudenciales recientes donde las circunstancias fácticas revelan que, en verdad, se están indemnizando, a título de daño moral derivado de contratos simples, molestias derivadas del incumplimiento, aun daños morales indirectos o no previstos.

En tal sentido, a diferencia de lo que acontece con el daño moral en sede extracontractual, donde las hipótesis posibles son amplias, en el ámbito contractual, este perjuicio es, más bien, excepcional. En otros términos, lo normal es que la infracción del contrato no genere un daño extrapatrimonial desde que, por regla general, se encuentran en juego en él, intereses exclusivamente económicos. Por lo mismo, la procedencia en este campo es más restrictiva y ello, por varios motivos.

#### 3.1 No todo incumplimiento contractual genera daño moral

En primer lugar, la infracción de contrato siempre supone molestias y desagradados al acreedor. Es evidente, teniendo presente que si el acreedor había consentido en el contrato, era porque tenía un interés en la prestación prometida por el deudor, el que, por efecto del incumplimiento resulta afectado. De este modo, ante todo incumplimiento contractual cabe invocar perturbaciones y molestias. Sin embargo, no debe ser confundido con el daño moral derivado de contrato, pues de ser así habría que concluir, lisa y llanamente, que

existe vínculo contractual entre el médico y su paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe...".

<sup>25</sup> El estudio de los contornos lo hemos efectuado con largo detalle en DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), tomo II, capítulo 7, especialmente p. 540 y ss.; también capítulo 8, especialmente p. 621 y ss.

todo incumplimiento contractual lo genera, lo cual, indiscutiblemente, es un exceso. Una conclusión como ésta sólo generaría un desprestigio inmediato de una partida resarcitoria que tanto ha costado acoger entre nosotros y que tanto puede hacer en la tutela personal.

Por otra parte, si existe un perjuicio efectivo, debe haberse producido, precisamente, en el acreedor por encontrarse ligado al deudor por el contrato. En otros términos, no basta con que exista un vínculo contractual entre dos personas para que al perjuicio lo califiquemos como convencional.

Primero, porque puede tratarse de un daño producido "con ocasión del contrato", esto es, como consecuencia de actos externos al contrato. Así, por ejemplo, no constituyen un daño moral derivado de contrato los perjuicios producidos a un enfermo por resbalar en el domicilio de la enfermera o por el arrendador que atropella a su arrendatario<sup>26</sup>.

Segundo, porque el perjuicio puede haberse producido en bienes o intereses de un tercero y, en tal caso, como consecuencia del principio del efecto relativo de los contratos, se trataría de un daño extracontractual.

En síntesis, dos pautas primeras permiten filtrar al daño moral derivado de contrato. Una, la de su propio contenido, es decir, que nos encontremos ante un perjuicio que atente contra un bien o interés de la persona. Dos, que el perjuicio no hubiera podido producirse de no encontrarse ligadas las personas por un contrato.

#### 3.2 El incumplimiento contractual constitutivo de daño moral: casos

Por otra parte, el daño moral si es derivado de contrato cuando se produce como consecuencia del incumplimiento en los casos que revisaremos a continuación.

##### 3.2.1 El incumplimiento de una obligación expresamente pactada en el contrato

Como primera consecuencia de lo que la existencia de un contrato supone para sus partes, el daño moral debe ser sujeto a las reglas contractuales cuando él haya sido expresamente pactado como una consecuencia a indemnizar en caso de incumplimiento.

Asimismo, el perjuicio en estudio derivado de contrato, cuando la obligación prometida por el deudor compromete bienes de la personalidad del acreedor, como en el caso del contrato de prestación de servicios médicos,

<sup>26</sup> Vid. otros ejemplos en DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), tomo II, p. 625.

donde el facultativo, de un modo indiscutible, se ha obligado al cuidado de la integridad física y síquica de su paciente. Del mismo modo, acontece cuando se trata de una convención destinada a difundir la imagen, cuando existía el deber de mantener reserva ante ciertos aspectos de su vida íntima en razón de existir un secreto profesional (contrato de prestación de servicios médicos, jurídicos, etcétera).

Por último, así acontece cuando el deudor, al consentir en el contrato, ha puesto bajo su cargo ciertos intereses extrapatrimoniales del acreedor como sucede, por ejemplo, en casos de la jurisprudencia comparada, cuando se ha comprometido, en virtud de un contrato de depósito, a preservar un objeto de gran valor para el deudor, cuando se ha comprometido a organizar y dar un espléndido en la fiesta de celebración de un matrimonio, etc. En todos estos casos, además, como revisaremos a continuación, debe entenderse que, por ser evidentes, deben entenderse estar dentro del cálculo de riesgos efectuado al tiempo de la celebración del contrato y, por ende, entenderse previstos en esa época.

### 3.2.3 El incumplimiento de una obligación que genera un daño moral previsto o que debió haberse previsto

La restricción del daño moral derivado de contrato a efectos de este estudio, proviene, además, entre nosotros, de una limitación adicional, especial, que el régimen resarcitorio de los daños tiene en el ámbito contractual constituido por la exigencia general que el art. 1.558 CC establece. En efecto, a la limitación común a la extensión de los daños por los que debe responder tanto el eventual responsable como el deudor, en su caso, constituida por la exigencia de causalidad entre el perjuicio y la acción u omisión, en su caso incumplimiento, se añade, en razón de esa exigencia, una limitación adicional cuando de incumplimiento contractual negligente se trata –regla general en materia de infracción del contrato– consistente en que se responde no sólo de los perjuicios directos sino de los que “se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”. Al juicio de causalidad, que debe hacer todo intérprete en esta materia, se suma, en caso de negligencia y sólo en el ámbito contractual, el juicio de previsibilidad.

Como coinciden los autores más modernos en la materia, entre ellos Giuseppe Monateri<sup>27</sup>, “el punctum crucis de la diferencia entre la responsabilidad contractual y la delictual” sería la de la distinta extensión que puede alcanzar el deber de indemnizar en ambos casos o, en otros términos, en la previsibilidad contractual como límite al resarcimiento integral de los perjuicios.

<sup>27</sup> Giuseppe MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Padova, CEDAM, 1989, p. 118.

Esta diferencia, que tiene el origen histórico<sup>28</sup> más clásico de la familia romano-germánica, como se ha resaltado –Justiniano, luego Dumoulin, Domat y Pothier y de ahí al *Código Civil* francés–, ha sido considerada como la más importante, atendidas las numerosas consecuencias que su reconocimiento importa. Así, la exigencia de previsibilidad en los daños introduce una diferencia fundamental entre ambas responsabilidades, pues la aquiliana será generalmente más extensa que la contractual. A ello se suma que el principio de reparación integral de los perjuicios, parámetro básico en la determinación de los daños resarcibles, recibe una importante restricción en materia contractual. Por último, la distinción determina que la indemnización no se fija siempre en relación con la importancia del daño como lo impone la función resarcitoria asignada a la responsabilidad sino que, en materia contractual, dependería de la gravedad de la culpa.

Las transformaciones experimentadas por la responsabilidad civil han determinado, en lo que hoy nos interesa, un severo cuestionamiento a esta distinción de un modo tal que en varios sistemas ha sido completamente superada, asemejándose la extensión de las respuestas resarcitorias en uno y en otro ámbito de la responsabilidad y por vías muy variadas. Desde luego, como acontece, en general, con la revisión de la visión dualista de la responsabilidad, éste es nuevamente un aspecto de la evolución en materia de responsabilidad civil que no ha sido abordado por nuestra doctrina, pese a que las razones básicas de este cuestionamiento son ostensibles igualmente en nuestro sistema en el presente.

Por ello, en nuestro sistema, la previsibilidad del daño en el ámbito contractual sigue siendo trascendental. En efecto, la importancia del análisis de previsibilidad, si bien es determinante para todo perjuicio, en especial resulta serlo para los daños extrapatrimoniales y, en particular, en la etapa de nuestra evolución en la materia, habida cuenta del tránsito que hemos asistido en el tema de la reparación del daño moral derivado de contrato. En efecto, admitida la procedencia de su resarcibilidad en ese ámbito, no por ello debe creerse que se produce una unificación de régimen entre el daño moral derivado de un hecho ilícito y el derivado de contrato, pues queda sujeto a la diferencia que igualmente introduce entre ambos regímenes la exigencia de previsibilidad.

No obstante, esta exigencia puede ser revisada a efectos de ampliar la previsibilidad no sólo a los daños materiales sino, también, a los no patrimoniales o morales, tal como ha acontecido en los sistemas jurídicos más desarrollados

<sup>28</sup> Sobre el origen, fundamento y problemas que enfrenta la previsibilidad, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), tomo II, p. 493 y ss.

en la materia, que reconocen esta distinción, tales como Francia o España. Así, se ha avanzado progresivamente hasta aceptar que esta última clase de perjuicios es, en muchos casos, y, aunque no hayan sido previstos al tiempo del contrato, previsibles, sin que pueda el deudor alegar su ignorancia.

La extensión de la previsibilidad a los perjuicios extrapatrimoniales es posible si se tiene presente que el juicio de previsibilidad es uno de conocimiento en el sentido de que consiste en determinar los daños que, en el momento de la celebración del contrato, el deudor negligente pudo percibir que se derivarían del incumplimiento de la obligación a que se comprometía. No se restringe, pues, al conocimiento que el deudor tuvo de forma directa, sea porque el acreedor se los informó, sea porque tuvo la precaución de estipularlos, sino que comprende, además, a todos aquellos normalmente previsibles.

Y la pregunta que obviamente asalta a continuación es: ¿cuáles son los contratos donde los perjuicios extrapatrimoniales son normalmente previsibles?

Tanto en el *common law* como en los sistemas romanos se ha llegado a una notable cercanía en la respuesta. En tal sentido, deben entenderse comprendidos dentro de los daños previsibles a los morales en cada una de las situaciones que se refieren a continuación.

3.2.3.1 La necesaria previsibilidad del daño moral en aquellos contratos que llevan envuelta una obligación que por su naturaleza revela su conexión con bienes de la personalidad o, más en general, intereses extrapatrimoniales

El perjuicio en este estudio debe entenderse dentro de la previsión de las partes y, por lo tanto, dentro de los riesgos asumidos por el deudor, cuando el contrato revela por sí mismo su conexión evidente con bienes de la personalidad o, en general, con intereses no patrimoniales del acreedor.

A este resultado debe llegarse por simple aplicación de un criterio habitualmente empleado respecto de los perjuicios materiales cuya consagración en algunos países y, por cierto en el nuestro, es, incluso, legislativa como acontece con nuestro artículo 1.546 CC, equivalente al art. 1.258 CC español o art. 1.135 CC francés entre otros, en conformidad al cual "los contratos obligan a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación".

Así, deben entenderse comprendidos en todos los contratos cuya naturaleza esté íntimamente ligada con intereses no pecuniarios, con bienes de la personalidad como sucede en todas aquellas convenciones que el *common law* califica de contratos personales y que se han definido como "los que se relacionan directamente con el confort, felicidad o bienestar personal de una de las partes o aquellos cuyo objeto es tal que afectan directamente o tocan

al afecto, autoestimación o sentimientos tiernos de esa parte..."<sup>29</sup>. En otros términos, se trata de contratos normalmente relacionados con acontecimientos de la vida que envuelven los sentimientos y emociones de las personas, por ejemplo, contratos relativos a funerales tales como cuando una empresa de servicios funerarios se obliga a conservar el cuerpo de la madre del demandante para siempre el que finalmente de igual forma se descompone<sup>30</sup> o cuando el servicio de seguridad de un cementerio se había comprometido con unos padres a impedir el ingreso al funeral de su hijo de sus amigos *punk* para asegurarles la intimidad y calma de ese momento y no lo logra<sup>31</sup>. También en los contratos relativos al cuidado personal de ancianos como cuando un anciano enfermo de Alzheimer sufre distintas quemaduras en el hogar en que vivía<sup>32</sup>. Por último, en los contratos vinculados a la ruptura matrimonial o divorcio como en el caso del marido de una mujer ludópata, que contrata los servicios de seguridad de un casino para impedir el ingreso de su cónyuge y evitar la crisis final del matrimonio y el referido servicio no logra evitar su entrada<sup>33</sup> o, más en general, en los contratos relativos a objetos emocionales como cuando una joya de familia que es entregada a un joyero para que con ella confeccione otra y que éste la pierde<sup>34</sup>.

Es previsible, además, el daño moral cuando se trata de contratos de prestación de servicios médicos cuando la obligación es de resultados (cirugía estética, prótesis dentales) e, incluso, cuando sea simplemente de medios, pues el médico no podría alegar que los daños causados a la persona de su cliente eran imprevisibles porque, en verdad, no pueden, sino haber formado parte de los riesgos que él entendía asumir por el contrato. Lo mismo puede decirse de los contratos de prestación de servicios de diagnóstico o de exámenes por parte de los laboratorios biológicos. Así, tomando un ejemplo reciente de nuestra jurisprudencia donde la cuestión específica de la previsibilidad del daño moral no fue planteada sino sólo la de la causalidad, si un laboratorio clínico diagnóstica erradamente SIDA, ninguna duda cabe que las secuelas extrapatrimoniales del incumplimiento imperfecto de su obligación contractual deben entenderse como un riesgo previsible a la época de la contratación<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Así se definen a los *personal contracts* desde *Westervelt vs. McCullough* 68 Cal. App. 198, 228, 1924, p. 734.

<sup>30</sup> *Chelini vs. Nieri* 32 Cal. 2d. 480, 196 P. 2d., 1948.

<sup>31</sup> *Rod vs. Forest Law Memorial Park* 153 Cal. App. 3d. 988, 203 Cal. Repr. 468, 1984.

<sup>32</sup> *Free vs. Franklin Guest, Inc.* 463 So. 2d. 865, La. Ct. App. 1985.

<sup>33</sup> *Wyn vs. Monterey Club* 111 Cal. App. 3d. 789, 68 Cal. Repr. 878, 1980.

<sup>34</sup> *Windkler vs. Scheers Jewelers*, 8 Cal. App. 3d. 844, 88 Cal. Rptr. 39, 1970.

<sup>35</sup> Aludimos con el ejemplo a los hechos que dieron lugar a la sentencia de nuestra Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001 (n. 11), en que nuestro máximo tribunal ordena indemnizar la reparación del daño moral derivado de contrato que se había causado.



Por último, también debe considerarse como previsible el daño moral cuando el interés extramatrimonial del acreedor coexiste con uno de orden material como en el contrato de transportes de personas.

3.2.3.2 La previsibilidad del daño moral en aquellos contratos que llevan envuelta una obligación que, por las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, demuestran su incorporación dentro de los riesgos que debieron ser asumido por el deudor

Por último, el daño moral debe entenderse dentro de la previsión de las partes, cada vez que el conjunto de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato obligan a esa conclusión: servicio de banquetes contratados para un matrimonio que resulta deficiente, servicio de limpieza que no entrega a tiempo el traje de novia, ruptura intempestiva de un contrato de arrendamiento aduciendo conducta inmoral del inquilino, etcétera.

A diferencia de los casos anteriores, la naturaleza misma del contrato no hace presuponer por sí misma que su incumplimiento acarreará consecuencias de orden extrapatrimonial para el acreedor. Por el contrario, lo normal es que sólo genere consecuencias patrimoniales. No obstante, el conjunto de circunstancias que concurren en la prestación correspondiente al deudor hacen obvia su vinculación con intereses morales porque resulta claro que el acreedor expuso ante él catálogo íntegro de consecuencias que la infracción del contrato le produciría.

3.2.3.3 La previsibilidad del daño moral puede nacer del incumplimiento de una obligación de seguridad

La previsibilidad del daño moral puede nacer también del incumplimiento de una obligación de seguridad, entendiendo por tal el deber de preservación de la persona del deudor que, a diferencia de la obligación principal, es normalmente de carácter tácito. Se entiende envuelta en ciertos contratos en los que su vinculación a la persona y a su integridad física o síquica es tan directa que las partes han debido de prever que su incumplimiento causará perjuicios en ella tales como: el contrato de transportes de personas (de todo tipo: ferroviario, metropolitano, transportes públicos), contratos de juego de feria, de organización de espectáculos deportivos, de enseñanza de deportes arriesgados tales como el esquí, de explotadores de andariveles de esquí, entre otros.

Esta obligación propuesta por primera vez en Francia en 1911, resultaría nuevamente de la norma de integración contractual contenida en todos los decimonónicos, entre nosotros el art. 1.546 o su símil francés del art. 1.135. Su reconocimiento permitiría por primera vez a la víctima prevalecerse de las

reglas contractuales para reclamar los perjuicios no patrimoniales causados por el incumplimiento. Su interés, por tanto, proviene, precisamente, de que no es producto de una ficción, sino la simple aplicación de una regla contenida en nuestro propio texto legal y que obliga a integrar el contrato.

3.2.3.4 La previsibilidad de los daños morales depende finalmente del contenido del contrato

Como puede constatarse de todo lo referido, la previsión es finalmente una cuestión netamente jurisprudencial que debe determinarse para cada caso concreto. Y no existen normas o principios de vigencia absoluta que auxilien al juez en cada caso, sino tan sólo una pauta: la incorporación de un daño dentro de esa condición dependen única y exclusivamente del contenido del contrato. Si éste contiene una obligación expresa o tácita cuyo incumplimiento genere daños morales, estos caerán dentro de la previsión de las partes y deberán ser indemnizadas por el deudor negligente. Todo esto independientemente del carácter patrimonial o extrapatrimonial del objeto principal del contrato desde que, en ambos casos, su incorporación dentro de los daños previsibles es posible. La única diferencia está en que, en el primer caso, esa previsión surgirá de forma directa, en cambio, en el segundo, de un modo indirecto que habrá que apreciar con especial rigor a fin de no transformar todo incumplimiento de contrato en una fuente de daños morales.

#### 4. CONCLUSIONES

El daño moral derivado de contrato es, en el presente, un principio básico de la responsabilidad civil, plenamente admitido por nuestra jurisprudencia, recogido en varios textos legales especiales y defendido por toda la doctrina especializada. Con ello, nuestro Derecho Civil, en particular, su teoría de la responsabilidad civil ha alcanzado en plenitud una de las transformaciones más relevantes de la misma al acoger, en toda su amplitud y entidad, la reparación de todos los daños patrimoniales y no patrimoniales, sin distinción y en cualquier ámbito de la misma. Puede afirmarse entonces que, en Chile, el principio de reparación integral recibe hoy amplio reconocimiento.

No obstante, una vez aceptada su procedencia, debe también profundizarse en el contexto y límites de esta partida indemnizatoria en sede contractual, pues, por razones derivadas del contenido mismo de lo contractual o de las restricciones que el deber de reparar encuentra en ese ámbito, su reparación tiene contornos y particularidades que lo distinguen del daño moral cuando se produce como consecuencia de un delito o cuasidelito.

Tales límites resultan aclarados desde una comprensión exacta de lo que el daño moral persigue indemnizar y del campo dentro del cual cabe hablar de un perjuicio derivado directamente de la infracción del contrato. Éste es el desafío actual del Derecho chileno en la materia y al que esperamos contribuir y motivar mediante este trabajo.

## LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

Carlos Pizarro Wilson

### RESUMEN

El presente trabajo refiere a las cláusulas resolutorias. Específicamente al pacto comisorio calificado. En la primera parte se explica cómo un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato. A continuación, se sugiere que, entendido como una sanción más al incumplimiento contractual, fruto del acuerdo de las partes, posee funciones diversas a la cominatoria, y que debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes. Finalmente, se advierte que la intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva.

Las ineficacias contractuales pueden incidir en la estructura del acto en cuyo caso se denominan "ineficacias intrínsecas" o, a propósito de una inexecución de las obligaciones emanadas de un contrato válido, "ineficacias extrínsecas". En este último caso, el contrato ha sido formado en conformidad al ordenamiento jurídico. No existen vicios en la estructura del contrato; no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de anularse. En definitiva: el contrato es válido. Sin embargo, alguna de las partes ha incumplido sus obligaciones dando paso a las ineficacias extrínsecas.

Entre las sanciones al incumplimiento contractual se encuentra la resolución del contrato. Según dispone el artículo 1.489 del CC los contratos bilaterales llevan implícita la cláusula resolutoria. Si una de las partes incumple su obligación la otra tendrá el derecho potestativo a elegir entre la ejecución forzada del contrato o demandar la resolución, en ambos casos, además, podrá solicitar los perjuicios. Sin embargo, las partes pueden decidir expresar la mencionada cláusula resolutoria o, según se conoce mayoritariamente, estipular la condición resolutoria tácita. Pero, ¿qué sentido podría tener señalar en el contrato algo que se entiende en forma implícita incorporado a él? En otros