

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL¹

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO
Universidad de Concepción
Pontificia Universidad Católica de Chile

La responsabilidad civil constituye en el presente uno de los más fundamentales tópicos de estudio y análisis tanto en la familia jurídica del Common Law como en numerosos países de los que conforman la familia romano-germánica. En efecto, basta con constatar su sorprendente evolución de los últimos cincuenta años de este siglo para llegar a reconocer, junto con Yzquierdo Tolzada, que a quienes en el futuro les toque escribir la historia del Derecho de este fin de siglo deberán destacar entre los hitos más importantes de ésta época y en letras negritas “el de la responsabilidad civil»².

Dentro de esta evolución existen, como es lógico, numerosos aspectos que destacar pero, entre ellos, es especialmente relevante la transformación que el fundamento mismo de la responsabilidad civil ha sufrido. Así, en todos esos sistemas jurídicos constituye una afirmación indiscutible la de que el fundamento clásico de la responsabilidad civil, contenido en los códigos decimonónicos y expresado en la gráfica fórmula de que “no hay responsabilidad sin culpa”, ha sido sustituido por uno nuevo expresado también en la no menos gráfica idea de que “todo daño debe ser reparado”. Como ha sostenido VASQUEZ FERREIRA en Argentina, la preponderancia asignada modernamente al daño casi recomendaría una sustitución de la propia denominación de “responsabilidad civil” por la de “teoría general de la reparación del daño” desde que la concepción subjetivista que concebía a la responsabilidad como un reproche o castigo dirigido al ofensor, ha sido desplazada³.

Cierto es que nuestro sistema jurídico no ha alcanzado esa etapa en la evolución

¹ Esta ponencia consigna parte de las investigaciones realizadas con ocasión tanto de nuestra tesis doctoral titulada «El daño moral derivado de contrato», defendida en la Universidad Complutense de Madrid en julio de 1995, aún inédita, como de los estudios realizados dentro del marco de un proyecto de investigación financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción y por Fondecyt (proyecto 1970070-97).

² YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol.I, Madrid, 1993, pág.17.

³ VASQUEZ FERREYRA, “La teoría general de la reparación del daño y los presupuestos del deber de responder”, en *Jurisprudencia argentina*, 3 de septiembre de 1986 (núm. 5479), págs. 5 y ss.

y que estamos muy lejos de reconocer una transformación como ésta. Buena prueba de ello son las incoherencias, vacíos y aún nos atrevemos a decir retrasos que la teoría general del daño presenta en nuestro país. Desde luego, hacer un estudio detenido de ellos excede con mucho las limitaciones propias de una ponencia como ésta; no obstante, queremos resaltar algunos de ellos.

1. LA DISTINCIÓN EXISTENTE ENTRE EL TRATAMIENTO DEL DAÑO MATERIAL Y MORAL

Así, la reparación integral del daño material es ciertamente una de esas verdades indiscutidas e indiscutibles. Ahí están para demostrarlo tanto los preceptos decimonónicos que así lo ordenan como las innumerables sentencias que todos los días resarcen hasta el más mínimo perjuicio económico ocasionado a la víctima o, en su caso, al acreedor, bajo una concepción muy amplia, por un lado, del daño emergente, comprensiva de toda «pérdida efectiva experimentada por la víctima»⁴, abarcando todo deterioro o destrucción material e incluso la desvalorización sufrida por el bien dañado después de la refacción⁵ y, por otro, del lucro cesante entendido como “lo que se dejó de percibir a consecuencia del delito” o del incumplimiento⁶. Respecto de esta última especie de perjuicio material, la evolución ha sido tal que bien puede decirse que la preocupación romana por la delimitación de esta partida que podía tornarse excesiva, revelada por Ulpiano⁷, repetida luego por Domat ante unos daños que -en sus palabras- dado que “debe hacerse una estimación de las ganancias por venir, y dependiente de eventos inciertos... es imposible hacer una estimación precisa de aquella pérdida o de regular una indemnización que sea exacta”⁸ y largamente discutida por los redactores del Código de Napoleón, no sólo ha sido superada sino olvidada .

Este panorama, en cambio, contrasta abiertamente con el que tenemos en materia de daño moral. Así, si no existe en el presente ningún cuestionamiento a la procedencia de su resarcibilidad en el ámbito aquiliano, se mantiene la incertidumbre cuando esa misma reparación se sitúa en la esfera contractual ante una tesis jurisprudencial que, aunque cuestionada por recientes fallos, aún no puede considerarse como enteramente abandonada⁹.

⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de agosto de 1965, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°136, pág. 85, en las que el tribunal hace suya la definición de daño emergente propuesta por TAPIA, De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes, Memoria de Prueba Universidad de Concepción, pág. 239, N°197.

⁵ Por no citar sino un ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 dh abril de 1987, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.84, sec.2da, pág.50.

⁶ Corte de Apelaciones de Pedro de Aguirre Cerda, 6 de octubre de 1986, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.83, sec.4ta., pág. 248.

⁷ D.9,2,29,3.

⁸ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; Le Droit Public et legum delectus*, Paris, 1778, t.I, libro III, título V, sec.VII, pág.265.

⁹ No insistiremos sobre ello pues el problema del daño moral derivado de contrato daría

Y aún manteniéndonos exclusivamente en la esfera delictual donde, como venimos de recordar, la resarcibilidad de ambas clases de perjuicios es plenamente admitida, los principios que gobiernan una y otra especie son radicalmente distintos.

Cierto es que, por su naturaleza, las exigencias de prueba y la certeza de la evaluación pecuniaria requieren de ciertos matices y presentan un grado distinto de complejidad. No obstante, creemos que la consideración que se hace de esa naturaleza en ningún caso justifica que la amplitud dada a la propia idea de cada una de esas especies de daño por los tribunales y la doctrina sea tan distinta, tal como sucede entre nosotros. Así, como hemos visto, si el daño material es indemnizado hasta en sus últimas consecuencias no ocurre lo mismo cuando de perjuicio extrapatrimonial se trata, donde la acepción comúnmente aceptada de éste deja fuera de la reparación a una serie de secuelas tan o más importantes para el perjudicado que el sólo “dolor experimentado por ella” a consecuencia de la lesión.

En tal sentido, la concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia que identifica el daño moral con el *pretium doloris* o *pecunia doloris*, esto es, en definición dada por ella, con “el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos”¹⁰, es claramente restrictiva pues deja fuera de reparación todos los atentados a atributos de la personalidad o, más en general, a intereses extrapatrimoniales, en los que no exista quebranto psíquico, impidiendo que esta especie de resarcimiento se constituya en uno de los mecanismos más eficientes de protección a la persona, como ha acontecido en los sistemas más desarrollados en la materia.

No permite comprender además todas las dimensiones que puede tener el daño no patrimonial, puestas de manifiesto en otros países a través de las distintas especies de daño moral que allí han sido reconocidas, tales como, en Francia, el perjuicio de agrado, el perjuicio estético, el perjuicio sexual, el perjuicio derivado de la contaminación con virus del SIDA o perjuicio de afecto y en el Common Law, *loss of consortium*, *hedonistic damage*, entre otras¹¹. Y la creatividad de los tribunales en esos sistemas es incesante puesto que las nuevas hipótesis de daños morales elevados al rango de perjuicios autónomos siguen multiplicándose ante la evidencia que la persona es un todo complejo y que, por lo mismo, los atentados que se le infligen alteran de modos muy variados sus condiciones de vida o su propia vida.

Una concepción tan disímil de ambas clases de daños ciertamente contrasta con un Derecho civil moderno que proclama como objeto primero de su estudio a la persona y no al patrimonio. Su justificación sólo puede encontrarse en el fondo en las tradicionales reticencias a la admisibilidad de una reparación por daño moral que, aunque aparentemente superadas en el ámbito aquiliano, permanecen de dis-

lugar por sí sólo a otra ponencia que, por lo demás, fue presentada por la suscrita en las Jornadas de Derecho Privado realizadas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en octubre de 1996. En este sentido, vid. DOMÍNGUEZ HIDALGO, «La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado», en Revista. Chilena de Derecho, 1998, vol.25 N°1, págs. 27 y ss.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, R.D.J., t.70, secc.4ta., págs. 65 y ss.

¹¹ Sobre tales especies de perjuicios, vid. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, «Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista», en Revista de Derecho Universidad de Concepción, 1990, N°188, págs. 125 y ss.

tintas formas en nuestra teoría general del daño, en términos que tales que puede decirse que nos “gobiernan desde sus tumbas”, siguiendo la célebre frase de Maitland formulada en Inglaterra para aludir a la subsistencia de los *writs*. Por lo mismo, los principios actualmente imperantes en nuestro sistema en esta materia requieren de una profunda revisión. Todo ello a menos que se esté dispuesto a reconocer que, en nuestra concepción jurídica, los perjuicios ocasionados al patrimonio requieren de una respuesta jurídica más contundente que la de los atentados causados a los aspectos que constituyen la propia dignidad de la persona.

A esa incoherencia conceptual debe añadirse las que resultan de la aplicación de principios opuestos en materia de acreditación de cada una de las especies de daño. En efecto, nuestra jurisprudencia ha introducido una notoria excepción al conocido y básico principio que obliga a probar, en materia de responsabilidad civil, los perjuicios que se reclaman, regla que debiera ser válida tanto para los daños materiales como para los morales. La única diferencia se encuentra en que, para estos últimos, la discrecionalidad judicial debe tener un mayor campo de acción pudiendo llegar hasta la atenuación de ciertas reglas probatorias pero nunca a su supresión como prácticamente sucede cuando nuestros tribunales afirman que la prueba del daño moral no es necesaria cuando se trata del dolor causado a un pariente por la muerte de otro, incluso cuando ninguna demostración existe de que efectivamente les unía un vínculo de afecto¹².

2. LA DISTINCIÓN EN CUANTO A LA EXTENSIÓN DEL DEBER DE INDEMNIZAR

No obstante, si esas contradicciones puestas de manifiesto son relevantes, nos interesa detenernos en una cuyo origen no se encuentra, a diferencia de las anteriores, en una doctrina jurisprudencial sino en nuestro propio ordenamiento jurídico.

Aludimos con ello a la diferente extensión que puede alcanzar la reparación en las dos sedes de la responsabilidad aún admitiendo en ambas tanto la indemnización del daño material como del moral. Si en el ámbito aquiliano el principio de reparación integral constituye un ideal al que el tribunal puede siempre tender, en el campo contractual, en cambio, sólo puede alcanzarse cuando el daño proviene de incumplimiento doloso. Ante el incumplimiento culposo, nuestro Código Civil concede una reparación parcial que cubre sólo las consecuencias dañosas que se hayan previsto o fueran previsibles al tiempo de la contratación, según resulta de la relación de los artículos 1558 y 2314.

Con algunas precisiones que convendría hacer respecto de algunos, ésta es la forma tradicional de plantear tan esencial diferencia en gran parte de los sistemas

¹² Las decisiones que relevan de prueba al daño moral son recurrentes en nuestra práctica jurisprudencial. Vid. por todas la de la Corte Suprema de 15 de diciembre de 1983, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.80, sec. 1.a, pág.128 y las críticas formuladas por FUEYO, Instituciones de Derecho civil moderno, Santiago, 1990, pág.115 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, «Consideraciones...», op.cit., pág. 156, cita 131. Véase también las abundantes referencias jurisprudenciales de DIEZ, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, 1997, pág. 141 y ss.

que integran la familia romano-germánica. Por supuesto que no es la única distinción existente entre las dos sedes de la responsabilidad. Nuestros derechos reconocen otras cuantas, al menos de *lege lata*. Sin embargo, es sin duda la más importante como varios autores han puesto de relieve e incluso, con acierto, ya resaltaba desde antiguo PLANIOL al decir que en el *Code* «...la exclusión del artículo 1150 (que allí establece la exigencia de previsibilidad de los perjuicios) en materia de delitos y cuasidelitos introduce una diferencia, la única que es real, entre las dos especies de culpas»¹³.

Menester es reconocer que esta clásica distinción no ha recibido mayor análisis por parte de nuestra civilística, en términos tales que parece ser una que no merece cuestionamiento. Sin embargo, como pretende esta ponencia, conviene detenerse sobre ella y revisar si, en verdad, se justifica a la luz de la notable evolución que toda la teoría de la contratación ha sufrido y sigue sufriendo.

Desde luego, cabe recalcar que el interés de esta cuestión es tanto teórico como práctico. Teórico, porque pese a no emanar directamente de la naturaleza de los perjuicios o de sus características sino derivar de la teoría general de la responsabilidad, por su dimensión, incide en la posibilidad misma de dar un tratamiento unitario al daño. Práctico, pues si la responsabilidad derivada de incumplimiento de contrato plantea a la víctima condiciones más exigentes para poder acceder a una indemnización integral, la utilidad misma de la responsabilidad contractual puede resultar, al menos en parte, comprometida. En este sentido y en la medida de lo posible, ante hipótesis de concurrencia de ambas responsabilidades el perjudicado optará por encauzar su acción en la más favorable: la extracontractual. Del mismo modo, los tribunales, a fin de hacer justicia, la calificarán como tal para así evitar la aplicación de las reglas más rigurosas.

El análisis de esta distinción nos obliga a revisar entonces tanto su origen histórico como su fundamentación, aunque, claro está, someramente en esta ocasión.

A) Origen histórico de la distinción

En cuanto al origen de la regla, conviene recordar que la necesidad de limitar la indemnización de los perjuicios a fin de no establecer una carga indebida en el deudor, ya había obligado a JUSTINIANO a establecer un tope máximo *in casibus certis* y, más tarde, a DUMOULIN y, particularmente, a DOMAT a introducir la clásica distinción entre perjuicios “indirectos” o “mediatos” y entre estos últimos entre previstos e imprevistos.

Este principio será adoptado por todos los autores del Derecho antiguo francés y, principalmente, por POTHIER, aunque de forma no exactamente idéntica a la de DOMAT. En cualquier caso, lo interesante es que a través de las obras de este autor esta distinción alcanzará vigencia prácticamente universal.

Pasará, en primer lugar, directamente al Código civil francés que, en los artículos 1150 y 1151 reproduce la clásica distinción¹⁴. Del *Code* pasará el principio a

¹³ PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, Paris, 1911, II, N° 897.

¹⁴ Art.1150 del Código civil francés dispone que: «El deudor no está obligado sino por los daños y perjuicios que han sido previstos o que se han podido prever con ocasión del contrato siempre que no es debido a su dolo que la obligación no ha sido ejecutada». A su vez, el art. 1151 complementa la regla al establecer que: «En el caso mismo en que el

todos los sistemas cuyas codificaciones civiles siguieron al modelo francés. En algunos, la regla ha sido reproducida en los mismos términos empleados por POTHIER como sucede con nuestro art.1558 o en el *Codice*¹⁵. En otros, en cambio, la formulación ha recibido ligeras modificaciones que, aunque manteniendo en el fondo la misma idea, han complicado enormemente su inteligencia. Es el caso señalado del Código civil español¹⁶.

La zona de influencia de las ideas de POTHIER no se restringirá a los derechos que, por razones históricas, se identifican con el pensamiento jurídico galo sino que alcanzará incluso al Common Law que, en 1854, reconocerá la clásica limitación en la regla de la “*contemplation rule*” o de la “*foreseeability*” formulada en el famoso caso de *Hadley vs. Baxendale*¹⁷. En conformidad a ella los daños indemnizables alcanzan distinto grado de resarcibilidad en los *contracts* que en los *torts*. En los primeros, la responsabilidad del deudor cubre únicamente aquellos perjuicios que, al tiempo de la contratación, pudo éste “razonablemente prever” que se desencadenarían del incumplimiento de su obligación (*breach of contract*). En los segundos, en cambio, el ofensor se considera responsable por todos los perjuicios causados de un modo inmediato por la acción dañosa.

Como puede constatar, la semejanza con la norma habitualmente consagrada en los derechos codificados es patente aunque posee una diferencia, desde que allí la exigencia de previsibilidad es imperativa para la indemnización de todo daño y no exclusivamente de los derivados de negligencia¹⁸. Y la importancia asignada a esta distinción en el Common Law coincide con la otorgada en nuestros sistemas según veíamos, tanto que se ha llegado a sostener en USA por Mc DOWELL que “la mayor diferencia entre los *contracts* y los *torts* es el grado en que la previsibilidad limita el monto de los daños que el perjudicado puede recuperar”¹⁹.

incumplimiento de la convención resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender respecto de la pérdida experimentada por el acreedor y de la ganancia de la que ha sido privado, que aquellos que son una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la convención».

- ¹⁵ Los artículos 1223 y 1225 del Código civil italiano reproducen la regla en los siguientes términos: art.1223: «El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por la mora debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la ganancia frustrada, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa»; art.1225: «si el incumplimiento o la mora no se deben al dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que nació la obligación».
- ¹⁶ El Código civil español ordena en su artículo 1107 que: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».
- ¹⁷ Esta regla fue formulada en 1854 en *Hadley vs. Baxendale*, 156 Eng.Rep. 145 (1854). Sobre ella vid. FAUST, *Hadley vs. Baxendale. An Understable Miscarriage of Justice*, 15 J.Legal Hist. 41 (1994).
- ¹⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1911, II, N° 897.
- ¹⁹ MC DOWELL, *Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness*, 36 D.L.J., 65 (1936).

B) Fundamento de la distinción

En cuanto a su fundamento, debe recalarse que no ha sido sencillo explicar las bases en las que se asienta esta distinción. Ni los legisladores codiciales, en especial los del Código civil de Napoleón, ni los jueces que establecieron la regla de la *foreseeability* en *Hadley vs. Baxendale*, consignaron expresamente los motivos que les compelián a establecer reglas distintas en la determinación del *quantum* resarcitorio para las dos clases de responsabilidad civil. El esfuerzo de los intérpretes doctrinales se ha encaminado entonces, a buscar esas justificaciones en el contexto de la filosofía contractual, en los antecedentes históricos del principio, en los debates preparatorios del *Code*, etc. Esta variedad de referencias y consideraciones ha desembocado en las siguientes explicaciones:

a) La restricción constituiría una directa aplicación del principio de respeto a la voluntad contractual

En efecto, el contrato presupone ser el resultado de una negociación entre las partes cuyo contenido puede perfectamente versar sobre las consecuencias que recíprocamente se generarán para cada una en caso de incumplimiento. Hayan sido o no expresados los resultados de ese acuerdo, debe entenderse incluida en el contrato una cláusula implícita según la cual la indemnización no puede extenderse más allá de los perjuicios que han podido preverse al tiempo de su celebración. El fundamento de esta presunción es una convención tácita que ineludiblemente ha debido darse entre los contratantes.

Por lo mismo, los perjuicios ajenos a ese acuerdo no pueden ser soportados por el deudor. Admitir lo contrario supondría violar el principio básico de respeto a las voluntades contractuales, en el seno de las cuales no ha entrado la satisfacción que el acreedor reclama²⁰. Al ser imprevisible no puede comprenderse dentro del riesgo asumido por el deudor.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, no existe la posibilidad de realizar ese estudio de la voluntad pues, al nacer de la propia violación del *naemidem laedere*, toda búsqueda de una voluntad anterior al deber de responder por los daños causados a otro es imposible.

b) La limitación es una manifestación de la inexistencia de la responsabilidad contractual

Una segunda lectura propuesta para esta distinción, calificada de “razón oculta”, considera que, en el fondo, es un reconocimiento de la no existencia de una verdadera responsabilidad derivada del incumplimiento. Lo que llamamos como responsabilidad contractual -sostiene LE TOURNEAU- es una ejecución distinta y normalmente diferida. Por eso sólo pueden exigirse al deudor los riesgos contractuales que ha aceptado²¹.

c) Una revisión moderna de la distinción

Hasta aquí, según lo que viene de exponerse, la restricción de la reparación de los daños en sede contractual, aparece como una diferencia casi consustancial entre las

²⁰ CARBONNIER, *Droit civil*, t.IV, Paris, 1993, pág.300.

²¹ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, 1982, pág. 88.

dos esferas de la responsabilidad civil que se encontraría consagrada legalmente o constituye una doctrina jurisprudencial firme, en su caso, que se funda en sólidos principios teóricos y tiene antecedentes históricos irrefutables. Esta es la tesis prevaleciente hasta hoy en nuestro Derecho, repetida y aplicada por nuestra cátedra y jurisprudencia sin mayor cuestionamiento.

Sin embargo, numerosas consideraciones permiten demostrar que, por el contrario, el paso del tiempo ha alcanzado sus cimientos, obligando a su adaptación. Así ha sucedido en el Derecho comparado.

Por lo pronto, debe considerarse que la distinción que su admisión introduce con respecto a la responsabilidad extracontractual tiende a atenuarse frente, por un lado, a la continua reinterpretación que la jurisprudencia comparada ha efectuado de los presupuestos sobre los que se asienta la regla. Por otro lado, la decidida intención de los tribunales de conceder una reparación integral de todos los daños patrimoniales o no patrimoniales, con independencia de su origen o causa, ha conducido a un abandono de la interpretación restrictiva de la previsibilidad.

De hecho, en algunos sistemas, la distinción se ha desdibujado casi por completo aunque formalmente se mantenga vigente la norma. Este es el caso notorio del Derecho francés, donde se ha sostenido de un modo categórico por VINEY, que “si se examina el alcance que los tribunales le conceden hoy, no parece exagerado afirmar que tienden a reemplazar la regla”²². Y lo mismo sucede en Bélgica o en el *Common Law*²³.

El desplazamiento de la regla se ha producido por distintas vías. Primero, por una ampliación de la noción de dolo de manera a incorporar una serie de conductas del deudor que, en una estricta interpretación de las reglas legales, deberían entenderse excluidas de ella y tales como la culpa grave, en aquellos sistemas que no tiene una asimilación legal de ambas nociones²⁴, o la culpa fraudulenta²⁵.

Segundo, por una paulatina reinterpretación del alcance de la previsibilidad efectuada, fundamentalmente por la jurisprudencia y que ha supuesto, en etapas sucesivas, primero, limitar la exigencia de previsibilidad a ciertos elementos del perjuicio, tales como su causa y no su monto²⁶; luego, a incorporar en su seno a los perjuicios

²² VINEY, *Les obligations. La responsabilité: effets, en el Traité de Droit civil de Ghestin*, vol. V. Paris, 1988, pág. 433.

²³ En este sentido, ECKERT y FOUQUES, en *Définition y domaine de la responsabilité contractuelle, bajo la dirección de Rodière*, Paris, 1981, pág. 52 y Mc DOWELL, *Foreseeability in contract and tort: the problems of responsibility and remoteness*, 36 *Defense Law Journal*, 68 (1987).

²⁴ Conviene resaltar que nuestro Código civil se distingue de otros como el francés al haber consagrado legalmente la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*. Esa equiparación no ha sido posible allí sino a través del reconocimiento jurisprudencial donde las decisiones en tal sentido son constantes. Así, vid. Com.25 de marzo de 1963, D.1964, pág. 17, nota RODIERE.

²⁵ Así, ha sucedido en Francia o en Argentina donde se ha incorporado a la noción de dolo la culpa fraudulenta, entendiendo por tal el incumplimiento deliberado y consciente de la obligación comprometida.

²⁶ Esta es la tendencia acogida por la jurisprudencia francesa más reciente. Para más detalle, vid. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, págs. 87 y ss. También se han pronunciado por esa tesis en España, PANTALEON, *El sistema de responsabilidad contrac-*

morales en todas aquellas hipótesis en las que la naturaleza del contrato o mejor de la obligación contraída, por su vinculación directa con intereses extrapatrimoniales del acreedor lo presupone, de forma que su incumplimiento genera normalmente una lesión a aquellos. Así sucede en los contratos de servicios médicos, de transportes de personas o, más en general, en todos los contratos considerados como personales en el *Common Law*, esto es, “aquellos que se relacionan directamente con el confort, felicidad o bienestar personal de una de las partes»²⁷.

Más tarde, se han considerado a los daños extrapatrimoniales como previsibles en todos los contratos que aunque normalmente sólo generan consecuencias económicas, el conjunto de las circunstancias que concurren en la prestación correspondiente al deudor hacen ostensible su vinculación a intereses no patrimoniales, tales como, en ejemplos de la jurisprudencia comparada, el contrato de confección de un anillo a partir de otra de gran valor sentimental que el joyero en definitiva pierde²⁸, contrato celebrado con un casino para impedir la dilapidación del patrimonio conyugal por el cónyuge adicto al juego y así evitar un divorcio inminente²⁹. Del mismo modo, se ha producido una amplia recepción de la previsibilidad de los daños morales en los contratos en que se encuentra envuelta una obligación de seguridad para, por último, llegar a una adecuada comprensión de esta exigencia al entender que ella no es sino a una pauta concedida al juez para auxiliarle en la determinación de los perjuicios resarcibles.

Bien es cierto que esa evolución tampoco se ha producido en Chile y que por lo mismo podría sostenerse que el cuestionamiento a la distinción resulta improcedente. Sin embargo, a esa vía de revisión de la distinción debe añadirse una que proviene de las transformaciones operadas en el seno del Derecho de la contratación y que ha afectado sus fundamentos, cuestionando su sentido y utilidad. Desde que esa transformación no es ajena a nuestro Derecho, la revisión sí parece pertinente.

En efecto, la lógica misma del fundamento clásico de la distinción que la hace radicar en el respeto a la voluntad contractual deja de ser evidente, o al menos es bastante menos nítido, si lo revisamos a la luz de un Derecho de contratos como el actual donde existe un declive progresivo del rol de la voluntad dentro de la figura del contrato. En tal sentido, sostener que éste no nace siempre de la libre voluntad de las partes, es una premisa que no requiere mayor demostración. Es un hecho, de todos conocido, que tanto las crisis económicas como el poder financiero de ciertos contratantes han acarreado serios atentados al proceso de formación del contrato tal cual fue concebido por el legislador. Ahí están todas las fórmulas modernas de contratación, tales como los contratos de adhesión, contratos innominados o la contratación en masa, para atestiguar que la previa negociación en un sinnúmero de ocasiones no existe o, al menos, se ha dado en unos reducidos márgenes. De suerte que, en muchos casos, la responsabilidad que nace del incumplimiento contractual es más fruto de la integración legal que del tenor literal de los convenios.

tual (Materiales para un debate), en Anuario de Derecho Civil, 1991, III, págs. 1038 y ss. y la destaca, entre nosotros, GATICA, Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, Santiago, 1959, págs. 129 y ss.

²⁷ Es la definición de los *personal contracts* dada en una decisión ya antigua: *Westervelt vs. McCullough* 68 Cal. App. 198, 228 P.734 (1924).

²⁸ *Windekler vs. Scheers Jewelers*, 8 Cal. App. 3d. 844, 88 Cal. Repr. 39 (1970).

²⁹ *Wynn vs. Monterrey Club*, 111 Cal. App. 3d. 789, 68 Cal. Repr. 878 (1980).

Por lo mismo, la regla de la previsibilidad se encuentra en el presente con problemas tanto teóricos como prácticos. Teóricos, en varios sentidos. Así, aparece privada de un argumento irrefutable. En efecto, no se corresponde con el estado actual del Derecho de la contratación que no sólo no gira exclusivamente en torno a la voluntad contractual sino que, como se ha resaltado, “repudia esa dependencia absoluta en relación a la voluntad de los contratantes”³⁰.

Luego, se opone al resarcimiento integral del perjudicado, cuando éste es hoy reconocido como uno de los principios básicos de toda responsabilidad, no sólo de la extracontractual. Si esa distinción era antes justificada, en el presente carece de explicación, y más bien genera una serie de situaciones profundamente injustas. Por ejemplo, la indemnización concedida a la víctima por los sufrimientos físicos o psíquicos causados por el incumplimiento de un contrato de transporte o de uno médico cuando es demandada por la vía contractual, puede ser menor que la conferida en sede extracontractual a sus familiares por el dolor producido por el estado en que ha quedado la primera.

Finalmente, la regla en estudio presenta serios problemas para adaptarse a los supuestos, cada día más numerosos, de responsabilidad objetiva y a los mecanismos de aseguramiento tanto individuales como colectivos. En los primeros, desde que el deber de responder es impuesto por la ley a ciertos contratantes ninguna negociación sobre su extensión es posible y, en los segundos, pues la admisión de los seguros de responsabilidad hace innecesaria una protección especial de los intereses del deudor.

Razonable es entonces que, a la vista de todas las objeciones referidas, se haya propuesto su derogación por autores tan insignes como los MAZEAUD, TUNC o PLANIOL. En verdad, esta propuesta no debiera causar alarma puesto que no constituye ninguna innovación en el Derecho comparado, por el contrario, esta distinción entre los perjuicios resarcibles ha permanecido ajena desde siempre a legislaciones como la alemana o la griega, por no citar sino algunas, en las que el deudor doloso o negligente responde en materia de contratos de todos los daños con tal que se encuentren causalmente conectados con el incumplimiento, sin ningún otro tipo de limitación.

En ellos se defiende la exclusiva referencia a la exigencia de causalidad por la incoherencia implícita en un esquema que, por un lado, distingue entre la extensión de la indemnización debida por el deudor, según cual ha sido su intención en el momento de la violación del contrato y, por otro, proclama una finalidad eminentemente resarcitoria de la responsabilidad. Y ese defecto es constatable por doble partida. Primero, porque el juicio de responsabilidad, al atender a la gravedad de la conducta del deudor y no a la del perjuicio causado -verdadero determinante de la materialidad del daño en una concepción puramente resarcitoria-, resulta revestido de un matiz punitivo. Segundo, dado que, si se acoge la limitación de lo debido cuando el deudor ha infringido con culpa su obligación, el acreedor es indemnizado tan sólo por parcelas del daño y no por todo él. Finalmente, esta tesis supresora de la previsibilidad ha sido aceptada en el reciente Código civil de Holanda que también circunscribe la extensión del deber de indemnizar exclusivamente a su conexión causal con el incumplimiento.

³⁰ VINEY, *La responsabilité...*, t.V, op.cit., pág.435.

Ahora bien, la fuerza de la tradición determina en varios países la permanencia de la regla de la previsibilidad en el texto legal e incluso en algunos, como en nuestro Derecho o el español, su formulación legal se encuentra ligada a la idea de causalidad, de forma que su derogación no podría hacerse sino de un modo parcial.

Con todo, su vigencia es en algunos formal dado que, en la práctica atendidas sus consecuencias, ella ha sido abandonada o reemplazada. Así sucede notoriamente en Francia, donde las sentencias que admiten la exoneración de un perjuicio imprevisible bajo la base del artículo 1150 son raras y los litigantes parecen cada vez menos proclives a invocar ese precepto para escapar a la reparación del daño imprevisible. En los países del *Common Law*, el análisis de la *foreseeability* ha desaparecido prácticamente al haberse acercado el deber de cumplimiento al *duty of care* propio de los *torts*.

Las evoluciones producidas en esos sistemas no significan, como erradamente pudiera creerse, un abandono de toda limitación en el resarcimiento a que tiene derecho el perjudicado sino una simple demostración de que la supresión de la regla no es imprescindible. Antes bien, sus efectos negativos pueden ser evitados y la reparación puede alcanzar la misma extensión que en sede extracontractual pero sin introducir una carga excesiva en el responsable, si se refuerza la exigencia de vinculación causal entre el hecho dañoso y el perjuicio. En otros términos, siguiendo al Código civil alemán, más conocido como B.G.B., se ha optado por la unificación del *quantum* a través de la acentuación de la única limitación que es común a ambas sedes, en cuanto se considera suficiente para mantener el equilibrio de los intereses envueltos en el contrato.

Claro está, que ello no significa que los tribunales hayan decidido suprimir el análisis de la previsibilidad puesto que, mientras sea norma o principio vigente, su respeto es forzoso. Sin embargo, el afán por procurar al perjudicado una reparación plena, les ha llevado a cercar el juicio de regularidad causal con el de la previsibilidad de un modo tal que, en el presente, casi se identifican. Lo anterior no supone, como más de alguno ha objetado, una confusión técnica entre ambos juicios pues la identificación se ha producido no porque no se perciba su distinción -todo lo contrario sus propios defensores apuntan a ese peligro- sino porque, de hecho ha sido reinterpretada. E insistimos que ello no se debe a una mera arbitrariedad sino al afán por evitar las consecuencias injustas e injustificables a que conduce la regla de la previsibilidad aplicada en esos términos.

En verdad, como se ha llegado a concluir en varios sistemas codificados, no se ve por qué habría de mantenerse una regla distinta de determinación de la extensión de los daños resarcibles para la responsabilidad contractual, en el estado actual de la responsabilidad civil y del Derecho de los contratos. El particularismo de la responsabilidad contractual sólo obliga a admitir y aceptar las limitaciones en la extensión de los daños estipuladas por las partes. Pero en defecto de un acuerdo de esta índole, no habría ninguna distinción fundamental a hacer, desde el punto de vista de la reparación, entre responsabilidad contractual y aquiliana.

La evolución que el Derecho de los contratos ha tenido en Chile en el último tiempo también nos pone ante la evidencia de los serios embates habidos a la voluntad contractual nacida directamente de una negociación absolutamente libre entre los contratantes. Tiempo sería entonces que se iniciase un profundo estudio de la normativa contractual que se asienta sobre esa premisa. Que estas líneas sirvan al menos de motivación inicial.