

Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizables y su delimitación

Trabajo de Fin de Máster para optar al grado de Máster en Derecho

AUTOR:

MANUEL DE LA PRIDA CONTRERAS

DIRIGIDO POR:

DRA. MÓNICA NAVARRO MICHEL

Barcelona

Segundo Semestre, 2017

**TREBALL FI DE MÀSTER D'ESTUDIS JURÍDICS AVANÇATS
MEJA
AUTORITZACIÓ DE LA PRESENTACIÓ DEL TREBALL**

Dr./Dra Mónica Navarro Michel Profesora del Departament de Derecho Privado de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, com a tutor/a de l' alumne/a del Treball de Fi de Màster d' Estudis Jurídics Avançat – MEJA, don Manuel Ignacio de la Prida Contreras, que porta per títol: “Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizables y su delimitación”, matriculat en el Segundo Semestre del curs 2016-2017, autoritzo la seva presentació per ser avaluat per a la Comissió Avaluadora que es designi.

Barcelona, 20 de junio de 2017.

Signat:



Nota: Aquesta autorització s'ha de presentar signada a l' Escola de Postgrau amb els tres exemplars del treball en paper.

Los perjuicios derivados del incumplimiento en el nuevo derecho de los contratos: una mirada desde los daños indemnizables y su delimitación

Manuel de la Prida Contreras*

RESUMEN: El nuevo derecho de los contratos busca dar soluciones apropiadas a la realidad del tráfico jurídico actual, en el que priman los contratos sinalagmáticos cuyo objeto es el intercambio de bienes o servicios fungibles, postulando una noción unitaria de incumplimiento y construyendo un sistema articulado, general y coherente de remedios, entre los que se encuentra la indemnización de perjuicios. El presente trabajo, tiene por objeto estudiar los daños indemnizables y su delimitación a la luz del moderno derecho de la contratación. Para aquello, examinaremos de qué manera las nuevas concepciones en materia contractual, surgidas a partir de diversos instrumentos internacionales de derecho privado, influyen en lo relativo a los daños resarcibles derivados de un incumplimiento, aportando además novedosos criterios jurídicos de delimitación del daño. Así, como expondremos en las conclusiones, de conformidad a las nuevas tendencias en materia contractual y a los criterios jurídicos de delimitación y limitación del daño, en el moderno derecho de la contratación constituirán perjuicios indemnizables todos aquellos daños económicos o no económicos que hayan sido previsibles para el deudor al momento de celebrar el contrato, o que razonablemente debió prever como consecuencia probable de su incumplimiento, cuyo riesgo asumió al contratar y que, en ese sentido, se encontraban dentro del ámbito de protección del contrato, a menos que la inejecución sea excusable por un impedimento que escape a la esfera de control del deudor.

PALABRAS CLAVES: Nuevo derecho de los contratos, Responsabilidad contractual, Daños indemnizables, Daño económico, Daño moral, Delimitación del daño, Previsibilidad del daño, Fin de protección del contrato, Deber de mitigar el daño.

* Correo electrónico: manuel.delaprida.c@gmail.com

A Magdalena, mi mujer y mejor amiga

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6

CAPÍTULO I.

APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS.....	9
---	----------

1. MARCO TEÓRICO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN	9
2. NUEVAS TENDENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....	15
2.1. Noción unitaria de incumplimiento.....	16
2.2. Sistema articulado de remedios: la pretensión indemnizatoria.....	18
2.3. Ausencia de culpa y atribución de riesgos.....	24
3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: ALGUNOS MATICES RESPECTO A LOS PERJUICIOS RESARCIBLES.....	26

CAPÍTULO II.

PERJUICIOS INDEMNIZABLES EN EL NUEVO DERECHO DE LOS CONTRATOS.....	29
---	-----------

1. GENERALIDADES: DEL DAÑO INDEMNIZABLE Y LA REPARACIÓN INTEGRAL.....	29
2. DEL DAÑO ECONÓMICO.....	32
2.1. Daño emergente.....	33
2.2. Lucro cesante: nuevas perspectivas.....	35
3. DEL DAÑO NO ECONÓMICO	39
3.1. Indemnización del daño moral en sede contractual: los casos de España y Chile	40

3.2. Daño no económico en el nuevo derecho de los contratos: hacia un reconocimiento expreso.....	45
3.3. Algunas categorías de daño no económico.....	48

CAPÍTULO III.

DELIMITACIÓN DE LOS PERJUICIOS INDEMNIZABLES EN EL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL.....	52
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	52
2. DELIMITACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE	53
2.1. Estipulación expresa de los contratantes.....	54
2.2. Criterios jurídicos de delimitación judicial del perjuicio indemnizable.....	57
2.2.1. Previsibilidad del daño	57
2.2.2. Fin de protección del contrato.....	60
3. LÍMITES AL DAÑO INDEMNIZABLE.....	63
3.1. Del deber de mitigar el daño	64
3.2. Compatibilidad de la pretensión indemnizatoria con otros remedios.....	69
4. EL ETERNO PROBLEMA DEL DAÑO MORAL Y SU DELIMITACIÓN	72
 CONCLUSIONES.....	 75
 BIBLIOGRAFÍA.....	 79

TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

BGB:	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> / Código Civil de Alemania
C.C.Cat.:	Código Civil de Cataluña
C.C.Ch.:	Código Civil de Chile
C.C.Esp.:	Código Civil de España
CISG:	Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías
DCFR:	Marco común de referencia para el derecho privado europeo
Edit.:	Editorial
Nº:	Número
P.:	Página
PCCI:	Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales
PECL:	Principios del derecho europeo de los contratos
PMCC:	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en España
Pp.:	Páginas
ROJ:	Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Tribunal Supremo de España)
Ss.:	Siguientes

INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al nuevo derecho de los contratos aludimos, siguiendo a MORALES MORENO, a “una nueva construcción del derecho contractual, surgida en el derecho uniforme, por necesidades del comercio internacional, que ha ejercido y continúa ejerciendo influencia en la modernización del derecho de obligaciones continental”¹. En efecto, a partir de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), ha tenido lugar una evolución del derecho de obligaciones y contratos, originada en la Europa continental e irradiada al derecho latinoamericano y, en especial, al chileno. Esta modernización, se ha desarrollado a la luz de los principios informadores de la CISG y, con los años, se ha materializado en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PCCI); los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL); el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR); entre otros.

Tradicionalmente, al hablar de responsabilidad contractual se hace alusión al evento del incumplimiento del deudor y a la posibilidad del acreedor para conseguir el cumplimiento y la indemnización de daños. Esta concepción clásica de responsabilidad contractual resulta atribuible, tanto en Chile como en España, al hecho de que los códigos civiles de ambos países siguieron el régimen general de obligaciones imperante en el derecho romano, el que se construyó sobre la base de las obligaciones unilaterales, sin tener en consideración las bilaterales, menos aún aquellas de objeto fungible. Pero este entendimiento clásico de la responsabilidad contractual no se hace cargo de la realidad del tráfico jurídico actual, en donde nos encontramos con una masificación del comercio internacional y en el que, además, los contratos se identifican por generar obligaciones recíprocas e interdependientes y los bienes o servicios objeto de esos contratos son fungibles, es decir, esencialmente reemplazables por otras cosas del mismo género y calidad, o bien por otros prestadores.

Como respuesta a lo anterior, surge el nuevo derecho de la contratación, el que pretender dar soluciones adecuadas a las relaciones comerciales actuales sobre la base de dos postulados esenciales. De una parte, construye un concepto unitario y objetivo de incumplimiento que traslada el riesgo de la inejecución al deudor e integra las diferentes

¹ MORALES MORENO, Antonio (2006a), p. 25.

hipótesis de insatisfacción del interés del acreedor. Por otra parte, en concordancia con esta nueva concepción de incumplimiento, se propone un sistema general, coherente y articulado de remedios, dentro del cual el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios dejan de ser las únicas opciones dentro del régimen general de responsabilidad contractual para pasar a ser dos remedios más dentro de este sistema integrado, el que comprende también la resolución, la suspensión de la ejecución de la prestación por parte del acreedor y la reducción del precio.

Ahora bien, los referidos postulados del derecho contractual moderno han acarreado distintas consecuencias tanto conceptuales como pragmáticas, así por ejemplo, se ha afirmado la autonomía de la pretensión indemnizatoria respecto de la pretensión de cumplimiento; se ha indicado que ya no se requeriría culpa del deudor en la inejecución para la procedencia de la indemnización; entre otras novedades. Sin embargo, en lo que concierne a la indemnización de perjuicios propiamente tal, no se ha profundizado con la debida intensidad respecto a los daños indemnizables y su delimitación, por lo mismo, hemos decidido indagar en las consecuencias que el nuevo derecho de la contratación produce en la indemnización de daños. De este modo, el objeto de nuestro estudio será, precisamente, los daños indemnizables y la delimitación de estos a la luz del moderno derecho contractual y las nuevas concepciones e instituciones que hallamos en este.

Efectivamente, el daño indemnizable y, en particular, los criterios jurídicos de delimitación de este daño en la nueva responsabilidad contractual, constituye un tema que no ha sido lo suficientemente explorado por la doctrina española ni chilena, en especial por esta última. A mayor abundamiento, como veremos a lo largo de este trabajo, en Chile el reconocimiento jurisprudencial de algunas de las instituciones que examinaremos no ha existido ni aún tácitamente, como ocurre, por ejemplo, con el deber del acreedor de mitigar el daño. Es por ello que encontramos una motivación extra para realizar este trabajo, pues creemos que puede contribuir en un asunto en el cual no abundan las investigaciones en Chile. Con todo, también esperamos ser un aporte en el ámbito español, toda vez que este trabajo intenta sistematizar una materia cuyos estudios son más bien dispersos, examinándose las distintas instituciones por separado.

Pues bien, en lo que respecta a la estructura de este trabajo, primeramente nos referiremos a ciertas cuestiones previas que estimamos necesarias para delimitar

adecuadamente el marco conceptual sobre el que trabajaremos. Para ello, en un primer capítulo, analizaremos la responsabilidad contractual desde una óptica tradicional, aludiendo al estado de la cuestión en las legislaciones de Chile y España, y explicaremos el giro hacia la modernidad que está experimentando el sistema de responsabilidad contractual en el contexto internacional. En seguida, revisaremos los principales postulados de este nuevo sistema y aludiremos a la diferencia de la actual concepción de la responsabilidad contractual respecto a la aquiliana, en lo que a daños indemnizables se refiere.

Luego, en el segundo capítulo, examinaremos los perjuicios resarcibles y su comportamiento en el moderno derecho de los contratos, nos referiremos al principio de reparación integral del daño y a las clases de perjuicios que son susceptibles de ser objeto de indemnización. En esta dirección, aludiremos al daño económico, en particular al daño emergente y a las nuevas perspectivas que presenta el lucro cesante, y también al daño no económico, momento en el que nos referiremos a la situación del resarcimiento del daño moral en España y Chile, al reconocimiento expreso a la indemnización de esta clase de perjuicio en sede contractual por el que optan los textos internacionales de derecho privado, y a las diferentes categorías que encontramos a partir de los daños extrapatrimoniales.

En el último capítulo, trataremos la delimitación de los perjuicios indemnizables en el nuevo sistema de responsabilidad contractual. Por un lado, estudiaremos la previsibilidad del daño y el fin de protección del contrato como criterios jurídicos para determinar la extensión del daño resarcible e imputar objetivamente un determinado perjuicio al deudor y, por otro lado, expondremos sobre el deber de mitigar el daño y el ejercicio conjunto de la pretensión indemnizatoria con otros remedios como límites del perjuicio indemnizable. Asimismo, explicaremos que estos parámetros de delimitación resultan aplicables tanto al daño económico como al moral. Finalmente, compartiremos las conclusiones a las que hemos arribado mediante nuestro análisis, intentando dilucidar si, producto de nuestro estudio, hemos podido dar una adecuada respuesta a las preguntas acerca de qué daños son indemnizables y de qué forma se han de delimitar los mismos a la luz del nuevo sistema de responsabilidad contractual.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Antes de analizar los temas de fondo de este trabajo, esto es, qué perjuicios resultan resarcibles frente a un incumplimiento contractual en el nuevo derecho de la contratación² y cómo estos daños se han de delimitar, nos referiremos –sucintamente– a ciertas cuestiones previas que, a nuestro entender, resultan indispensables para comprender cabalmente el presente estudio. Inicialmente, haremos alusión a la responsabilidad contractual desde una perspectiva tradicional, utilizando como ejes los ordenamientos de Chile y España, y expondremos el giro hacia la modernidad que experimenta esta clase de responsabilidad. Luego, llevaremos a cabo un acercamiento a la modernización del derecho de los contratos y sus postulados esenciales. Lo anterior, nos permitirá apreciar de qué forma el nuevo derecho contractual ha modificado el antiguo enfoque de la responsabilidad contractual y, asimismo, observar cómo repercute aquello en materia de daños.

1. MARCO TEÓRICO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN

Desde una perspectiva clásica, al hablar de responsabilidad contractual se alude al derecho de todo acreedor para, frente al incumplimiento del deudor, perseguir la ejecución de la prestación que se le adeuda, sea en naturaleza o en equivalente, y la reparación de los perjuicios de ser esta última procedente³. Esta concepción tradicional de la responsabilidad

² Como expresamos en la introducción, cuando aludimos al nuevo derecho contractual estamos haciendo referencia a una nueva construcción del derecho de los contratos emanada de diversos instrumentos internacionales de derecho privado, que han influido permanentemente en la modernización del derecho de obligaciones de la Europa continental. Consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2006a), p. 25. Es importante señalar que estas nuevas tendencias también se han irradiado al derecho latinoamericano y, particularmente, al derecho chileno, cuya doctrina ha puesto especial énfasis en materias ligadas a la modernización del derecho de obligaciones.

³ Algunos autores consideran que el cumplimiento por equivalencia o *aestimatio rei* constituye una categoría artificial y que se confundiría con la indemnización de daños, pues siempre que el remedio al incumplimiento sea en dinero nos hallaríamos en sede indemnizatoria. Así lo estima, por ejemplo: GÓMEZ POMAR, Fernando (2007), pp. 15 y ss. Otros en cambio, estiman que el cumplimiento en equivalente se encontraría en el ámbito del cumplimiento propiamente tal y no en el indemnizatorio, toda vez que las prestaciones pueden ejecutarse

contractual –referida al cumplimiento compulsivo y a la indemnización de daños–, es atribuible tanto a la doctrina clásica española como chilena⁴, dado que, como es sabido, los códigos civiles de ambos países tomaron como fuente mediata al derecho romano, cuyo régimen general de obligaciones se construyó a partir de las obligaciones unilaterales, estableciéndose como solución a la inejecución el cumplimiento o el resarcimiento de daños⁵. Así pues, si bien utilizaremos como referentes los ordenamientos jurídicos de Chile y España, lo que exponemos resulta igualmente aplicable a todas aquellas legislaciones que también siguieron la tradición romana en esta materia.

De este modo, la teoría general de las obligaciones “coincide con la de la estipulación romana o, más precisamente, de la obligación y acción civil que de ella nacen”⁶. En el derecho romano, las obligaciones emanadas de un contrato bilateral no se consideraban recíprocas e interdependientes, como ocurre en la actualidad, sino que estas eran inconexas entre sí, pese a que ambas partes podían quedar obligadas esas obligaciones eran

en los términos descritos en la declaración contractual, o bien a través de los medios que dispone el legislador mediante el correspondiente proceso de ejecución. En este sentido: MORALES MORENO, Antonio (2006b), pp. 81 y ss. En la misma dirección, se ha apuntado que “la «*aestimatio rei*» y la indemnización o «*id quod interest*» son conceptos que se deben separarse [sic] inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento”. Así lo expresa: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2003), p. 439.

⁴ Efectivamente, en España, “tradicionalmente, se ha referido la responsabilidad contractual al derecho del acreedor a lograr el cumplimiento coactivo de la deuda, por la vía judicial (pretensión de cumplimiento), u obtener una determinada cantidad de dinero, con cargo al patrimonio del deudor, como compensación por el incumplimiento (normalmente, cuando los incumplimientos son voluntarios e imputables al deudor)”. Véase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), p. 21. En Chile, a su vez, se ha señalado que “si el deudor demora el cumplimiento de la obligación o se resiste y niega a cumplirla, porque la desconoce y viola la palabra empeñada, el acreedor tiene derecho a pedir la *ejecución forzada* de la obligación, es decir, de requerir la intervención de los tribunales de justicia para que obliguen al deudor, con el auxilio de la fuerza pública, si llegara a ser necesario, que solucione su obligación”. Así lo expresa: CLARO SOLAR, Luis (1937), p. 691. Debemos agregar que PIZARRO WILSON, comentando de forma crítica la cita recién efectuada, manifiesta que “se percibe con claridad el aspecto procedimental, aludiendo a la intervención judicial y al uso de la fuerza pública para la obtención de la pretensión [...] esta realización de los bienes se traduce en un pago equivalente de lo debido, alejado de la pretensión específica pactada en el contrato”. En: PIZARRO WILSON, Carlos (2014), pp. 205-206. Se observa entonces el entendimiento de la responsabilidad contractual como la ejecución en naturaleza o por equivalencia de la obligación. Luego, “la responsabilidad civil aparece vinculada especialmente al daño que sufre una o más personas individualizables, y al deber que tiene alguien de repararlo o compensarlo con medios equivalentes”, es decir, de indemnizar el daño causado, y será de carácter contractual si proviene del incumplimiento de un contrato. Consúltese: CORRAL TALCIANI, Hernán (2003), pp. 20 y ss.

⁵ Al respecto, véase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 21-22; y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a), pp. 1-2.

⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a), p. 4. En este punto, cabe tener presente que “la *stipulatio* ha sido un *unicum* en toda la historia del Derecho y una de las más altas manifestaciones del genio jurídico del pueblo romano y de sus juristas. Su formalismo estricto, unido a su simplicidad, lo mismo que al carácter unilateral que tenía, permitió a los juristas estudiar el fenómeno obligacional y el negocio jurídico en estado puro, por así decirlo, y descubrir sus reglas más íntimas”. Consúltese: GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996), pp. 16-17.

independientes. En otros términos, cada prestación debía ejecutarse por separado de la otra y, por lo mismo, el régimen de obligaciones se desarrolló desde la perspectiva de las obligaciones unilaterales, en consecuencia, no llegaron a concebirse los remedios sinalagmáticos, lo que derivó en su falta de sistematización al momento de codificar la legislación civil en aquellos países que siguieron el modelo romano en la materia⁷. Sumado a lo anterior, es posible observar que tanto el Código Civil de España (C.C.Esp.) como el Código Civil de Chile (C.C.Ch.) centran su atención en las obligaciones –unilaterales– de dar una especie o cuerpo cierto, olvidándose de las obligaciones de dar cosas de un determinado género y, en razón de ello, los remedios que contemplan ante la inejecución son, básicamente, el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios⁸.

De esta manera, es posible afirmar que, tradicionalmente, el sistema de responsabilidad contractual se ha identificado con una serie de reglas generales que regulan el cumplimiento y la indemnización de daños, fundamentalmente en lo referente a las obligaciones unilaterales específicas⁹. Además de esta normativa general, encontramos ciertas regulaciones propias para algunos contratos en particular, en las que el legislador, en algunos casos, determina regímenes especiales de responsabilidad y, en otros, realiza aplicaciones específicas de las reglas generales¹⁰. Así por ejemplo, a propósito de la compraventa, tanto en España como en Chile encontramos normas específicas que regulan el saneamiento por vicios ocultos¹¹.

De lo señalado, podemos observar que no es posible encontrar –ni en el C.C.Esp. ni en el C.C.Ch.– un conjunto de reglas que contribuyan a una sistematización de la

⁷ Así por ejemplo, en la compraventa –frente al incumplimiento– surgían para las partes dos acciones totalmente autónomas entre sí, la *actio empti* y la *actio venditi*, las que facultaban al acreedor para exigir a la contraparte la ejecución de la obligación, mas no se concebía ningún remedio sinalagmático, toda vez que “no había ninguna conexión entre las obligaciones: el comprador estaba obligado a pagar el precio aunque el vendedor no hubiese pagado la cosa y no podía demandar la resolución del contrato”. Consúltese: RIPERT, Georges y BOULANGER Jean, (1956), p. 308.

⁸ Este es otro motivo de la inexistencia de una regulación sistemática de los remedios bilaterales en la legislación civil actual. Para todo, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a), pp. 4 y ss.

⁹ En el caso del C.C.Esp., dentro de estas disposiciones hallamos los artículos 1094 y ss., ubicados dentro del Capítulo II *De la naturaleza y efecto de las obligaciones*, del Título I del Libro IV. A su turno, en el C.C.Ch., encontramos los artículos 1545 y ss., emplazados en el Título XII *Del efecto de las obligaciones*, del Libro IV. Destacamos estas normas en cada caso, puesto que ellas son las que tratan la indemnización de perjuicios en sede contractual, empero, prevenimos que, en ambos ordenamientos, existen otros preceptos que constituyen reglas generales en materia de contratos, por ejemplo, aquellas que regulan la extinción de las obligaciones o la pérdida de la cosa debida.

¹⁰ Al respecto, consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 23 y ss.

¹¹ Se hacen cargo del saneamiento por defectos ocultos o redhibitorios en la cosa vendida los artículos 1484 y ss. del C.C.Esp., y los artículos 1857 y ss. del C.C.Ch.

responsabilidad contractual desde el incumplimiento hasta sus efectos y los remedios de que dispone el acreedor frente al mismo. Ello, es más preocupante aún al constatar que, hoy en día, la realidad del tráfico jurídico es muy distinta a la de los años de la codificación, en el ya lejano siglo XIX. En efecto, actualmente existe una masificación e internacionalización de las relaciones comerciales, en donde gran parte de las operaciones que se transan en los diversos mercados, sean nacionales o internacionales, dicen relación con obligaciones bilaterales cuyos objetos son fungibles¹². Es decir, además de tratarse de obligaciones sinalagmáticas, los bienes o servicios contratados son esencialmente sustituibles por otras especies del mismo género y calidad, o por otros prestadores¹³.

Por lo anterior, una responsabilidad contractual cimentada a partir de obligaciones unilaterales de especie o cuerpo cierto, carente de un tratamiento armónico respecto a las obligaciones bilaterales de objeto fungible –obligaciones que serán de dar, si es una cosa genérica, o de hacer, si su objeto es prestar un servicio determinado–, deviene en una incapacidad de dar respuestas adecuadas a los problemas de los actores del tráfico jurídico actual. En este sentido, “[h]ay un desajuste entre el fenómeno del tráfico actual y las normas dispositivas del Código Civil en materia de obligaciones y la interpretación que de ellas se ha hecho, siendo recomendable revisar los planteamientos de la teoría general de las obligaciones y de los efectos del incumplimiento”¹⁴. Aquello, puede afirmarse tanto respecto del ordenamiento jurídico español como del chileno.

A mayor abundamiento, en su acepción clásica, la responsabilidad contractual se mira desde la óptica de la deuda, esto es, del deber de conducta del deudor de ejecutar una prestación en favor del acreedor y, por lo mismo, frente al incumplimiento se prioriza la ejecución y el resarcimiento de perjuicios, pues el cumplimiento de esa obligación es lo

¹² Adherimos a lo expuesto por VIDAL OLIVARES, en el entendido que hoy en día “[l]a obligación fungible lo puede ser con relación a la cosa o actividad objeto de la misma y su calificación atiende a su función económica dentro del tráfico jurídico; en ellas el interés del acreedor queda satisfecho con cualquier objeto o actividad que coincida con el programa de prestación prometida al constituirse la relación obligatoria. En este orden de ideas el carácter fungible del objeto de una obligación denota la sustituibilidad o intercambiabilidad recíproca de la cosa o la actividad de cuya entrega o realización depende la satisfacción del interés del acreedor, que tendrá lugar cuando dicha cosa o actividad reúna las características descritas *in abstracto* inicialmente”. En: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a), p. 12.

¹³ Para profundizar sobre este cambio de realidad económica, consúltese: PASCUAL ESTEVILL, Luis (1995), pp. 71 y ss.

¹⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a), p. 11.

primordial a la luz del *pacta sunt servanda*¹⁵. Pero este entendimiento de la responsabilidad contractual desatiende el interés del acreedor, que en el caso de un contrato sinalagmático es lo mismo que decir el interés de los contratantes¹⁶, ya que frente a la inejecución restringe las opciones al cumplimiento y la reparación de daños, en desmedro de otros remedios que pueden ser más adecuados para el interés del acreedor¹⁷, más todavía considerando que la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad dicen relación con bienes o servicios fungibles¹⁸.

Así pues, el nuevo derecho de los contratos intenta hacerse cargo de la internacionalización de las relaciones comerciales y de la problemática que acarrea que el derecho de obligaciones de los países con tradición romana no responda a la realidad actual, pretendiendo fijar y dar coherencia sistemática al derecho de obligaciones, modernizándolo y adaptándolo al tráfico jurídico imperante en nuestros días¹⁹. Esta modernización, se traduce en una nueva comprensión de la responsabilidad contractual, que reconoce que el contenido vinculante de la relación jurídico-obligacional no se limita al deber de cumplir con una prestación por parte del deudor, sino que también debe considerarse la satisfacción del interés del acreedor. Por ende, la responsabilidad contractual no se agotará en el cumplimiento y la indemnización de daños, sino que se referirá a un sistema general, coherente y articulado de remedios, que incluirá, además, la resolución, la suspensión de la ejecución de la obligación por parte del acreedor y la reducción del precio²⁰. Dicho de otro modo, la responsabilidad contractual “comprendería

¹⁵ El principio de la fuerza obligatoria de los contratos se encuentra recogido en el artículo 1091 del C.C.Esp.: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”; y en el artículo 1545 del C.C.Ch.: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

¹⁶ Puesto que, como sabemos, en un contrato bilateral cada parte es al mismo tiempo acreedora y deudora de la otra.

¹⁷ Sin perjuicio de la existencia de la posibilidad de resolver la convención en virtud de la –mal– llamada condición resolutoria tácita implícita en todo contrato bilateral, consagrada en España y Chile en los artículos 1124 del C.C.Esp. y 1489 del C.C.Ch., respectivamente. Prevenimos que la doctrina moderna niega la naturaleza de condición de ese remedio sinalagmático. No ahondaremos en este punto, pues escaparía largamente al objeto de este trabajo. Sobre el particular, consúltense las siguientes obras: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008); MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011); CLEMENTE MEORO, Mario (2011); y LACRUZ BERDEJO, José (2001). Las dos primeras por Chile y las dos últimas por España.

¹⁸ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 19-20.

¹⁹ Consúltense: NAVARRO FERNÁNDEZ, José (2011), pp. 26 y ss.

²⁰ Para todo, léase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 19 y ss.

la totalidad de los remedios puestos a disposición del acreedor”²¹, la ejecución y la indemnización constituirán dos acciones más dentro de un conjunto de derechos en manos del acreedor para resguardar su interés lesionado por la inejecución.

Ahora bien, el nuevo derecho de la contratación y, en consecuencia, los nuevos postulados en materia de responsabilidad contractual, encuentran su punto de partida en la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), cuyos principios informadores se han ido desarrollando y materializando a lo largo de los años en diversos instrumentos internacionales tendientes a la aludida modernización del derecho obligacional²². De estos instrumentos, destacamos los siguientes: los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PCCI); los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL); el Código Europeo de Contratos o Código de Pavía; el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (DCFR); la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; entre otros²³. Volveremos sobre el contenido de los mencionados acuerdos internacionales en materia de responsabilidad contractual a medida que vayamos avanzando en este trabajo.

Cabe indicar que, independiente de las ratificaciones que cada estado ha efectuado respecto de todos o algunos de los referidos instrumentos internacionales, existen países del contexto europeo continental que han recogido en sus legislaciones internas aspectos propios del nuevo derecho de los contratos. Así por ejemplo, en Alemania, en el año 2002, entró en vigor la *Gesetz zur modernisierung des Schuldrechts* (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones), que introdujo cambios en el Código Civil alemán (BGB) orientados hacia una concepción moderna de la responsabilidad contractual. En España, en tanto, resalta la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMCC), que se diseñó en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, liderada por el académico LUIS DÍEZ-PICAZO, que propone un

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2003), p. 438.

²² Algunos de estos instrumentos son obligatorios en los países que los han ratificado, como la propia CISG. Otros en cambio, solo constituyen *soft law*.

²³ Al respecto, véase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 25 y ss. En Chile, la modernización del derecho obligacional fue, en cierta medida, recogida por el legislador en la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, mediante la creación de un sistema general e integrado de remedios en sede de derecho del consumo. Para ahondar en esta materia, consúltese: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014), pp. 57 y ss.

significativo giro hacia la modernización del modelo de responsabilidad contractual. En este punto, también debemos referirnos al Libro VI del Código Civil de Cataluña (C.C.Cat.), relativo a las obligaciones y los contratos, recientemente aprobado por el Parlamento de Cataluña mediante la Ley 3/2017, de 15 de febrero. En esta legislación foral, es posible hallar una serie de disposiciones que se identifican con el nuevo derecho contractual, así por ejemplo, se incorporan las normas establecidas en la aludida Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, asimismo, se consagra un sistema articulado de remedios a propósito del incumplimiento en la compraventa, concepción propia de la responsabilidad contractual moderna²⁴.

En los acápites venideros, trataremos –someramente– los principales postulados del nuevo derecho de los contratos, que dan lugar a la comprensión moderna de la responsabilidad contractual y que, por consiguiente, directa o indirectamente, influyen en la determinación de los daños indemnizables y su delimitación.

2. NUEVAS TENDENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Dentro de las características fundamentales de la nueva concepción de la responsabilidad contractual que, a su vez, deriva de la modernización del derecho de las obligaciones, existen tres rasgos que llaman particularmente la atención, debido a su novedad y diferencia con algunas de las nociones básicas de la doctrina clásica en la materia. Nos referimos a la construcción de un concepto único de incumplimiento, a la creación de un sistema articulado de remedios y a la exclusión de la culpa en el incumplimiento como elemento de la responsabilidad contractual. A continuación, aludiremos brevemente a cada uno de ellos.

²⁴ Efectivamente, el artículo 621-37 del C.C.Cat., dispone: “Remedios. 1. El comprador y el vendedor, en caso de incumplimiento de las obligaciones de la otra parte contratante, pueden: a) Exigir el cumplimiento específico, de acuerdo con el contrato, que, en el caso del comprador, incluye la reparación o sustitución del bien no conforme; b) Suspender el pago del precio o, en el caso del vendedor, el cumplimiento de sus obligaciones; c) Resolver el contrato; d) Reducir el precio, en el caso del comprador; e) Reclamar la indemnización por daños y perjuicios. 2. El comprador y el vendedor pueden acumular todos los remedios que no sean incompatibles y, en todo caso, pueden acumularlos con la indemnización por daños y perjuicios. 3. Si el vendedor no puede entregar el bien por causas imputables al comprador, se aplica el artículo 621-16. 4. El comprador o el vendedor que ha provocado el incumplimiento del otro no puede recurrir a ninguno de los remedios establecidos por el presente artículo”.

2.1. NOCIÓN UNITARIA DE INCUMPLIMIENTO

Tradicionalmente, el incumplimiento se ha identificado con no ejecutar la prestación, o bien ejecutarla imperfecta o tardíamente, examinándose sus efectos a partir de dos supuestos básicos: la falta de cumplimiento y la ejecución tardía. El problema es que, en la práctica, existen situaciones en las que a pesar que el deudor lleva a cabo una actividad en ejecución de su prestación, a entender del acreedor, esta no correspondería al programa inicial e ideal tenido en vista al contratar y, por ende, no vería satisfecho su interés. Es decir, existiría un cumplimiento imperfecto, hipótesis que si bien puede extraerse de algunas normas de la legislación civil²⁵, no encuentra sus efectos regulados de forma metódica ni tampoco suficientemente trabajados por la teoría clásica a la luz de las obligaciones de objeto fungible, predominantes en el tráfico jurídico actual²⁶.

Atendido lo precedente, en el nuevo derecho de la contratación se propone un concepto unitario de incumplimiento²⁷, capaz de integrar las diferentes hipótesis de insatisfacción del interés del acreedor, incorporando aquellos casos de cumplimientos imperfectos y abarcando otros escenarios problemáticos que podrían darse en la práctica²⁸. Esta noción única de incumplimiento se trabaja sobre una comprensión amplia de obligación contractual, en palabras de VIDAL OLIVARES, “en tanto el contrato representa para el acreedor una garantía de satisfacción de su interés contractual, quien contrata precisamente en consideración a esa satisfacción [...] [el deudor] no se obliga a la ejecución de deberes de conducta predefinidos e individuales o fraccionados, sino a la ejecución de toda aquella actividad que sea razonable esperar de él –habida cuenta las circunstancias del caso– para alcanzar el fin último perseguido: la satisfacción del interés del acreedor”. Agrega este

²⁵ Por ejemplo, del artículo 1101 del C.C.Esp. que reza: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Por su lado, el artículo 1556 del C.C.Ch. dispone: “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”.

²⁶ Estas ideas son explicadas con claridad por: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b), pp. 41 y ss.

²⁷ Debemos apuntar que ni el legislador español ni el legislador chileno han otorgado una definición acerca de qué debe entenderse por incumplimiento o cuándo ha de estimarse que un deudor ha incumplido su obligación, al margen del incumplimiento total.

²⁸ Como sería, por ejemplo, cuando el incumplimiento no diga relación con una obligación principal sino con una obligación accesoria. Véase: PASCUAL ESTEVILL, Luis (1995), pp. 159-160.

autor que “se reemplaza la idea de incumplimiento de obligaciones contractuales por la de incumplimiento del contrato”²⁹.

Bajo este orden de ideas, el artículo 1:301(4) de los PECL, señala que: “*Incumplimiento significa cualquier inejecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato*”³⁰. De esta definición, MORALES MORENO resalta tres características, a saber: su amplitud, ya que es capaz de abarcar todas las manifestaciones posibles del incumplimiento; la contemplación de la falta de satisfacción del interés del acreedor garantizado por el contrato; y su carácter neutro, pues constata de forma objetiva la falta de realización de las exigencias de lo pactado, teniendo como eje la satisfacción –o no– del interés del acreedor³¹. Cabe señalar que en el PMCC español también se propone una definición de incumplimiento desde una perspectiva moderna. Efectivamente, al respecto, el artículo 1188 del PMCC señala: “*Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque*”.

Entonces, podemos observar que, de acuerdo al nuevo entendimiento de la responsabilidad contractual, “[e]s incumplimiento cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo”³². Así, constituirá incumplimiento cualquier transgresión por parte del deudor del compromiso asumido al contratar, ya sea no ejecutando la obligación o ejecutándola imperfecta o tardíamente, ya sea que diga relación con una obligación principal o accesoria. De este modo, se

²⁹ Véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), pp. 449-450.

³⁰ Pese a que la CISG no define qué es el incumplimiento, la idea recogida en los PECL es la misma que se desprende de los artículos 45 y 61 de la referida Convención. De estas disposiciones, es posible apreciar que la CISG “recoge un concepto amplio de incumplimiento contractual, entendido como sinónimo de cualquiera desviación del programa inicial e ideal de prestación convenida por las partes e integrado por la ley uniforme, que produzca la insatisfacción del interés contractual del acreedor. Entonces, el incumplimiento abraza cualquiera discordancia entre lo prometido y debido por el deudor –sea el vendedor o el comprador– y lo verdaderamente ejecutado; quiere decir que el incumplimiento va desde la más absoluta pasividad del deudor (falta de cumplimiento) hasta su actividad defectuosa (cumplimiento imperfecto)”. En esos términos lo expresa: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), p. 451.

³¹ Para todo, consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 29-30.

³² MORALES MORENO, Antonio (2006a), p. 29.

comprenden diversos escenarios y modalidades de incumplimiento, unificándose el sistema de responsabilidad contractual³³.

2.2. SISTEMA ARTICULADO DE REMEDIOS: LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

Como señalamos con anterioridad, la responsabilidad contractual clásica contiene una serie de normativa general que considera al cumplimiento forzado y la indemnización de daños como remedios primordiales frente al incumplimiento. Asimismo, brinda una reglamentación específica para ciertos contratos en particular, regulando situaciones especiales, como sería, por ejemplo, el caso de los vicios ocultos en materia de compraventa, en donde se prevé una acción especial sometida a un plazo corto de prescripción en relación a las acciones generales de cumplimiento y resarcimiento de perjuicios³⁴. De esta manera, conviven una serie de remedios dispersos sin una ordenación armónica. Lo precedente, acarrea problemas a la hora de determinar la procedencia de cada uno de ellos en un caso concreto, además de quedar indefinido si concurriendo un remedio general se excluye el particular o si, por el contrario, puede existir un concurso de remedios –sin quedar claro tampoco en este último caso, cuál primaría y por qué razón–³⁵.

Como también ya expusimos, el nuevo sistema de responsabilidad contractual propone un concepto unitario de incumplimiento y, al hacerlo, permite dar paso a la construcción de

³³ A vía ejemplar, se incluyen en la noción única de incumplimiento los escenarios de saneamientos por evicción o por vicios ocultos, desapareciendo las acciones especiales en esos eventos, los que quedan salvados por el sistema general de remedios. Prevenimos que, en la modernización del derecho obligacional, en materia de compraventa entra en juego el principio de conformidad: “La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa”. Véase: VAQUER ALOY, Antoni (2011), pp. 369 y ss.

³⁴ A propósito de la prescripción de la acción por vicios ocultos, el artículo 1490 del C.C.Esp. estipula un plazo de prescripción de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida, en circunstancias que la regla general es el plazo de 5 años desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligación, según el artículo 1964 N° 2 del mismo texto normativo. En el caso chileno, la prescripción de la acción redhibitoria es de 6 meses respecto de los muebles y de 1 año respecto de los inmuebles, contado en los dos casos desde la entrega real, conforme lo sostenido en el artículo 1866 del C.C.Ch., siendo que la regla general es que el plazo sea de 5 años desde que la obligación se hizo exigible, según apunta el artículo 2515 del aludido cuerpo legal.

³⁵ En la práctica se pueden dar problemas difíciles de resolver, imaginemos, por ejemplo, una empresa de comida rápida que compra al por mayor una gran cantidad de hamburguesas con una concentración determinada de sal, el vendedor entrega exactamente el número de hamburguesas que debía pero con una concentración de sal muy superior a la pactada, a tal punto que las torna incomibles, ¿habría *aliud pro alio*? ¿habría entrega pero las cosas entregadas adolecerían de un vicio oculto?, estas interrogantes se solucionan con el principio de conformidad y la existencia de un conjunto de remedios que operen armónicamente.

un único sistema general de remedios, capaz de articular coherentemente todos ellos. En efecto, en concordancia con la moderna noción de incumplimiento³⁶, el sistema articulado de remedios que se plantea dice relación con una serie de derechos puestos a disposición del acreedor para proteger sus intereses ante un incumplimiento, mecanismos entre los cuales puede optar de forma relativamente libre, y que tienen como objeto la realización de su interés en la prestación, afectado por la inejecución de la misma³⁷. Estos remedios, que integran el contenido mismo de la responsabilidad contractual moderna, son los siguientes: la pretensión de cumplimiento; la resolución; la suspensión de la ejecución de la obligación por parte del acreedor; la reducción del precio; y la indemnización de perjuicios o pretensión indemnizatoria³⁸.

Todos estos remedios se edifican sobre la base del mismo supuesto básico de procedencia que da forma al sistema: el incumplimiento³⁹. Empero, no todos requerirán exactamente los mismos requisitos para su aplicación, sino que existen algunas diferencias entre ellos. Al respecto, lo primero que señalaremos es que la pretensión de cumplimiento y el resarcimiento de daños se aplican indistintamente a las obligaciones unilaterales y bilaterales, debiendo resaltarse, además, que la indemnización de perjuicios es compatible con cualquier otro remedio. Los tres remedios restantes en cambio, solo resultan aplicables tratándose de obligaciones sinalagmáticas, cuestión que emana de su propia naturaleza. En lo sucesivo, explicaremos resumidamente cada uno de estos remedios.

La pretensión de cumplimiento dice relación con “obtener el comportamiento omitido y a obtenerlo en forma específica del mismo modo que debió ser y no fue realizado”⁴⁰, o bien, en el evento de no ser ello posible, alcanzar el cumplimiento por equivalencia, que no es otra cosa que el dinero que reemplaza esa obligación cuya ejecución *in natura* se tornó imposible⁴¹. No obstante que en la doctrina clásica de la responsabilidad contractual se

³⁶ Entendido, básicamente, como cualquier desviación por parte del deudor del programa inicial e ideal tenido en vista al contratar, que conlleve la insatisfacción del interés del acreedor.

³⁷ Para todo, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b), pp. 47 y ss.

³⁸ Podemos apreciar que todos son mecanismos que se conciben en la doctrina tradicional y la legislación civil, sea en la regulación general, sea a propósito de algunos contratos en particular. Sin embargo, son recogidos de forma diseminada y sin una adecuada sistematización.

³⁹ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 30 y ss.

⁴⁰ DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008a), p. 775.

⁴¹ En su momento, señalamos que existen algunos autores que estiman que el cumplimiento en equivalente verdaderamente constituiría una indemnización y no formaría parte de la pretensión de cumplimiento, sino de la indemnizatoria. Por ejemplo: GÓMEZ POMAR, Fernando (2007), pp. 15 y ss. Hacemos presente nuestra discrepancia con lo anterior, al menos desde una perspectiva estrictamente dogmática, ya que, a nuestro

tendía a pensar, a la luz del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, que entre los remedios debía preferirse al cumplimiento en naturaleza, puesto que constituiría el remedio más fiel a lo pactado por las partes⁴², en la nueva comprensión de la responsabilidad contractual, la pretensión de cumplimiento constituye solo un remedio más dentro de este sistema integrado de remedios al que se ha hecho mención⁴³.

La acción de cumplimiento específico tiene como presupuesto elemental el mero hecho del incumplimiento, sin requerir culpa o dolo del deudor. Sin embargo, ello no quiere decir que se conciba de forma absoluta, pues su ejercicio tiene ciertos límites. Por un lado, encontramos la imposibilidad definitiva del cumplimiento de la obligación como límite al cumplimiento específico⁴⁴, “[l]a idea de imposibilidad puede radicar en la extinción del bien en cuestión, siendo este irremplazable, o puede involucrar la inviabilidad de forzar físicamente al deudor a la prestación [en las obligaciones de hacer *intuitu personae*]”⁴⁵. Por otro lado, se establecen otras restricciones basadas en la eficiencia económica del contrato o la buena fe. Así por ejemplo, la pretensión de cumplimiento no será procedente cuando la ejecución resulte contraria a derecho, provoque en el deudor esfuerzos o gastos desproporcionados, o el acreedor pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías⁴⁶. Se aprecia una consideración a las circunstancias de cada caso y al fin del contrato, eso sí, sin dejar de lado el interés del acreedor. En todo caso, la improcedencia de la pretensión de cumplimiento, no implica, *per se*, la inaplicación de otros remedios.

juicio, el cumplimiento por equivalencia difiere de la indemnización de daños propiamente tal, pues, al margen de los apoyos doctrinales existentes en la materia y que citamos en este trabajo anteriormente, el legislador chileno ha diferenciado explícitamente ambas hipótesis en el inciso primero del artículo 1672 del C.C.Ch., precepto que reza: “*Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor*”. Se observa que una cosa es el dinero equivalente al precio de la cosa –*aestimatio rei*– y otra distinta la indemnización. Con todo, del nuevo sistema de responsabilidad contractual se deduce una unidad del remedio indemnizatorio, por lo que esta distinción reduce su importancia en el orden sustantivo. Consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 47 y ss.

⁴² Ello debido al arraigo histórico de la *stipulatio* romana. Consúltese: BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2011), pp. 237 y ss.

⁴³ Entre las disposiciones internacionales que consagran la pretensión de cumplimiento, hallamos las siguientes: artículos 46 1) y 2) y 62 de la CISG; artículos 9:101 y 9:102 de los PECL; artículos 7.2.1 y 7.2.2 de los PCCI; artículos 8:201 y 8:202 de los Principios *Acquis*; por nombrar algunas.

⁴⁴ Aquí aludimos a las obligaciones no dinerarias, ya que las obligaciones dinerarias siempre admitirán el cumplimiento en naturaleza.

⁴⁵ PIZARRO WILSON, Carlos (2014), p. 208.

⁴⁶ En esta dirección apuntan, por ejemplo, las siguientes normas: artículo 7.2.2 de los PCCI; artículo 9:102 (2) de los PECL; y artículo 3.302 del DCFR.

En lo que respecta a la resolución, en la antigua concepción de la responsabilidad contractual, esta se concebía como una condición resolutoria inherente a todo contrato sinalagmático para el evento de que uno de los contratantes no cumpliera lo pactado⁴⁷. En la modernización del derecho obligacional, la resolución “supone una facultad de configuración jurídica, un derecho potestativo de extinción sobrevenida del contrato que, en algunas ocasiones, se le concede al acreedor insatisfecho por el incumplimiento”⁴⁸. En seguida, el supuesto fundamental será, como en todos los remedios, el hecho del incumplimiento, empero, para su procedencia se debe exigir, además, que ese incumplimiento sea de carácter esencial⁴⁹ –algunas normas de derecho comunitario conceden cierta laxitud al respecto, sin requerir esa *esencialidad* sino solo que no se trate de un incumplimiento insignificante⁵⁰.

La pregunta que surge de inmediato es: ¿cuándo el incumplimiento será esencial? En este punto, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 25 de la CISG, en virtud del cual se desprende que el incumplimiento será considerado esencial si causa un perjuicio al acreedor que implique una privación sustancial de lo que este tenía derecho a esperar y que, sumado a aquello, ese resultado haya sido previsible por los contratantes⁵¹. Esta noción de incumplimiento esencial ha sido criticada, aduciéndose que sería ambigua e incompleta, necesitando ser complementada por los principios generales que sustentan la CISG⁵². Para

⁴⁷ Sin perjuicio de que la mayoría de la doctrina española y parte de la chilena discrepan con asignar tal naturaleza a la resolución, tal como señalamos anteriormente. Esta confusión deriva de la redacción y ubicación de los artículos 1124 del C.C.Esp. y 1489 del C.C.Ch., pues se enmarcan en la regulación de las obligaciones condicionales.

⁴⁸ PALAZÓN GARRIDO, María (2011), p. 425.

⁴⁹ En este sentido se orientan las siguientes disposiciones: artículos 49 1) a) y 64 1) a) de la CISG; 9:301 (1) de los PECL; artículo 7.3.1 (1) de los PCCI; entre otras. Idéntico camino parece haber tomado el artículo 1199 del PMCC: “Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial...”.

⁵⁰ En esos términos lo plantea, por ejemplo, el artículo 3.6 de la Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes del consumo.

⁵¹ Artículo 25 CISG: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

⁵² Artículo 7 2) de la CISG: “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

lo anterior, se suele recurrir a los PCCI, en cuyo artículo 7.3.1 (2)⁵³ se puntualizan ciertos criterios para establecer si el incumplimiento es esencial o no⁵⁴.

Sumado a lo precedente, es menester indicar que el moderno modelo de resolución también contempla la aplicación de este remedio en otras dos hipótesis. De una parte, cuando los contratantes, en uso de la autonomía de la voluntad, hayan elevado a la categoría de esencial –o resolutorio– un incumplimiento que naturalmente no lo sería. Por otra parte, cuando el incumplimiento sea calificable de doloso, o bien cuando exista una pérdida de confianza del acreedor acerca del cumplimiento del deudor, como por ejemplo si frente a un cumplimiento imperfecto le concede un plazo adicional para corregir la ejecución y este no lo hace dentro de ese término⁵⁵. Con todo, sea que se trate de un incumplimiento esencial o de alguna de las situaciones descritas recientemente, la resolución se trabaja sobre la idea del interés del acreedor y la protección de la finalidad perseguida al celebrar el contrato⁵⁶.

Un tercer remedio contemplado en el nuevo derecho contractual se identifica con la tradicionalmente denominada excepción de contrato no cumplido, y corresponde a la posibilidad del acreedor de suspender el cumplimiento de su obligación atendido el incumplimiento de la prestación correlativa del deudor. Sobre este mecanismo, debemos resaltar que, para su aplicabilidad, al igual que en la resolución, se requiere que el incumplimiento del deudor sea de carácter sustancial. En este sentido, la suspensión debe ejercitarse de buena fe y de acuerdo a lo razonable de las circunstancias, lo que será

⁵³ El artículo 7.3.1 (2) de los PCCI prescribe: “*Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento*”.

⁵⁴ Para todo, consúltese: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009), pp. 240 y ss. El autor profundiza en la concepción de incumplimiento esencial y expone acerca de este como requisito de la resolución en la modernización del derecho de los contratos.

⁵⁵ En esta dirección se dirigen los siguientes preceptos: artículos 49 2) y 64 2) de la CISG; artículo 9:301 (2) relacionado con el artículo 8:106 (3), ambos de los PECL; artículos 7.3.1 (3) y 7.3.3 de los PCCI; entre otros.

⁵⁶ Existen otras cuestiones interesantes relativas al remedio resolutorio tratadas con ocasión de la modernización del derecho de obligaciones, por ejemplo, la procedencia –o no– de la resolución extrajudicial; la necesidad –o no– de efectuar un aviso al deudor; entre otras. Lamentablemente no podemos indagar en ellas porque escaparíamos por mucho al objeto de este trabajo, sin embargo, hacemos presente que un interesante análisis de aquello lo encontramos en: PALAZÓN GARRIDO, María (2011), pp. 423 y ss.

establecido casuísticamente. Así se colige de diversas disposiciones internacionales que integran el nuevo derecho de la contratación⁵⁷.

Otro remedio más que se prevé en esta unidad del modelo de responsabilidad contractual, es la reducción del precio o contraprestación. La particularidad de este remedio es que es el único que procede tan solo por el mero hecho del incumplimiento⁵⁸. Así, el contratante que haya recibido una prestación diversa a la acordada en el contrato, podrá aceptarla reduciendo el precio en proporción a la diferencia entre lo que haya disminuido el valor de la prestación original respecto a la ofrecida con posterioridad. Si el acreedor opta por utilizar este derecho y reducir el precio, se le veda la posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios por el menor valor de la prestación recibida en relación a la pactada inicialmente, lo que es lógico, pues lo contrario sería permitir al acreedor atentar contra sus propios actos. No obstante, siempre mantendrá su derecho a ser indemnizado respecto de otros daños que pudiese haber sufrido⁵⁹.

Por último, el referido sistema de remedios consagra la pretensión indemnizatoria. En términos amplios, se puede decir que la indemnización de daños corresponde al “pago de una cantidad de dinero para resarcir a la parte perjudicada de los perjuicios derivados del incumplimiento”⁶⁰. Una de las características de la indemnización de perjuicios en este nuevo sistema es que se configura como un remedio de aplicación general para cualquier clase de incumplimiento, incluyendo los cumplimientos imperfecto o tardío. Además, la acción de reparación se puede ejercer de forma autónoma o complementaria con alguno de los otros remedios⁶¹. Sumado a lo antepuesto, como veremos en el apartado siguiente, para

⁵⁷ La exigencia de que la inejecución del deudor sea sustancial la contempla el artículo 71 1) de la CISG, que dispone: “Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones...”. Este derecho de suspensión se recoge también en las siguientes disposiciones: artículo 9:201 de los PECL; artículo 7.1.3 de los PCCI; entre otras. Además, debemos destacar que el artículo 1191 del PMCC menciona expresamente la necesidad que el acreedor invoque este remedio de buena fe y, conforme a ella, decida suspender la ejecución de su obligación.

⁵⁸ Consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 31-32.

⁵⁹ Lo explicado, se colige del artículo 50 de la CISG; del artículo 9:401 de los PECL; por nombrar algunas disposiciones que sustentan lo dicho. En España, los artículos 1197 y 1198 del PMCC consagran el derecho a la rebaja del precio en el mismo sentido.

⁶⁰ GÓMEZ POMAR, Fernando (2007), p. 19.

⁶¹ En Chile, tan sólo en los últimos años, fruto de una nueva interpretación del artículo 1489 del C.C.Ch., se ha admitido por la jurisprudencia el ejercicio autónomo de la acción resarcitoria en materia contractual frente a incumplimientos de contratos sinalagmáticos. Tradicionalmente, se exigía para la procedencia de la acción indemnizatoria una acción de sustento que la acompañara, ya sea de cumplimiento o resolución. Para un estudio acabado del tema, véase: LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010), pp. 65 y ss.

su procedencia no se requiere culpa –requisito imprescindible en el marco de la responsabilidad contractual clásica–⁶².

Lo anterior, no implica una responsabilidad automática, toda vez que el resarcimiento de perjuicios encuentra su límite en el ámbito o esfera jurídica de imputación de riesgo, que viene a reemplazar al factor subjetivo de culpabilidad⁶³. En efecto, se eximirá del pago de la indemnización de daños al deudor cuando el incumplimiento provenga de impedimentos ajenos a su voluntad y al marco de control de este y que, además, no sea posible pretender, razonablemente, que el deudor debiese haber previsto tal impedimento o evitar el mismo y sus consecuencias. En otras palabras, se requiere un impedimento imprevisible, irresistible y que escape al control del deudor. Con todo, es menester hacer presente que la exclusión de responsabilidad por daños no constituye un impedimento para que el acreedor ejerza otro remedio diverso al resarcimiento⁶⁴.

2.3. AUSENCIA DE CULPA Y ATRIBUCIÓN DE RIESGOS

Como se desprende de lo que se ha venido exponiendo, en el moderno derecho obligacional el incumplimiento corresponde a un hecho objetivo consistente en cualquier transgresión del programa ideal que los contratantes tuvieron en vista al celebrar el contrato, implicando la insatisfacción del interés del acreedor. En consecuencia, al tratarse de un hecho objetivo y neutro, el incumplimiento surtirá efectos con absoluta independencia de la culpa del deudor. Estos efectos, dicen relación con el sistema articulado de remedios que tiene a su disposición el acreedor afectado, conforme describimos, a rasgos generales, en el acápite que antecede.

De esta manera, el resarcimiento de perjuicios no requiere el criterio de imputación subjetivo de culpabilidad, exigido en la responsabilidad contractual clásica, si no que este es reemplazado por otro sistema de imputación: la atribución de riesgos. De conformidad a

⁶² Para todo lo indicado, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), pp. 453 y ss. Ahora bien, en el plano de los instrumentos internacionales que integran el nuevo derecho de los contratos y que consagran la indemnización de perjuicios bajo los parámetros reseñados, debemos poner énfasis en las siguientes normas: artículos 74 y ss. de la CISG; artículos 9:501 y ss. de los PECL; artículos 7.4.1 y ss. de los PCCI; artículos 8:401 y ss. de los Principios *Acquis*; entre otras. En la misma línea se encuentran los artículos 1205 y ss. de la PMCC.

⁶³ Como se explica en: MORALES MORENO, Antonio (2006a), pp. 51 y ss.

⁶⁴ Esta exoneración de responsabilidad respecto al resarcimiento de perjuicios se prevé, por ejemplo, en los siguientes preceptos: artículo 79 de la CISG; artículo 9:501 (1) en concordancia con el artículo 8:108, ambos de los PECL; artículo 8:401 (2) de los Principios *Acquis*; por nombrar algunos. Misma idea expresa el artículo 1209 del PMCC español.

este último criterio, se delimita un ámbito de control del deudor dentro del cual siempre será responsable del incumplimiento. Así, “[e]l deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido por ese incumplimiento [...] [e]s, además, un sistema adecuado a la consideración de la vinculación contractual como garantía de un resultado (satisfacción del interés del acreedor)”⁶⁵. Así pues, se atribuye al deudor el riesgo de la inejecución.

Se puede apreciar entonces que el deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor, tomando para sí dos riesgos. Por un lado, que se produzca el incumplimiento y, por otro lado, que esa inejecución le cause perjuicios al acreedor. Bajo este orden de ideas, de acaecer el incumplimiento, se entenderá que ocurrió porque el deudor no logró mantener bajo control uno de los riesgos que había asumido y que estaba en su ámbito de protección –el hecho del incumplimiento–, y si ello ocasiona una lesión al interés del acreedor, tendrá que responder por aquellos perjuicios, pues se comprende que también se le escapó de las manos el otro riesgo tomado al celebrar el contrato –que el incumplimiento le cause daños a su contraparte–⁶⁶. Lógicamente, lo precedente debe comprenderse sin perjuicio de lo indicado en el acápite anterior, en el entendido que si bien estamos frente a una responsabilidad objetiva, esta no opera en términos absolutos, sino que el deudor puede liberarse de responder por los daños causados al acreedor en el evento que el incumplimiento se deba a un impedimento que escape a su ámbito de control y que, atendido un parámetro de razonabilidad, no pueda haber sido previsible al celebrar el contrato, ni salvar sus nocivos resultados⁶⁷.

Por ende, y atendida la exigua posibilidad que tiene el deudor de eximirse de responsabilidad, debemos entender que, en materia de indemnización de perjuicios, el ámbito o esfera de control de riesgos que asume el deudor abarcará, en principio, todos

⁶⁵ MORALES MORENO, Antonio (2006a), p. 52.

⁶⁶ Estas ideas son explicadas claramente por: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), pp. 450 y ss. El autor habla de una responsabilidad estricta, tomando en consideración las escasas posibilidades del deudor para eximirse de responder por los daños causados por el incumplimiento. Más difícil todavía será evadir la aplicación de la totalidad de los remedios que integran el sistema, por algún medio el acreedor llegará a la satisfacción de su interés.

⁶⁷ Al respecto, resulta ilustrativo el artículo 79 1) de la CISG, precepto que reza: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”.

aquellos daños que razonablemente se podían prever al momento de celebrar el contrato. Ello, no obstante la reglamentación atingente a la determinación de los perjuicios que, en definitiva, serán objeto de reparación, cuestión que dice relación con materias de fondo de este trabajo y que, por consiguiente, la abordaremos en el capítulo correspondiente. De momento, nos interesa subrayar la ausencia en el nuevo modelo de responsabilidad contractual del elemento culpa –en cuanto reproche de conducta respecto al contratante incumplidor– como requisito de procedencia de la indemnización de perjuicios⁶⁸, aspecto que marca una gran diferencia con la comprensión tradicional de la responsabilidad contractual, sustituyéndose el referido elemento por la atribución del riesgo al deudor en los términos que se han señalado.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: ALGUNOS MATICES RESPECTO A LOS PERJUICIOS RESARCIBLES

En sede de responsabilidad civil, clásicamente se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual. Como es sabido, genéricamente, la primera se caracteriza por la existencia de una relación contractual previa entre las partes cuyo incumplimiento puede devenir en la obligación del deudor de reparar los perjuicios ocasionados al acreedor; a su turno, la segunda dice relación con la obligación de resarcir el daño causado a otra persona producto de la comisión de una conducta dolosa o culposa –hecho ilícito–, identificándose por la inexistencia de una relación previa entre autor y víctima.

Sin perjuicio de que, por una parte, tendencias doctrinales modernas abogan por la unificación del régimen de responsabilidad civil⁶⁹ y que, por otra parte, quienes prefieren mantener la diversificación argumentan una serie de diferencias entre los dos ámbitos de responsabilidad⁷⁰, en el presente apartado nos centraremos en exponer, en términos

⁶⁸ Recordemos que tampoco se exige culpabilidad para la procedencia de los otros remedios: el incumplimiento es objetivo.

⁶⁹ Consúltense, por todos: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015), pp. 91 y ss. En todo caso, prevenimos que este autor explica que su posición tiende a una unificación moderada y no absoluta entre ambos regímenes de responsabilidad. Así lo reafirma en: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016), pp. 73 y ss.

⁷⁰ Véanse, por España y Chile, respectivamente: PASCUAL ESTEVILL, Luis (1995), pp. 119 y ss.; y CORRAL TALCIANI, Hernán (2003), pp. 28 y ss.

generales, aquellas distinciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual que únicamente incumban a los perjuicios indemnizable en cada caso. Lo anterior, no obstante que algunas de las diferencias clásicas entre estas dos esferas de responsabilidad varían al asumir la nueva concepción de responsabilidad contractual⁷¹.

Pues bien, una primera diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual en lo que al daño se refiere, dice relación con la posibilidad que tienen los contratantes de avaluar anticipadamente los perjuicios a través de una cláusula penal, cuestión inconcebible en la responsabilidad extracontractual, toda vez que no existe una relación previa entre autor y víctima, por lo tanto, malamente podrían avaluar los daños con anticipación a su producción. Esta distinción es relevante en lo que concierne a la delimitación del perjuicio resarcible, el que en sede contractual, en principio, se limitará a lo estipulado por los contratantes.

Al margen de ese primer punto de desencuentro, las grandes diferencias que históricamente se han marcado entre el campo contractual y el aquiliano vienen dadas por la extensión de la obligación de indemnizar en cada esfera de responsabilidad —entendiendo que no ha mediado cláusula penal alguna o, dicho de otro modo, que los contratantes nada han previsto al respecto—. En efecto, usualmente se ha esgrimido que la extensión de la obligación de resarcir sería más restringida en sede contractual, puesto que no se comprenderían los daños imprevistos, salvo que medie dolo⁷², ni tampoco sería factible indemnizar el daño moral. Aquello, en contraposición a lo que ocurriría en el campo de la responsabilidad por delito o cuasidelito civil, en donde tendría absoluta vigencia el principio de reparación integral del daño y, por tanto, la dimensión de los perjuicios a indemnizar sería mayor⁷³.

Sin embargo, hoy en día esta supuesta diferencia en torno a la extensión del daño resarcible puede ser discutida o, al menos, considerablemente matizada. Así es, en primer

⁷¹ Así por ejemplo, en materia de imputabilidad, con el sistema moderno de responsabilidad contractual ya no se exige culpa, por consiguiente, se marca una nueva diferencia entre este ámbito de responsabilidad y la extracontractual, inexistente si se sostiene el modelo clásico de responsabilidad contractual.

⁷² En tal evento, conforme lo disponen los artículos 1107 del C.C.Esp. y 1558 del C.C.Ch., el deudor también responderá de aquellos daños imprevistos. Lógicamente, siempre que exista relación de causalidad entre el incumplimiento y el menoscabo imprevisible.

⁷³ Así se desprendería, supuestamente, de los artículos 1556, 1558, 2317 y 2329 del C.C.Ch.; y de los artículos 1106, 1107 y 1902 del C.C.Esp., tal como exponen, efectuando un análisis crítico: CORRAL TALCIANI, Hernán (2003), pp. 30-31; y RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2007), pp. 239 y ss., aludiendo a los casos de Chile y España, respectivamente.

término, a nivel jurisprudencial tanto en Chile como en España, actualmente no existen dudas acerca de la procedencia de la indemnización del daño moral en materia de responsabilidad contractual⁷⁴. Todavía más, algunos de los instrumentos de *soft law* que integran el nuevo derecho de la contratación reconocen expresamente la posibilidad de indemnizar daños no pecuniarios o no económicos a raíz de un incumplimiento contractual⁷⁵. Lo anterior, no quiere decir que el resarcimiento por daño moral esté libre de problemas en el nuevo modelo de responsabilidad contractual, por el contrario, aún no hay claridad en torno a precisar con exactitud qué conceptos abarca el daño extrapatrimonial ni menos cómo o bajo qué criterios el juez debe determinar el *quantum* indemnizatorio de los perjuicios morales⁷⁶. Por ahora, no profundizaremos en estas problemáticas ni su tratamiento en el moderno sistema de responsabilidad contractual, pues nos parece una materia propia de los asuntos de fondo de este trabajo, de manera que nuestras ideas al respecto las desarrollaremos más adelante.

Por último, es dable señalar que la efectividad de que actualmente el principio de reparación integral del daño sea exclusivo de la responsabilidad aquiliana es refutable, toda vez que en materia de daños, en el moderno derecho de los contratos, también es posible concebir la vigencia de este principio dada la aceptación del resarcimiento del daño moral. Eso sí, adelantamos, la extensión del daño reparable tendrá como uno de sus criterios la razonable previsibilidad de los perjuicios al momento de celebrar el contrato, identificándose con la esfera de protección del deudor a la que aludimos en el acápite anterior⁷⁷.

⁷⁴ Como expondremos en el segundo capítulo de este trabajo, en el caso de España, desde el año 1984 el Tribunal Supremo de ese país ha reconocido de forma prácticamente uniforme la posibilidad de resarcir el daño moral a propósito de un incumplimiento contractual. El mismo fenómeno ha acaecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, aunque algo más tardío, a partir del año 1994. Sobre el particular, véase: RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), pp. 675 y ss.

⁷⁵ En esta dirección se encuentran las siguientes disposiciones: artículo 9:501 (2) (a) de los PECL; artículo 8:402 (4) de los Principios Acquis; y artículo 3:701 (3) del DCFR.

⁷⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN critica que gran parte de la jurisprudencia española acepte sin mayores limitaciones el resarcimiento por daño moral en materia contractual, proponiendo que la reparación por esta clase de daño proveniente de un incumplimiento se limite a través de dos criterios: la previsibilidad del daño y que el menoscabo moral sea de una cierta entidad. Lo precedente, no obsta a que, a su juicio, se deba preferir una concepción amplia de daño moral. Consúltese: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2007), pp. 255 y ss.

⁷⁷ Sumado a lo indicado, hay autores que plantean que en materia extracontractual, al igual que en la contractual, tampoco se deben indemnizar los daños absolutamente imprevisibles, puesto que aquello implicaría pasar por alto el nexo causal exigido entre la conducta y el daño para configurar el ilícito civil. Sin perjuicio de lo cual el juicio de previsibilidad de los daños en una y otra área sí puede ser distinto. Sobre este asunto, véase: CORRAL TALCIANI, Hernán (2003), pp. 30 y ss.

CAPÍTULO II

PERJUICIOS INDEMNIZABLES EN EL NUEVO DERECHO DE LOS CONTRATOS

Examinadas las nociones generales sobre responsabilidad contractual en el moderno derecho de la contratación y sus principales postulados, estamos en condiciones de adentrarnos en las materias de fondo de este trabajo. En el presente capítulo, nos referiremos a los perjuicios que resultan resarcibles en el moderno derecho contractual, a la luz de la actual construcción del remedio indemnizatorio descrita en el capítulo anterior.

1. GENERALIDADES: DEL DAÑO INDEMNIZABLE Y LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como expusimos en su oportunidad, la nueva concepción de responsabilidad contractual recoge un sistema articulado de remedios dispuestos a favor del acreedor para hacer frente al incumplimiento. Luego, la indemnización de daños constituye un remedio más dentro de este sistema, caracterizándose por ser de aplicación general para cualquier clase de incumplimiento –ya sea total, parcial o tardío–, y compatible con los otros remedios. Además, hoy el incumplimiento se considera objetivo y, por consiguiente, se excluye a la culpa como requisito de procedencia de la indemnización. En este sentido, el resarcimiento de perjuicios operará aún cuando el incumplimiento no le sea imputable al deudor, salvo que la inejecución derive de impedimentos totalmente ajenos a su voluntad y ámbito de control, y que tampoco sea posible pretender que el deudor razonablemente debiese haber previsto o evitar aquél impedimento y sus consecuencias.

Atendido lo precedente, es posible afirmar que los presupuestos del deber de indemnizar varían en el moderno derecho contractual, actualmente no se requiere un incumplimiento imputable a título de dolo o culpa del deudor, sino simplemente que se haya producido el incumplimiento y consecuencialmente un daño al acreedor. En seguida, “la mera diligencia no suele ser una de las excusas admisibles; éstas se limitan a la imprevisibilidad del perjuicio, o a un impedimento ajeno al control del deudor que

constituya un riesgo que de acuerdo con lo pactado o la naturaleza del contrato no pueda ser considerado, evitado o superado por el deudor”⁷⁸. Con todo, la ausencia de imputabilidad en el incumplimiento como presupuesto del remedio indemnizatorio no implicaría que el aspecto subjetivo del deudor sea dejado en el completo olvido, toda vez que, al igual que en el modelo tradicional⁷⁹, este sería un elemento importante a la hora de determinar la extensión del daño indemnizable pues, de existir dolo o culpa grave, el contratante incumplidor también debería responder por los daños imprevistos⁸⁰.

Ahora bien, la finalidad de la indemnización sigue siendo compensatoria, es decir, “[l]a función del remedio indemnizatorio es resarcir el daño causado por el incumplimiento del contrato. Es presupuesto necesario el que el incumplimiento produzca un daño. El incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible”⁸¹. Luego, el principio que regirá la materia será el de reparación integral del daño, “según el cual la indemnización tiene como finalidad restablecer en lo posible el equilibrio de intereses destruido por el incumplimiento [...] [lo que representa] la esencia del remedio resarcitorio”⁸². De este modo, podemos apreciar que el principio de reparación integral del daño actuará como fundamento y límite de la indemnización, puesto que, por un lado, deberán resarcirse todos aquellos daños ocasionados por el incumplimiento –sin perjuicio de la limitación proveniente de la previsibilidad de estos y del ámbito de control del deudor– y, por otro lado, se descarta que, por regla general, la indemnización pueda ser una fuente de enriquecimiento del acreedor o que puedan concebirse los denominados daños punitivos⁸³.

⁷⁸ BARROS BOURIE, Enrique (2009), pp. 177-178.

⁷⁹ En tal dirección apuntan el artículo 1107 del C.C.Esp. y el artículo 1558 del C.C.Ch.

⁸⁰ Así se desprende de, por ejemplo, las siguientes normas internacionales: artículo 9:503 de los PECL y artículo 3:703 del DCFR. Mismo criterio sigue el artículo 1208 del PMCC español. Desde ya, adelantamos nuestro desacuerdo en el resarcimiento de daños imprevisibles, aún mediando dolo, como explicaremos más adelante.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; ROCA TRÍAS, Encarnación; y MORALES MORENO, Antonio (2002), p. 370.

⁸² PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1654.

⁸³ Los daños punitivos hacen referencia a “sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes”. Véase: GARCÍA MATAMOROS, Laura y HERRERA LOZANO, María (2003), p. 213. Con todo, prevenimos que en materia laboral, excepcionalmente, el legislador español acepta la procedencia de los daños punitivos en el artículo 164.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. En esta norma, se dispone que las prestaciones económicas causadas en un accidente de trabajo o por una enfermedad profesional se aumentarán entre un treinta y cincuenta por ciento, según la gravedad de la falta, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones que carezcan de los medios de protección reglamentarios o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o de adecuación personal al trabajo, considerando las

Como consecuencia del referido principio, el resarcimiento tendrá como finalidad el interés positivo, es decir, buscará “colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no se hubiera producido la lesión contractual, esto es, si el crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado”⁸⁴. En efecto, “la indemnización de los daños y perjuicios tiene por objeto resarcir al acreedor del interés positivo o del cumplimiento”⁸⁵. Lo anterior, es posible colegirlo de diversas normas que integran el nuevo derecho de los contratos⁸⁶. De esta forma, se restringe la posibilidad de indemnizar el interés negativo, entendido este último como aquel que “persigue colocar al acreedor en la situación que tenía antes de que fuera perfeccionado el contrato”⁸⁷, sin perjuicio de la discusión que podría plantearse en torno a si, a propósito de una indemnización devenida de la resolución de un contrato y considerando los efectos propios de este remedio, correspondería indemnizar el interés contractual positivo o el negativo⁸⁸.

Llegado a este punto, cabe preguntarse ¿qué perjuicios en concreto resultarán indemnizables?, para responder esta pregunta, debemos hacernos cargo de dos aspectos. De una parte, establecer qué clases de menoscabos podrá alegar el acreedor como daño indemnizable y, de otra parte, determinar cuáles de esos perjuicios resarcibles se encuentran

características personales del trabajador. Ahora bien, recoger de forma expresa y general los daños punitivos resulta problemático, toda vez que los diversos ordenamientos consagran diferentes manifestaciones excepcionales de daños punitivos, lo que genera serias dudas acerca de un reconocimiento expreso y general a nivel legislativo. Sobre este último asunto, véase: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2012), pp. 13 y ss.

⁸⁴ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1655.

⁸⁵ MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 235.

⁸⁶ Entre estas disposiciones, hallamos las siguientes: artículo 9:502 de los PECL; artículo 7.4.2 de los PCCI; artículo 8:402 de los Principios *Acquis*; y artículo 3:702 del DCFR. Esta última norma previene que “[e]l cálculo de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación por el deudor se hará de forma que coloque al acreedor en una posición lo más próxima posible a la que hubiera tenido si la obligación hubiera sido debidamente cumplida...”. Se observa la preferencia a la indemnización del interés positivo por sobre el negativo.

⁸⁷ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1655.

⁸⁸ Para un análisis exhaustivo de este problema, consúltese: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan (2011), pp. 85 y ss. De cualquier forma, pareciera ser que incluso en el evento de una resolución, la indemnización buscaría resarcir el interés positivo, así se desprende, por ejemplo, de la última parte del artículo 75 de la CISG, que se remite al artículo 74 del cual se colige el resarcimiento del interés positivo. Artículo 75 CISG: “*Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*”; artículo 74 CISG: “*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*”.

causalmente ligados al incumplimiento y, por ende, podrán ser atribuidos a este, generando en el deudor la obligación de indemnizar. En palabras de PALAZÓN GARRIDO, el primer aspecto se trata de un *problema de comprensión*, mientras que el segundo implica un *problema de extensión*⁸⁹. A esta última problemática nos referimos en el último capítulo de este trabajo, donde abordaremos el problema referente a la delimitación del daño resarcible.

En cuanto a la interrogante sobre qué daños se encuentran comprendidos dentro de los perjuicios resarcibles, que no es otra cosa que preguntarse qué daños son indemnizables, al examinar la diversa normativa que integra el moderno derecho de los contratos, es posible observar que el daño indemnizable comprenderá tanto los perjuicios patrimoniales, esto es, daño emergente y lucro cesante, como el daño moral⁹⁰. En esta última clase de daño, la novedad viene dada por su reconocimiento expreso. En materia de daño económico, para que este sea indemnizable debe ser cierto, es decir, el perjuicio debe ser real o efectivo y no meramente hipotético⁹¹, y tratándose de daños futuros, tendrá que establecerse con un grado razonable de certeza su ocurrencia.

En síntesis, los daños indemnizables se identifican con todos aquellos perjuicios económicos o no económicos, incluyendo los futuros cuya ocurrencia sea razonablemente cierta, y que hayan sido previsibles para el deudor al momento de celebrar el contrato, o que razonablemente debió prever como consecuencia probable de su incumplimiento, salvo que haya obrado con dolo o culpa grave, en cuyo caso también responderá de los daños imprevistos, no obstante lo que exponemos al respecto en el último capítulo. Todo lo cual, se entiende sin perjuicio de que la inejecución sea excusable por un impedimento que escape a la esfera de control del deudor.

2. DEL DAÑO ECONÓMICO

Hemos elegido la expresión daño económico en atención a los términos utilizados por el DCFR al regular este tipo de daños⁹². Así, cuando aludimos al daño económico estamos

⁸⁹ Véase: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), pp. 1657-1658.

⁹⁰ Así lo ha reconocido, por ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena (2003), pp. 607 y ss.

⁹¹ Así se desprende, por ejemplo, del artículo 7.4.3 de los PCCI y del artículo 3:701 (2) del DCFR.

⁹² Artículo 3:701 (3) del DCFR: “*Los daños y perjuicios incluyen los daños y perjuicios pecuniarios y no pecuniarios. Los daños y perjuicios pecuniarios incluyen el lucro cesante, las cargas incurridas y la disminución del valor de la propiedad. Los daños y perjuicios no pecuniarios incluyen el dolor y el*

refiriéndonos a aquellos daños de carácter patrimonial o pecuniario causados por el incumplimiento, es decir, que repercuten directamente en el patrimonio del acreedor⁹³. Al igual que en el modelo tradicional⁹⁴, en el moderno sistema de responsabilidad contractual dentro de los daños patrimoniales se distinguen dos clases de perjuicios, a saber: el daño emergente y el lucro cesante⁹⁵. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

2.1. DAÑO EMERGENTE

El daño emergente es aquel “perjuicio patrimonial que se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño”⁹⁶. En otras palabras, se identifica con la disminución efectiva y real que el acreedor experimenta en su patrimonio con ocasión del incumplimiento del deudor, entrañando una deducción en su activo. Dentro de las partidas que comprende el daño emergente se encuentra la pérdida, destrucción o deterioro de una cosa, y cualquier clase de gasto en que haya incurrido el acreedor como consecuencia de la inejecución, tales como gastos de transporte, por gestiones bancarias, por renegociación de la operación de reemplazo, entre otros⁹⁷. En la misma dirección, se ha señalado que el daño emergente incluye “el valor de la prestación no realizada (o el complemento en la realizada defectuosamente), así como el producido por la destrucción o deterioro de la cosa

sufrimiento, así como cualquier afectación en la calidad de vida”. En su redacción en inglés, esta norma habla de *economic loss* y *non-economic loss*. Consúltase: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 234.

⁹³ Prevenimos que no se deben confundir los daños económicos, en el sentido que le hemos atribuido anteriormente, con aquellos a los que parte de la doctrina, inspirada en conceptos del *common law*, ha denominado *daños puramente económicos*, los que se asemejarían con un “perjuicio distinto a un daño en la persona o propiedad de la víctima directa y distinto a las consecuencias económicas indirectas que la víctima directa sufre como efecto de la lesión en su persona o bienes”. Así los describe: GÓMEZ POMAR, Fernando (2004), p. 3. Un ejemplo de *daño puramente económico* sería la pérdida de oportunidad de ganancia por un hecho dañoso que supone el incumplimiento de un contrato del cual no era parte el perjudicado. Para los efectos de este trabajo, esos *daños puramente económicos*, de recaer en el acreedor y no constituir lucro cesante, podrían reconducirse vía daño moral, toda vez que carecerían de la certidumbre necesaria para catalogarlos de daño patrimonial y, por ende, solo cabría considerarlo como un daño no patrimonial. Con todo, el estudio de los *daños puramente económicos* es complejo y de largo aliento, de modo tal que profundizar en el mismo excede latamente el objeto de este trabajo. No obstante, para ahondar en esta materia, puede consultarse: GÓMEZ POMAR, Fernando (2004), pp. 1 y ss.

⁹⁴ Como se colige del artículo 1106 del C.C.Esp. y del artículo 1556 del C.C.Ch.

⁹⁵ Así se desprende de las siguientes normas: artículo 74 de la CISG; artículo 9:501 de los PECL; artículo 7.4.2 (1) de los PCCI; artículo 8:402 (2) de los Principios *Acquis*; artículo 3:701 (3) del DCFR. Idéntica idea se contempla en el artículo 1207 del PMCC.

⁹⁶ VICENTE DOMINGO, Elena (2003), p. 609.

⁹⁷ Consúltase: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), pp. 464-465.

propiedad del acreedor objeto de la obligación de conservar o restituir; pero también los gastos hechos por el acreedor que el incumplimiento torna inútiles, o los consistentes en la destrucción o deterioro de bienes del acreedor (aun no patrimoniales) causados por la falta de ejecución o prestación defectuosa”⁹⁸.

Si bien la alusión al daño emergente, en cuanto daño indemnizable, también es posible encontrarla en el entendimiento clásico de la responsabilidad contractual, en el nuevo derecho de los contratos, concretamente en el DCFR, la novedad viene dada por un intento de definir de manera más específica sus contornos. En efecto, mientras el artículo 1106 del C.C.Esp. y el artículo 1556 del C.C.Ch. se limitan a mencionar que será indemnizable la pérdida o el daño emergente⁹⁹ –mismo camino siguieron el artículo 74 de la CISG y el artículo 9:502 de los PECL, preceptos que se refieren al daño emergente simplemente como las pérdidas sufridas como consecuencia del incumplimiento–, el artículo 7.4.2 de los PCCI y el artículo 3:701 (3) del DCFR realizan un esfuerzo por concretar con más pulcritud qué menoscabos constituirán la partida del daño emergente.

La primera de estas normas, dispone que el “*daño comprende cualquier pérdida sufrida [...], teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios*”. A su turno, el referido precepto del DCFR esgrime que los daños y perjuicios pecuniarios incluyen “*las cargas incurridas y la disminución del valor de la propiedad*”. Se observa entonces que, además de las pérdidas propias de la inexecución del contrato, el daño emergente también incluirá los gastos o cargas que debió realizar el acreedor con ocasión del incumplimiento. Lo precedente, permite al intérprete establecer con mayor certeza qué daños, de los alegados por el acreedor, corresponden a daño emergente y, por consiguiente, resultarán resarcibles por este concepto.

Con todo, creemos que aún falta camino por avanzar en relación a la determinación del real alcance de esta clase de daño¹⁰⁰, fundamentalmente en lo que respecta a distinguir

⁹⁸ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1658.

⁹⁹ El artículo 1106 del C.C.Esp. señala: “*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*”. A su turno, el artículo 1556 del C.C.Ch., indica en lo pertinente: “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”.

¹⁰⁰ Lamentablemente, el artículo 1207 del PMCC siguió el camino clásico refiriéndose únicamente a las pérdidas. Lo anterior, se explica porque el DCFR no fue tomado en cuenta a la hora de elaborar el PMCC. Véase: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), pp. 453 y ss.

correctamente el daño emergente futuro respecto del lucro cesante. Así por ejemplo, no es lo mismo la depreciación futura que puede padecer un bien inmueble –que aún no ocurre pero se sabe con certeza que ocurrirá– que el precio que el mismo bien puede alcanzar en una venta futura. En el primer caso, estamos frente a un daño emergente futuro, mientras que en el segundo hablaremos, eventualmente, de lucro cesante. En un caso concreto, lo anterior puede ser trascendente a la hora de dar por acreditado –o no– un determinado daño¹⁰¹. Más todavía considerando lo restrictivos que han sido los tribunales chilenos y españoles en el resarcimiento del lucro cesante, como veremos en lo sucesivo.

2.2. LUCRO CESANTE: NUEVAS PERSPECTIVAS

En términos generales, el lucro cesante consiste en la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor producto del incumplimiento¹⁰². En otras palabras, “son las ventajas cuya adquisición por el acreedor ha sido frustrada precisamente por el incumplimiento; el incremento neto que el dañado habría conseguido mediante el empleo de la prestación incumplida o negociando con ella”¹⁰³. De este modo, esta clase de daño afecta al acreedor en cuanto le impide incrementar su patrimonio y obtener utilidades o ganancias que, de haberse cumplido la obligación en los términos pactados al momento de celebrar el contrato, habría obtenido.

Luego, el lucro cesante reviste un aspecto económico y otro jurídico. En primer término, será económico, en el entendido que comprende una ganancia esperada y prevista por el acreedor al celebrar el contrato, pero que no logró alcanzar. En seguida, este aspecto económico devendrá en jurídico, toda vez que para determinar si ese daño es resarcible, deberemos detenernos en la causa de la frustración de esa ganancia y esta causa, en el ámbito de la responsabilidad contractual, será el incumplimiento. De esta manera, el lucro

¹⁰¹ Al respecto, consúltese: VICENTE DOMINGO, Elena (2014), pp. 30 y ss.

¹⁰² Esta noción la encontramos en el artículo 1106 del C.C.Esp., y es reiterada en las siguientes normas de derecho privado europeo: artículo 74 de la CISG; artículo 9:502 de los PECL; artículo 8:402 (2) de los Principios *Acquis*; y artículo 7.4.2 (1) de los PCCI. El artículo 1556 del C.C.Ch. simplemente enuncia que el lucro cesante es resarcible, mismo camino que siguió el artículo 3:701 (3) del DCFR. En el caso de Chile, la jurisprudencia ha entendido igualmente que el lucro cesante dice relación con “la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación, o, dicho de otro modo, es la ganancia frustrada sobre la base de lo que probablemente habría ganado el acreedor”. Véase: Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 13 de marzo de 2017, Rol N° 30979-2016.

¹⁰³ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1658.

cesante puede consistir en una ganancia frustrada, una pérdida de beneficio, una reducción del volumen de facturación, una ayuda económica perdida, entre otros perjuicios¹⁰⁴.

Ahora bien, el lucro cesante plantea dos problemas: uno a nivel probatorio y otro relativo a la imputación objetiva o jurídica de esta clase de daño al deudor¹⁰⁵. El problema referente a la prueba del lucro cesante, estriba en que, tanto en Chile como en España, la jurisprudencia dominante ha sido reacia a la hora de conceder indemnizaciones por este concepto de perjuicio, manteniendo una postura restrictiva mediante la exigencia de un alto estándar probatorio en lo concerniente a la determinación de la certeza del daño. Así, se sostiene que el lucro cesante no escapa al requisito relativo a que el daño patrimonial, para ser indemnizable, debe ser cierto –esto es, real o efectivo–, excluyéndose cualquier daño eventual, meramente hipotético o que constituya meros sueños de fortuna¹⁰⁶. Este problema, “proviene de que este tipo de daño, por lo general, se produce y se concreta en el futuro; y como tal, entraña siempre ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta del acreedor. Ello explica la general cautela de los tribunales en su reconocimiento”¹⁰⁷.

Para salvar esta dificultad probatoria, la solución que se ha propuesto por algunos autores consiste en atender a un criterio de razonable probabilidad de producción del lucro

¹⁰⁴ Para todo, consúltese: VICENTE DOMINGO, Elena (2014), pp. 8 y ss. El Tribunal Supremo de España, ha esgrimido que “el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto de los daños materiales, cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado”. Véase: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2005, N° ROJ: 621/2005.

¹⁰⁵ Estos problemas son planteados y analizados por: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 24 y ss.

¹⁰⁶ Al respecto, la Corte Suprema chilena ha señalado lo siguiente: “sea que se trate de daño emergente o lucro cesante y conforme es opinión unánime en la doctrina, para que el daño dé lugar a reparación debe, en primer término y contrariamente a lo que se propone en el recurso, ser cierto. La exigencia que el daño, para resultar reparable por la vía de la indemnización, sea cierto quiere significar que debe ser real o efectivo, esto es, tener existencia. La afirmación importa rechazar la indemnización del daño eventual o meramente hipotético, es decir, aquel que no se sabe si va a ocurrir o no. Sin perjuicio de lo anterior, que el daño sea cierto no excluye la posibilidad de indemnización del daño futuro, esto es, del que no ha sucedido aún, con tal que no quepa duda que va a ocurrir. El lucro cesante es, precisamente, siempre un daño futuro, por ello sólo será indemnizable en tanto cumpla con la condición de ser cierto”. Véase: Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 15 de marzo de 2008, Rol N° 2076-2006. A su turno, el Tribunal Supremo español ha indicado: “el lucro cesante como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna”. Consúltese: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2011, N° ROJ: 5550/2011.

¹⁰⁷ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1659.

cesante¹⁰⁸. En este sentido, para determinar la existencia de esta clase de menoscabo, deberá efectuarse “una operación intelectual basada, a la luz de las circunstancias de cada caso, en la razonable verosimilitud de que de haber cumplido el deudor, el acreedor se habría beneficiado patrimonialmente de tal o cual medida”¹⁰⁹. De este modo, deberá resarcirse el lucro cesante siempre que las ganancias dejadas de obtener por el acreedor se identifiquen con aquellas que razonablemente hubiera conseguido de no haber acaecido el incumplimiento, “[e]s decir, habría que partir de la prueba del hecho cierto que frustra la ganancia y que si no se hubiera producido, el curso de los acontecimientos habrían previsiblemente conducido a la misma”¹¹⁰.

Siguiendo esta línea, existen ordenamientos que han consagrado criterios abstractos de determinación del lucro cesante. En Alemania por ejemplo, encontramos el artículo 252 del BGB, que constituye una norma destinada a facilitar la prueba de esta clase de daño, y que dispone que se considerarán “perdidos aquellos beneficios que, según el curso normal de los acontecimientos o en las especiales circunstancias, particularmente debidas a las medidas y precauciones adoptadas, se podrían con probabilidad esperar”¹¹¹. Por una solución similar se decantó el PMCC en el párrafo segundo del artículo 1207, al disponer lo siguiente: “*Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*”. En esta misma dirección, también es posible encontrar algunas normas de derecho privado europeo, como por ejemplo, el artículo 7.4.3 (2) de los PCCI o el artículo 3:701 (2) del DCFR¹¹².

Con todo, siempre será menester distinguir entre aquellas ganancias que pueden ser obtenidas de una sola vez en un momento cercano al incumplimiento, como sería la pérdida de una venta; de aquellas que pueden ser proyectadas hacia el futuro de modo continuado y

¹⁰⁸ Por todos, véanse: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999), pp. 323 y ss.; y VICENTE DOMINGO, Elena (2014), pp. 41 y ss.

¹⁰⁹ VICENTE DOMINGO, Elena (2014), p. 43.

¹¹⁰ VICENTE DOMINGO, Elena (2014), p. 42.

¹¹¹ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1660. La autora también destaca que la doctrina alemana no considera a esta disposición como una restricción del lucro cesante indemnizable solo al que es usual, sino que opera como un precepto tendiente a facilitar la prueba de este daño, sin excluir la posibilidad de alegar un lucro cesante inusual, con tal que se acredite la efectividad de este último. En el mismo sentido: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 25.

¹¹² Artículo 7.4.3 (2) de los PCCI: “*La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca*”; artículo 3:701 (2) del DCFR: “*Los daños y perjuicios indemnizables incluyen los daños y perjuicios futuros que sean razonablemente probables*”.

sin límites temporales, como el alquiler de un inmueble¹¹³. En este último caso, incluso utilizando el referido criterio de razonable probabilidad, surge la dificultad de establecer hasta cuándo se proyectará ese daño hacia el futuro, pues no parece adecuado que el deudor tenga que garantizar perpetuamente al acreedor la obtención de ganancias, aunque estas sean ciertas, altamente probables y hayan sido previsibles. En esta materia, entran en juego conceptos del nuevo derecho de los contratos que operarán como límites temporales al lucro cesante, a saber: el fin de protección del contrato, el deber de mitigar el daño y la posibilidad del acreedor de ejercer otros remedios diversos a la indemnización de perjuicios¹¹⁴. Analizaremos cada uno de estos criterios de delimitación o limitación del daño en el último capítulo de este trabajo, por de pronto, hacemos presente su función limitadora en lo que al lucro cesante se refiere.

El segundo problema que nos presenta el lucro cesante dice relación con la imputación objetiva del daño al deudor, ya que “[n]o todos los daños causados al acreedor por el incumplimiento del deudor, aun probados, son indemnizables”¹¹⁵. Dicho de otro modo, desde la perspectiva del lucro cesante, la imputación objetiva consiste en establecer qué ganancias que el acreedor dejó de obtener como consecuencia de la inejecución del deudor constituirán lucro cesante resarcible, pues pueden generarse muchos daños futuros que podrían caer dentro de esta partida, empero, no todos ellos serán indemnizables. Para determinar lo anterior, deberá atenderse a otros criterios jurídicos que servirán para imputar objetivamente los daños al incumplimiento del deudor, y fijar qué lucro cesante será resarcible y cuál no será objeto de indemnización¹¹⁶.

En definitiva, el problema de la imputación objetiva trata acerca de la delimitación del lucro cesante indemnizable mediante la aplicación de criterios jurídicos como el aludido fin de protección del contrato o el deber de mitigar el daño¹¹⁷, el que resultará aplicable también a la hora de definir la indemnización de otras clases de daños, no únicamente para delimitar el lucro cesante. Tal como indicamos con anterioridad al aludir al límite temporal del lucro cesante, estudiaremos estos criterios en el próximo capítulo de este trabajo, por lo mismo, de momento, no corresponde ahondar en ellos.

¹¹³ Esta idea es explicada por: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 35.

¹¹⁴ Sobre este asunto, consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 36 y ss.

¹¹⁵ MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 26.

¹¹⁶ Estas nociones son expuestas por: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 32.

¹¹⁷ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 93 y ss.; y VICENTE DOMINGO, Elena (2014), pp. 138 y ss.

3. DEL DAÑO NO ECONÓMICO

Usualmente, los daños no económicos se identifican con el concepto de daño moral. Así ocurre, por ejemplo, en España y Chile, dada la inspiración napoleónica de los ordenamientos civiles de ambos países –en el derecho francés se utiliza la expresión *dommage moral*–. En otros sistemas, como el *common law*, se les denomina daños no pecuniarios –*non pecuniary loss* o *non economic loss*–. Esta diferencia conceptual revela las numerosas dificultades en la concepción general de esta clase de perjuicios, por ejemplo, en lo concerniente a la determinación acerca de qué menoscabos específicos constituyen un daño no pecuniario¹¹⁸. No obstante estos diversos conceptos, atendidos los términos utilizados por el DCFR, los PECL y los PCCI –como explicaremos más adelante–, para los efectos de este trabajo manejaremos la expresión daño no económico como sinónimo de daño extrapatrimonial, no pecuniario o moral, en contraposición al daño económico, patrimonial o pecuniario, al que aludimos precedentemente¹¹⁹. Ello, sin perjuicio de que algunos postulan que entre los términos daño extrapatrimonial y moral existiría una relación de género a especie, puesto que el daño moral tradicionalmente se identificaría con el denominado *pretium doloris*, el que solo constituye una clase de daño no pecuniario¹²⁰. No obstante que, a nuestro entender, lo anterior es técnicamente correcto, en atención al objeto de este trabajo utilizaremos estos conceptos de forma indiferente.

A la hora de dar un concepto de esta clase de perjuicio, algunos han esgrimido que esta clase de perjuicio sería aquel que recae en bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial¹²¹. Empero, conceptualizar este daño en atención a la naturaleza del bien o derecho afectado puede ser objeto de críticas, fundamentalmente por la dificultad de configurar un catálogo riguroso de bienes jurídicos no patrimoniales y, por ende, se corre el

¹¹⁸ Para todo, consúltese: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 43 y ss.

¹¹⁹ Prevenimos que la dualidad daño económico-daño no económico puede complicarse si estimamos que algunos daños morales pueden repercutir patrimonialmente o un daño económico incidir desde una perspectiva moral, por ejemplo, la pérdida de las manos en un pintor o la destrucción de un bien que implique una ofensa al honor, respectivamente. Empero, la precisión conceptual no resulta extremadamente relevante en aquellos ordenamientos en los que la concepción del daño moral es amplia, como ocurre en la actualidad en España y Chile. Véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 43 y ss. Como veremos, en el moderno derecho de los contratos también se concibe un entendimiento amplio de la noción de daño moral.

¹²⁰ Sobre este asunto, léase: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008), pp. 90 y ss.

¹²¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 32. La autora examina esta concepción del daño moral.

riesgo de desproteger otros intereses jurídicos de carácter difuso entre patrimonial y extrapatrimonial¹²². Desde nuestra perspectiva, creemos que lo relevante estriba en intentar precisar qué categorías encontramos dentro del daño no económico y, más importante aún, de qué forma o bajo qué criterios se debe delimitar su resarcimiento, y no intentar consensuar un concepto único de daño no patrimonial.

3.1. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN SEDE CONTRACTUAL: LOS CASOS DE ESPAÑA Y CHILE

Respecto a la procedencia de indemnizar por concepto de daño moral, tanto en España como en Chile, su aceptación fue temprana tratándose del ámbito extracontractual. Efectivamente, en esta materia, el Tribunal Supremo español aceptó por primera vez el resarcimiento de este daño en una sentencia de 6 de diciembre de 1912¹²³, mientras que la Corte Suprema chilena hizo lo propio diez años más tarde, en un fallo de 16 de diciembre de 1922¹²⁴. Hoy en día, en ambos países existe pleno consenso en torno a la factibilidad de reclamar daño extrapatrimonial en materia aquiliana. En sede contractual en cambio, la admisión del daño no económico acarreó más dificultades. Así es, para negar la posibilidad de indemnizar este tipo de daño a propósito de un incumplimiento contractual, en España y en Chile se han esgrimido diversos argumentos fundados, básicamente, en dos consideraciones, a saber: el carácter patrimonial del interés del acreedor en una relación contractual; y la regulación legal de la responsabilidad contractual. A continuación, aludiremos someramente a cada una de estas objeciones.

En cuanto al carácter patrimonial del interés del acreedor, se ha sostenido que las obligaciones contractuales corresponderían a una prestación que debe ser susceptible de

¹²² Al respecto, consúltese: PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), pp. 32 y ss.

¹²³ Consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1667. En todo caso, la aludida sentencia de 1912 no admitía ampliamente el daño moral, sino que lo ligaba a aquél que indirectamente repercutía en el patrimonio de la víctima. En realidad, el primer fallo del Tribunal Supremo de España que reconocería la indemnización de un daño puramente moral –por el menoscabo causado en la fama y reputación de un médico–, se dictó el 14 de diciembre de 1917. Así lo expone: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 368 y ss.

¹²⁴ La argumentación del máximo tribunal de Chile se fundó, en términos muy generales, en la expresión “*todo daño*” del artículo 2329 del C.C.Ch., el que comprendería tanto los daños a las cosas como a las personas, y porque además así se colegiría al contrastar esta norma con el artículo 2331 del mismo cuerpo legal, la que evitaba la reparación de daños morales de forma excepcional, por tanto, la regla general era la del artículo 2329 del C.C.Ch., esto es, que sí procedía la indemnización por daños morales –ambas normas se ubican en materia de responsabilidad aquiliana–. Véase: CORRAL TALCIANI, Hernán (2003), p. 152.

apreciación económica. Luego, el resarcimiento del daño extrapatrimonial causado con ocasión del incumplimiento contractual sería jurídicamente inadmisibles, pues carecería de todo contenido económico y, por tanto, no podría formar parte del ámbito del contrato¹²⁵. Desde esta óptica, no sería compatible el carácter patrimonial de la prestación contractual con la naturaleza extrapatrimonial del daño moral. En otras palabras, la indemnización representaría el referido interés económico del acreedor en la ejecución de la prestación, de modo tal que si este no puede apreciarse pecuniariamente, tampoco podrá serlo la indemnización. Esta posición, representa el planteamiento clásico, y se fundamenta en una comprensión de la reparación eminentemente patrimonial¹²⁶.

Se critica esta argumentación tradicional, pues implica entender el resarcimiento como sinónimo del cumplimiento por equivalente, cuestión que, a nuestro entender –como advertimos en el primer capítulo de ese trabajo–, resulta erróneo. Luego, la indemnización no es lo mismo que el cumplimiento por equivalencia y, por tanto, la indemnización será siempre una compensación que no se puede equiparar al cumplimiento exacto de la obligación¹²⁷. Así, “corresponde dejar atrás la idea de reparación que se identifica con el restablecimiento pleno en términos de alcanzar una supresión total del perjuicio, toda vez que solo puede aspirarse, con la asignación de una suma de dinero, a las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso”¹²⁸. Atribuyéndole este carácter a la indemnización, la supuesta patrimonialidad de las obligaciones contractuales no sería impedimento para la procedencia del daño moral causado por un incumplimiento, ya que incluso considerando que la prestación es patrimonial, esta solo se referiría al contenido de la obligación directa emanada del contrato, mientras que el daño moral no depende de este aspecto patrimonial de la obligación contractual, sino del fin que se arroge a la indemnización¹²⁹.

Por lo demás, nada justifica que un mismo daño no económico resulte resarcible en materia aquiliana, ante la infracción de un deber genérico de conducta de no dañar a otro y, por el contrario, no sea indemnizable ante la infracción de una obligación contractual específica, menos aún considerando que ni la ley española ni la chilena recogen de forma expresa una patrimonialidad estricta ni del interés del acreedor en la obligación, ni de la

¹²⁵ Para todo: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 170 y ss.

¹²⁶ Véase: RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), pp. 671-672.

¹²⁷ Consúltese: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 156 y ss.

¹²⁸ RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), p. 672.

¹²⁹ Estas ideas son explicadas por: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 227-228.

prestación¹³⁰. A mayor abundamiento, “aunque la prestación sea patrimonial y susceptible de valoración económica, ello no impide que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica. Una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación, que pueden ser bienes o intereses de naturaleza no patrimonial”¹³¹.

Una segunda objeción al resarcimiento del daño extrapatrimonial en el ámbito contractual, viene dada por una interpretación restrictiva de las normas que rigen la responsabilidad contractual en España y Chile. En el caso español, este impedimento devendría, básicamente, del tenor del artículo 1106 del C.C.Esp., que reza: “*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*”. Este precepto, delimitaría los daños que pueden resarcirse en el ámbito contractual desde una perspectiva cualitativa, es decir, atendiendo a la naturaleza del daño, excluyéndose cualquier opción de indemnizar daños no patrimoniales. Así, el referido artículo 1106 concebiría el daño devenido de un incumplimiento contractual desde un punto de vista netamente economicista, al que no se ajustaría el daño moral. Esta ha sido la noción doctrinaria clásica, la que se apoya además en una interpretación histórica del mencionado precepto, pues los redactores del C.C.Esp. jamás pensaron en la reparación del daño contractual no económico¹³².

Similar argumentación ha esbozado la postura tradicional chilena¹³³ a partir del artículo 1556 del C.C.Ch., norma que dispone: “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”. De conformidad a este precepto, se ha afirmado que en Chile no cabría el daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual, ya que el citado artículo se refiere únicamente a perjuicios de índole patrimonial¹³⁴. Aquello, se confirmaría al contraponerse la aludida disposición al artículo 2329 del C.C.Ch., este último, emplazado en sede

¹³⁰ Véase: RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), p. 672.

¹³¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2007), p. 244.

¹³² Para todo, véase: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2007), p. 243.

¹³³ En esta línea, por ejemplo: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943), pp. 225 y ss.

¹³⁴ Consúltese: RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), p. 673. La autora alude a esta teoría clásica haciendo un análisis crítico de esta.

aquiliana, habla de “*todo daño*”, sin mencionar únicamente a los perjuicios patrimoniales, razón por la cual sería resarcible el daño moral solo en materia extracontractual.

En ambos países, este supuesto obstáculo normativo ha sido superado mediante una nueva interpretación de estas normas. Al respecto, primeramente debe señalarse que la argumentación elaborada por la postura clásica está estrechamente ligada con el carácter patrimonial atribuido a las obligaciones contractuales, cuestión que, como dijimos anteriormente, no implica un impedimento para la indemnización del daño moral contractual, pues tal obligación puede perfectamente responder a intereses o derechos no económicos, los que pueden lesionarse producto de la inejecución. Luego, ni el legislador español ni el chileno han prohibido expresamente el resarcimiento del daño moral por incumplimiento, como sí lo han hecho otros ordenamientos jurídicos que han previsto la posibilidad de indemnizar esta clase de daños en sede contractual solo de forma excepcional y no como principio general¹³⁵.

En esta dirección, “el sentido de la norma [del artículo 1106 del C.C.Esp.] es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro, frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada, que el lucro cesante también se indemniza [...]. En absoluto ha querido decir que el daño emergente y el lucro cesante sean los límites del resarcimiento del daño contractual”¹³⁶. En idéntico sentido puede entenderse lo dispuesto por el legislador chileno en el artículo 1556 del C.C.Ch. y, sumado a lo anterior, debe agregarse que los artículos 1558 del C.C.Ch. y 1107 del C.C.Esp., que también abordan la indemnización en materia contractual, utilizan el término daño de modo genérico, sin limitarlo exclusivamente al patrimonial¹³⁷.

¹³⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del sistema alemán, donde el artículo 253 del BGB establece que solo resultarán resarcibles los perjuicios morales cuando haya expresa previsión legal. Asimismo, en el ordenamiento italiano, hallamos el artículo 2059 del Código Civil de Italia, que limita el daño moral al ámbito extracontractual y solo en aquellos casos expresamente dispuestos por el legislador. Consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), pp. 1667-1668.

¹³⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2008), pp. 942-943. En el caso del artículo 1106 del C.C.Esp., se ha dicho además que “este artículo contiene términos generales y amplios, tanto la palabra daño como pérdida (de modo semejante a como ocurre con el artículo 1902 del Código Civil). En la palabra daño pueden entenderse comprendidos tanto el patrimonial como el moral”. Por su parte, la expresión pérdida del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral”. En: RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2007), p. 245.

¹³⁷ Véase: RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013), p. 674. El artículo 1558 del C.C.Ch. indica: “*Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato...*”. A su turno, el artículo 1107 del C.C.Esp. señala: “*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...*”.

De lo expuesto, se puede apreciar que la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual no fue recogida expresamente por ninguno de los legisladores en comento, y quizás ni siquiera se imaginó tal opción al momento de realizar la codificación civil, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido esta posibilidad mediante una interpretación amplia de las normas que reglamentan la responsabilidad contractual. Como sabemos, en derecho es perfectamente factible concebir instituciones que no cuentan con consagración positiva sino que derivan de la labor hermenéutica de los jueces. Precisamente, este ha sido el caso del daño moral a propósito de un incumplimiento en los ordenamientos español y chileno, aunque de forma bastante más tardía que lo ocurrido al respecto en materia aquiliana.

En el caso español, la primera vez que el Tribunal Supremo de España acogió el resarcimiento de daño moral en materia contractual fue en una sentencia de 9 de mayo de 1984. En esta decisión, se admitió la indemnización de los daños causados a la fama profesional de un abogado cuyo nombre fue omitido en la guía telefónica, a pesar de que entre este y la compañía de teléfonos existía un vínculo contractual. Los argumentos vertidos por el Tribunal Supremo dijeron relación, básicamente, con la matización del dogma clásico explicado en los párrafos precedentes. Desde este fallo en adelante, la jurisprudencia española se ha uniformado en torno a la admisibilidad de indemnizar el daño moral ocasionado por una inejecución de una obligación contractual¹³⁸. En Chile, la primera sentencia de la Corte Suprema que aceptó la reparación del daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual, data de fecha 20 de octubre de 1994. En esta resolución, se ordenó la indemnización por daño moral a propósito del incumplimiento de un contrato de cuenta corriente bancaria, siendo la primera vez que se asienta como principio general a nivel jurisprudencial la reparación del daño moral contractual en el sistema chileno¹³⁹. Con el correr de los años, esta línea jurisprudencial ha sido reafirmada hasta nuestros días, no existiendo dudas sobre la aceptación de la indemnización por daños no económicos ocasionados por una inejecución contractual¹⁴⁰.

¹³⁸ Para todo, véanse: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 384 y ss.; y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), pp. 35 y ss.

¹³⁹ El máximo tribunal de Chile ha señalado expresamente que la indemnización por daño moral constituye un principio general en materia contractual. Véase: Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 11 de junio de 2012, Rol N° 7974-2009.

¹⁴⁰ Sobre el particular, consúltese: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 352 y ss.

Aceptada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria la procedencia del daño no pecuniario en materia contractual, en España al igual que en Chile, actualmente la problemática radica en la determinación de los requisitos para que el daño moral contractual sea indemnizable o, dicho de otro modo, en la definición acerca de qué criterios se deben utilizar para delimitar la extensión del daño no pecuniario indemnizable. Ello, por cuanto desde su aceptación jurisprudencial hasta la fecha, se ha producido una trivialización de lo que debe entenderse por daño moral, utilizándose como un criterio comodín por los tribunales que les permite reajustar sus decisiones de la forma y las veces que estimen necesario¹⁴¹. Aquello es criticable, pues el daño moral, en cuanto daño indemnizable, debe también someterse a ciertos criterios para su delimitación, no todo daño –sea patrimonial o extrapatrimonial– puede ser resarcible en términos absolutos. En este punto, entran en juego los criterios de delimitación del daño indemnizable que examinaremos en el próximo capítulo.

3.2. DAÑO NO ECONÓMICO EN EL NUEVO DERECHO DE LOS CONTRATOS: HACIA UN RECONOCIMIENTO EXPRESO

A diferencia de lo ocurrido en las legislaciones de España y Chile, en algunos de los instrumentos que conforman el nuevo derecho de la contratación se ha contemplado expresamente la posibilidad de indemnizar el daño no pecuniario causado por el incumplimiento del deudor. Lo anterior, permite perfilar y clarificar cuál será el daño indemnizable, distinguiendo entre el perjuicio económico y el no económico¹⁴². De este modo, la tendencia moderna es consagrar de forma expresa la procedencia del daño moral en sede de responsabilidad contractual.

En su oportunidad, indicamos que la CISG puede estimarse como el instrumento internacional que formalmente dio inicio a la modernización del derecho de obligaciones, empero, su artículo 74, que contiene la regla general en materia indemnizatoria, omitió referirse al resarcimiento del daño moral¹⁴³. Ante este silencio, “[h]ay dos opciones

¹⁴¹ Estas críticas son sostenidas por: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008b), pp. 13 y ss.

¹⁴² Tal como señala: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 465.

¹⁴³ Artículo 74 CISG: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de

posibles, o que se niegue tal reparación o bien que se trata de una materia que en principio ha de decidirse de acuerdo con el derecho nacional que resulte de aplicación según las reglas de Derecho Internacional Privado”¹⁴⁴. La referida omisión, ha sido interpretada “por los principales comentaristas del Convenio como una exclusión de esta última categoría de daños [los morales] de su ámbito de protección”¹⁴⁵. El argumento principal que se utiliza para llegar a esta conclusión, dice relación con el ámbito de aplicación de la CISG, el que se relaciona con contratos de un contenido eminentemente comercial, excluyéndose la compraventa de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico¹⁴⁶. Aunque esta postura puede criticarse por las mismas razones aludidas cuando nos referimos al carácter patrimonial del interés del acreedor como restricción al daño moral contractual, la respuesta que puede aducirse es que el artículo 74 de la CISG previene como límite a la reparación la previsibilidad de los perjuicios y, en este entendido, resulta muy improbable que los daños morales sean previsibles en un contrato de compraventa internacional de mercaderías¹⁴⁷. A nuestro modo de ver, si puede sustentarse esa previsibilidad, cabría también el resarcimiento del daño no económico por lo expuesto en el apartado anterior.

No obstante la referida omisión de la CISG, algunos de los textos internacionales de derecho privado que le siguieron prefirieron admitir expresamente la indemnización del daño moral en materia contractual, intentando definir mayormente sus contornos, ejemplificándolo. En primer término, encontramos el artículo 7.4.2 (2) de los PCCI, que dispone: “*Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento y la angustia emocional*”. Los PCCI tuvieron por objeto uniformar los contratos comerciales internacionales y, por lo mismo, sorprende que citen como ejemplos de daño no económico el sufrimiento o la angustia emocional, sentimientos propios de personas naturales mas no

obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), p. 951.

¹⁴⁵ SOLÉ FELIU, Josep (2009), p. 5.

¹⁴⁶ Consúltese: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), p. 951. Aquello se colige del artículo 2 a) de la CISG: “*La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso*”.

¹⁴⁷ Véase: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), pp. 952-953. La previsibilidad del daño en el nuevo derecho contractual lo estudiaremos en el capítulo siguiente de este trabajo, al referirnos a la delimitación de los perjuicios resarcibles.

de las jurídicas, quizás hubiese sido más propio ejemplificar con la pérdida de prestigio comercial o alguna noción similar a esta¹⁴⁸. De igual forma, significó un avance al reconocimiento positivo del daño moral contractual.

Los PECL, a su turno, también asumen una posición activa a la hora de indemnizar el daño extrapatrimonial en materia de contratos. En efecto, después de referirse al derecho a la indemnización de perjuicios en general, el artículo 9:501 (2) de los PECL indica: “*Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias*”. Aunque los PECL fueron más escuetos que los PCCI, “los comentaristas doctrinales del precepto identifican esta pérdida no pecuniaria con el dolor, el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen a raíz del incumplimiento”¹⁴⁹. El punto en común entre los PCCI y los PECL, gravita en que ambos textos recogen un concepto amplio de daño moral, esto significa que este perjuicio no se limita a la lesión de derechos o bienes extrapatrimoniales o de la personalidad y que procederá incluso en aquellos casos en que el interés jurídico conculcado posea, primariamente, naturaleza patrimonial¹⁵⁰.

No ocurre lo mismo si observamos los Principios *Acquis*, cuyo artículo 8:402 (2) pareciera adoptar una visión restringida del daño no pecuniario contractual, al circunscribir esta clase de perjuicios solo a aquellos casos en que la prestación incumplida persiga la satisfacción de un interés no patrimonial. La referida norma señala que: “*La indemnización sólo incluye los daños no patrimoniales, en la medida en que la finalidad de la prestación incluya la protección o la satisfacción de intereses no patrimoniales*”. Por su parte, el DCFR retoma la concepción amplia de daño moral decidida por los PCCI y los PECL, disponiendo en su artículo 3:701 (3) lo siguiente: “*Los daños y perjuicios incluyen los daños y perjuicios pecuniarios y no pecuniarios [...]. Los daños y perjuicios no pecuniarios incluyen el dolor y el sufrimiento, así como cualquier afectación en la calidad de vida*”. Esta norma, incluso amplía los conceptos genéricos de sus antecesores.

En conclusión, podemos indicar que el nuevo derecho de los contratos muestra una tendencia a admitir expresamente la reparación del daño moral frente a un incumplimiento, asumiendo un concepto amplio del mismo. Lo precedente no ha estado exento de críticas, fundamentalmente porque una noción amplia de daño no económico “favorece una amplia

¹⁴⁸ Así lo estima: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), p. 961.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), pp. 963-964.

¹⁵⁰ Consúltese: RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008), p. 964.

discrecionalidad judicial, y constituye una vía de escape de la carga de probar los daños sufridos”¹⁵¹. Empero, estimamos que el eventual abuso de la indemnización por concepto de daño moral no pasa por concebir una noción amplia o restringida de esta clase de perjuicio, sino que por la poca rigurosidad a la hora de fijar criterios que delimiten su reparación y *quantum*¹⁵².

3.3. ALGUNAS CATEGORÍAS DE DAÑO NO ECONÓMICO

Al inicio de este apartado sobre el daño no económico, señalamos que más relevante que establecer un concepto único de daño extrapatrimonial era definir cuál era el contenido del mismo, es decir, qué categorías integran esta clase de perjuicio¹⁵³. Este problema no es baladí, pues frecuentemente la jurisprudencia engloba en el concepto genérico de daño moral cualquier interés que no sea calificable como daño emergente o lucro cesante, a pesar que se trate de un interés no pecuniario de escasa significación¹⁵⁴. De este modo, aunque creemos conveniente adoptar un concepto amplio de daño no económico a fin de evitar desproteger al acreedor en la totalidad de sus intereses, no por ello descartamos la importancia de abordar algunas de las manifestaciones de daños no pecuniarios que pueden encontrarse en la práctica jurídica, y que sirven de base para determinar, en un caso concreto, la relevancia de un determinado interés extrapatrimonial a fin de ser merecedor de resarcimiento. En lo sucesivo, nos referiremos brevemente a algunas de ellas.

En una primera etapa, cuando se aludía al daño moral se le asignaba un carácter vinculado con el llamado *pretium doloris*, identificándose únicamente con el sufrimiento físico y psíquico que padecía la víctima¹⁵⁵. Por lo mismo, la doctrina se ha esforzado en aclarar que el daño moral entendido como precio del dolor, constituye una especie de daño

¹⁵¹ MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 270.

¹⁵² Así lo estima: RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2007), pp. 255 y ss. Sobre los criterios delimitadores del daño, tanto económico como no económico, como ya hemos dicho, hablaremos en el capítulo siguiente.

¹⁵³ Una idea similar es planteada por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien explica que mayor importancia que conceptualizar el daño moral, aunque no le resta relevancia a aquello, tiene arribar a una concepción de esta clase de daño basada en la clasificación de los derechos que lo integran. Véase: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008b), pp. 79 y ss.

¹⁵⁴ Consúltese: PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 79.

¹⁵⁵ Véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), p. 57.

extrapatrimonial, sin ser sinónimos en estricto rigor¹⁵⁶. El *pretium doloris*, tiene dos vertientes, “de un lado el puro dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la afección corporal, y de otro, el perjuicio moral propiamente dicho que afecta a la esfera psíquica de sus sentimientos a consecuencia de la lesión al bien jurídico identificado con la salud a la que se ha visto afectada, esto es, la pena, el sufrimiento”¹⁵⁷. Precisamente, este es el tipo de daño no patrimonial que utilizan los PCCI como ejemplo al aludir al “sufrimiento físico y la angustia emocional”, y que también contempla el DCFR al indicar que los daños no económicos incluyen “el dolor y el sufrimiento”, como vimos en el acápite precedente. Luego, si estos instrumentos utilizan el *pretium doloris* como referencia acerca de qué clase de daños integran los perjuicios no económicos, significa que el daño no patrimonial comprenderá, además del precio al dolor, otras clases de menoscabos.

Luego, dentro del daño extrapatrimonial, también se han comprendido aquellos detrimentos que afectan a los bienes o derechos propios de la personalidad, esta fue una posición enraizada en la teoría clásica española¹⁵⁸. Estos bienes o derechos de la personalidad, se refieren a aquellos valores principales para la vida de la persona, tales como su honor, libertad individual, vida privada, libertad de conciencia, entre otros análogos. La comprensión del daño moral como un menoscabo a la personalidad del ser humano fue trascendente para el posterior desarrollo y evolución jurisprudencial del daño no económico, pues permitió abrir camino a la posibilidad de considerar dentro de la categoría de daños no patrimoniales a otras lesiones diferentes del *pretium doloris* propiamente tal¹⁵⁹.

Efectivamente, producto de esta apertura, se concibieron otras manifestaciones del daño no pecuniario. Una de estas corresponde al denominado perjuicio estético, este tipo de daño moral consiste en “una alteración o detrimento experimentado por la persona en su armonía física, afectante a su fisonomía o configuración, atentatorio a su belleza o grata presencia [...] viene constituido por cicatrices o alteraciones morfológicas agudizadas, consecuencia

¹⁵⁶ Para un análisis de esta distinción: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008), pp. 90 y ss. Recordemos que, para efectos de este trabajo, utilizamos indiferentemente los conceptos daño moral y extrapatrimonial.

¹⁵⁷ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 112.

¹⁵⁸ Así lo afirma: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), p. 62. La autora hace un examen de la doctrina española sobre este asunto.

¹⁵⁹ Para todo, véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 62 y ss.

de la pérdida de miembros o elementos fisiológicos”¹⁶⁰. Asimismo, también se ha considerado como una clase de daño extrapatrimonial a la pérdida en la calidad de vida del afectado, menoscabo que se relaciona con “aquellas consecuencias que impiden al perjudicado disfrutar plenamente de sus energías o de su potencial de vida”¹⁶¹, y que generalmente vendrá determinada por la producción de otro daño de índole extrapatrimonial. En cuanto a esta última categoría de daño moral, cabe destacar que el DCFR alude expresamente a ella como ejemplo de daño no pecuniario, refiriéndose a la “*afectación en la calidad de vida*”.

No obstante lo indicado, conviene señalar que, en la práctica, la distinción entre estas diversas clases de perjuicios no patrimoniales puede llegar a confundirse, por ejemplo ¿no constituye un daño estético o la pérdida de calidad de vida al mismo tiempo un *pretium doloris* psicológico?, parece ser que incluso distinguiendo diversas clases de daños no económicos resulta difícil poder circunscribir con certeza los límites de cada uno de ellos en un caso concreto. Entonces, la discusión deberá centrarse en los criterios para delimitar la procedencia y cuantía del daño extrapatrimonial en general, lo que, como ya hemos dicho, veremos en el último capítulo de este trabajo.

Por último, cabe aludir –de forma muy sucinta y general– a una nueva manifestación del daño moral que ha tenido lugar a propósito de la responsabilidad civil del abogado y que se ha extendido a la responsabilidad civil médica y sanitaria: la pérdida de oportunidad¹⁶². Esta expresión, se ha utilizado para referirse a aquellos casos en que “hay «certidumbre en el perjuicio» que supone la oportunidad misma perdida”¹⁶³, pero no así en el resultado final que existiría de no haberse perdido esa opción. Por ejemplo, si un abogado no deduce una apelación dentro de plazo, su cliente ha perdido la oportunidad de recurrir contra una sentencia que le era perjudicial, hay certeza sobre aquello, pero no hay certeza de si ese recurso hubiese sido acogido o desestimado. Para superar este elemento de incertidumbre, se utiliza la pérdida de oportunidad, identificando esa expectativa frustrada

¹⁶⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 119.

¹⁶¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 125.

¹⁶² Sin perjuicio de las discusiones que existen en torno a la doctrina de la pérdida de oportunidad, debemos señalar que la posición mayoritaria de la jurisprudencia española ha sido considerar a esta pérdida como un daño moral autónomo del resultado final. En esta dirección, a vía ejemplar, véanse: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 8 de abril de 2003, N° ROJ: 2445/2003; Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2005, N° ROJ: 4809/2005; Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 22 de marzo de 2017, N° ROJ: 2559/2017; entre otros fallos.

¹⁶³ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), p. 79.

como un daño moral en sí mismo. Lo particular de la aludida pérdida, es que nos ofrece un mecanismo de valoración de la cuantía del daño que no existe en otras clases de daño moral, este es, el resultado o daño final relacionado con la probabilidad de que la oportunidad se hubiese concretado. Así, se ha dicho que debe realizarse un juicio probabilístico acerca de las probabilidades de que, con la conducta diligente del agente, el resultado final no se hubiese producido y, sobre la base de la probabilidad que arroje ese juicio probabilístico, se determinará el *quantum* del daño por pérdida de oportunidad¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Lo expuesto es una brevísima pincelada acerca de la pérdida de oportunidad. Hay quienes estiman que esta pérdida dice relación con un problema de causalidad entre el hecho y el resultado final, y que no puede considerarse un perjuicio indemnizable propiamente tal. Otros postulan que estaríamos frente a un perjuicio de carácter patrimonial. También se han generado diversas discusiones en lo relativo a la determinación del *quantum* indemnizatorio. Evidentemente, un análisis de la doctrina de la pérdida de oportunidad da material para un trabajo aparte, por lo que no ahondaremos en ella. Si se quiere profundizar en esta doctrina, un clarificador panorama lo ofrece la siguiente obra: MEDINA ALCOZ, Luis (2007).

CAPÍTULO III

DELIMITACIÓN DE LOS PERJUICIOS INDEMNIZABLES EN EL NUEVO DERECHO CONTRACTUAL

En el capítulo anterior, revisamos qué clases de daños resultaban indemnizables a la luz del moderno sistema de responsabilidad contractual, e indicamos que entre estos se encontraban los daños económicos –daño emergente y lucro cesante– y los daños no económicos. Empero, no todos estos perjuicios serán finalmente objeto de indemnización. En este capítulo, nos proponemos examinar cuáles de esos perjuicios indemnizables generarán en el deudor la obligación de indemnizar y bajo qué criterios se debe determinar aquello. Así, nos referiremos a los parámetros ofrecidos por el moderno derecho obligacional para fijar la extensión del daño resarcible y sus límites.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como expusimos en el capítulo precedente, una cuestión es esclarecer qué perjuicios integrarán el concepto de daño resarcible y otra muy distinta es fijar la extensión de ese daño indemnizable. Esto último, implica determinar qué daños, de aquellos que son susceptibles de ser indemnizados, serán jurídicamente atribuidos al deudor y, por consiguiente, tendrán que ser indemnizados por el contratante incumplidor. En este sentido, no cualquier perjuicio que cause el incumplimiento va a ser indemnizable, sino que solo serán resarcibles “aquellos en los que se cumplan las exigencias jurídicas de imputación al deudor”¹⁶⁵. Lo anterior, en palabras de MORALES MORENO, dice relación con el problema de la imputación objetiva del daño al deudor¹⁶⁶.

Al efecto, la jurisprudencia española ha señalado que la imputación objetiva “consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha

¹⁶⁵ MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 26.

¹⁶⁶ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 24 y ss.

imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes¹⁶⁷. Así pues, la imputación objetiva va más allá de la mera causalidad fáctica entre el incumplimiento y el daño, considerando otros elementos de determinación del alcance de los perjuicios indemnizables, los que actuarán como criterios jurídicos de imputación de los daños al deudor¹⁶⁸. De esta manera, la amplitud del daño indemnizable deberá medirse y limitarse a través de los instrumentos jurídicos de imputación objetiva¹⁶⁹.

La problemática radica en precisar cuáles son esos instrumentos jurídicos que servirán al juez para, en un caso concreto, determinar la extensión del daño indemnizable. En general, el resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento no ha sido un tema que haya llamado particularmente la atención de la doctrina clásica chilena ni española¹⁷⁰, por lo mismo, para hallar los criterios jurídicos que permitan imputar objetivamente un determinado daño al deudor, la doctrina moderna ha atendido a los textos internacionales de derecho privado que conforman el nuevo derecho de los contratos, de los cuales es posible desprender algunos de estos criterios.

2. DELIMITACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE

Cuando aludimos a la delimitación del daño resarcible, nos estamos refiriendo a aquellas pautas que permiten fijar la extensión o alcance del perjuicio indemnizable. En otras palabras, ayudan a distinguir qué daños causados por la inejecución serán objetivamente imputables al deudor y, por ende, resarcibles, y cuáles, por el contrario, no serán objeto de la indemnización¹⁷¹. Los criterios jurídicos que analizaremos resultan

¹⁶⁷ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 05 de marzo de 2009, N° ROJ: 1125/2009. Este es solo uno de los diversos fallos en los que este tribunal ha sostenido esta misma concepción de imputación objetiva.

¹⁶⁸ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 27.

¹⁶⁹ Si bien, como se señaló en su oportunidad, en sede indemnizatoria rige el principio de reparación integral del daño, aquello no se traduce en el resarcimiento de la totalidad de los perjuicios, sino que su extensión vendrá dada por los criterios de imputación objetiva. Consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1668.

¹⁷⁰ Tal como lo señalan: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro y MORALES MORENO, Antonio (2014), p. 1155; y MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 28.

¹⁷¹ En estos términos lo plantea: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 93.

aplicables tanto a los daños patrimoniales como a los morales, sin perjuicio de los matices que pueden realizarse en atención a la naturaleza del perjuicio.

2.1. ESTIPULACIÓN EXPRESA DE LOS CONTRATANTES

Al estar examinando la indemnización en el ámbito contractual, las partes podrán, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, delimitar de común acuerdo el daño resarcible. En otras palabras, acreedor y deudor pueden avaluar los perjuicios de forma anticipada, determinando el monto de la indemnización que deberá pagarse en caso de incumplimiento. Esta valuación anticipada de los perjuicios se efectúa a través de una cláusula penal. Luego, como es sabido, tradicionalmente se le han asignado diversas funciones a la cláusula penal, a saber: operar como una caución personal para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato¹⁷²; actuar como pena civil cumpliendo una labor coercitiva¹⁷³; y, por último, servir como un mecanismo para avaluar anticipadamente los daños. Esta última situación es la que nos interesa.

Entendida en esta última acepción, la cláusula penal cumplirá una función “liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios”¹⁷⁴, además, nada impide que también pueda ser acordada para el caso de cumplimientos tardíos. Esta liquidación anticipada de los perjuicios acarrea la ventaja para el acreedor de dispensarlo de la prueba cuantitativa de los daños, toda vez que el deudor frente al incumplimiento deberá responder mediante la suma sustitutiva pactada con anterioridad, aún cuando los perjuicios hayan sido inferiores a esta. Al contrario, si los daños han sido superiores a la pena acordada, el favorecido será el deudor¹⁷⁵. Lo importante es que los contratantes habrán delimitado exactamente los daños

¹⁷² Garantía que cobrará sentido cuando quien la constituya sea una persona diferente al deudor. A este respecto, cabe tener presente el artículo 1535 del C.C.Ch. que define la cláusula penal como “*aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*”, denotando su carácter de caución.

¹⁷³ Ello explica la posibilidad en el sistema de responsabilidad contractual clásico de que, eventualmente si así lo disponen los contratantes, se acumule el cumplimiento de la obligación principal y la pena, tal como se depende del artículo 1153 del C.C.Esp. y del artículo 1543 del C.C.Ch.

¹⁷⁴ Así lo ha manifestado la jurisprudencia española. A vía ejemplar, véase: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1999, N° ROJ: 41/1999.

¹⁷⁵ Véase: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), pp. 1683-1684.

con anterioridad a la producción de estos, sujetándose a lo acordado si acaece la inejecución, sin perjuicio de la posibilidad de acumular la pena y el cumplimiento si así lo estipulan expresamente¹⁷⁶.

En lo concerniente a la cláusula penal en el sistema de responsabilidad contractual tradicional, no obstante lo pactado por los contratantes, se le conceden al juez ciertas facultades en orden a disminuir la cuantía de la pena. En España, el artículo 1154 del C.C.Esp. señala que el tribunal deberá modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal haya sido cumplida de forma parcial, hipótesis que solo se prevé para los cumplimientos imperfectos, no así para hipótesis de incumplimiento total o ejecución tardía¹⁷⁷ y se ha comprendido como una obligación para el juzgador¹⁷⁸. A su turno, el artículo 1544 del C.C.Ch. establece un límite a la cuantía de la pena, indicando que en el evento que la obligación principal y la pena consistan en pagar una cantidad de dinero, esta última no podrá exceder del doble de la primera, pudiendo rebajarse el exceso por el juez. Esta hipótesis es la que se ha denominado cláusula penal enorme¹⁷⁹. En el derecho español, no encontramos una norma que establezca un límite general, empero, algunos autores han planteado la posibilidad de que se pueda moderar una cláusula penal excesiva amparándose en las normas generales relativas a la naturaleza y efecto de las obligaciones¹⁸⁰.

Ahora bien, en el nuevo derecho de los contratos, también se prevé la posibilidad de que las partes, de forma anticipada y de común acuerdo, definan la indemnización que se pagará en caso de inejecución. En efecto, en los artículos 7.4.13 (1) de los PCCI, 9:509 (1) de los PECL y 3:712 (1) del DCFR, se establece que las partes podrán disponer que el deudor deba pagar una suma determinada de dinero al acreedor en el evento de incumplirse la obligación, pudiendo reclamarse ese monto con independencia del daño efectivamente causado. De este modo, se consagra en el sistema moderno de responsabilidad contractual

¹⁷⁶ Tal como señalamos en un pie de página anterior a propósito de la función coercitiva de la cláusula penal.

¹⁷⁷ Así lo ha entendido la jurisprudencia española, por ejemplo, léase: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2007, ROJ N°: 7770/2007. Con todo, prevenimos que la doctrina ha estimado que esta norma tiene por objeto dividir el cumplimiento de la obligación y no abordar una adecuación equitativa de la pena a los daños efectivamente causados. En esta dirección: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1684.

¹⁷⁸ Véase: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 273.

¹⁷⁹ Sobre el particular, consúltese: CORRAL TALCIANI, Hernán (2000), p. 469 y ss.

¹⁸⁰ En concreto, en el artículo 1103 del C.C.Esp., que reza: “*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*”. Para todo, consúltese: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 274.

la cláusula penal con función substitutiva, exonerándose al acreedor de probar la existencia y cuantía de los daños sufridos¹⁸¹, tal como ocurre en el modelo clásico.

La novedad viene dada por los párrafos segundos de las referidas normas, que establecen la posibilidad de moderar la cláusula penal en términos amplios. En efecto, después de recoger la cláusula penal como una valoración anticipada de los perjuicios, las aludidas normas disponen que el monto que se prevea como substitutivo de la indemnización podrá ser reducido a una suma razonable, siempre que el importe de la pena resulte manifiestamente excesivo en proporción al daño realmente ocasionado, y atendidas las demás circunstancias del caso concreto¹⁸². Esta potestad que se entrega al juez procederá aún cuando las partes hayan pactado expresamente lo contrario, y tiene por objeto controlar aquellas estipulaciones cuyos efectos sean abusivos, pudiendo solo ser ejercida cuando el monto establecido por las partes como valoración previa de los daños sea notoriamente superior al real¹⁸³. En este mismo sentido se orienta el artículo 1150 del PMCC.

Desde nuestra perspectiva, nos parece adecuada la solución que se propone en el moderno derecho obligacional para evitar el abuso en que pueda incurrir una de las partes fijando cláusulas penales excesivas, ya que se respeta la autonomía de la voluntad, pues las partes pueden igualmente avaluar los perjuicios de forma anticipada, pero, al mismo tiempo, se protege al contratante más débil imponiendo como límite un criterio de proporcionalidad de la pena en relación al daño efectivamente causado, permitiendo al tribunal rebajar el monto de la pena cuando sea manifiestamente excesivo. Con este criterio, al no limitarse únicamente al cumplimiento parcial –como en España– ni establecer un mínimo de desproporcionalidad –como en el caso chileno–, se logran salvar más situaciones prácticas que antes quedaban desprotegidas. Luego, aquello no implicará concederle al juzgador una discrecionalidad total, pues este último tendrá que regirse por los criterios jurídicos de delimitación del daño que analizaremos a continuación, para establecer si la pena es excesiva o no.

¹⁸¹ Véase: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 277.

¹⁸² Consúltense: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio (2002), p. 383; y MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 277.

¹⁸³ En esos términos lo expresa: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1684.

2.2. CRITERIOS JURÍDICOS DE DELIMITACIÓN JUDICIAL DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE

Cuando las partes no hayan avaluado los daños de manera anticipada ni exista acuerdo posterior al incumplimiento, quedará entregada al juez la delimitación de los daños resarcibles. Precisamente, esta es la hipótesis realmente problemática y respecto a la cual no ha existido mayor profundización en el modelo clásico. En su oportunidad, indicamos que en el nuevo derecho de la contratación el incumplimiento es objetivo, asumiendo el deudor dos riesgos, por un lado, el que acaezca la inejecución y, por otro lado, que esta cause daños al acreedor. Pero aquello no es sinónimo de una responsabilidad automática por la totalidad de los daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento, sino que el deudor responderá únicamente de aquellos perjuicios que le sean objetivamente imputables. En lo sucesivo, nos referiremos a los criterios o instrumentos jurídicos que el nuevo derecho contractual entrega al juez para determinar la extensión de los perjuicios indemnizables o, en otras palabras, para establecer qué daños son objetivamente imputables al deudor y serán objeto de resarcimiento.

2.2.1. PREVISIBILIDAD DEL DAÑO

En el entendimiento clásico de la responsabilidad contractual ya es posible encontrar la previsibilidad del daño como elemento delimitador de los perjuicios, concretamente en los artículos 1107 del C.C.Esp. y 1558 de su símil chileno. Ambas normas disponen que el deudor solo será responsable de los perjuicios previstos o que se podían prever al momento de celebrar el contrato y que sean una consecuencia necesaria del incumplimiento, agregando que, en caso que medie dolo del deudor, este responderá de todos los perjuicios que deriven de la inejecución. En otros términos, se distingue entre deudor culpable y doloso, en el primer caso, responderá solo de los perjuicios previsibles y, en el segundo, también de los imprevistos. Esta distinción es propia de los sistemas continentales, en el *common law* en cambio, el dolo y la culpa se equiparan a la hora de determinar los perjuicios objetivamente imputables al deudor por la inejecución¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Para todo, consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1671.

De esta manera, la doctrina clásica ha distinguido dos grupos de deudores. De una parte, aquellos que han incumplido de buena fe, es decir, negligentemente, los que responderán de los daños que sean consecuencia necesaria del incumplimiento –relación de causalidad– y, además, hayan sido previsibles. Por otra parte, aquellos deudores que han incumplido dolosamente, los que responderán por todos los perjuicios, aún imprevistos¹⁸⁵. Esta concepción clásica ha sido criticada, por cuanto tanto los daños previsibles como los imprevistos deben estar igualmente ligados a la inejecución por un vínculo causal. En seguida, cuando se sostiene que el deudor doloso responderá de todos los daños, de aquello debe colegirse un límite en la cadena causal, en el sentido de que solamente cabrá imputar al deudor que incumple dolosamente aquellos daños que sean consecuencia necesaria del incumplimiento. Bajo esta perspectiva, la extensión del daño indemnizable sería la misma en un caso o en otro¹⁸⁶.

En este punto, cabe hacer presente que la previsibilidad a que se refiere el legislador tendría como función determinar el fin de protección del contrato y, a la luz de este, diferenciar los perjuicios que resultarían indemnizables de aquellos que, por el contrario, no lo serían. Además, no bastaría la mera previsibilidad para determinar que un daño es indemnizable, sino que debe agregarse “que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada [al deudor] precisamente por la otra parte, y de tal modo, que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños”¹⁸⁷. Sobre el fin de protección del contrato y la atribución de riesgos al deudor, volveremos en el acápite siguiente.

En el moderno derecho obligacional, también se hace referencia a la previsibilidad del daño, existiendo diferencias en su tratamiento en los diversos instrumentos internacionales de derecho privado. En efecto, por un lado, el artículo 74 de la CISG y el artículo 7.4.4 de los PCCI, no efectúan distinción alguna en cuanto al elemento subjetivo de si el deudor está de buena o mala fe, lo que es lógico si se adhiere a la idea de que ahora el incumplimiento

¹⁸⁵ Así se desprende, por ejemplo, del siguiente fallo: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1982, N° ROJ: 1369/1982.

¹⁸⁶ Véase: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1671. No obstante lo expuesto, en la práctica se ha recurrido escasamente a la distinción entre deudor doloso o culposo para efectos de ampliar las fronteras del perjuicio resarcible. Así lo exponen: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio (2002), p. 378.

¹⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991), p. 1029.

es objetivo. En esta dirección, estas disposiciones prescriben que la indemnización no puede exceder el daño previsible como consecuencia probable de la inexecución o que, razonablemente, debería haberse previsto al momento de celebrar el contrato. Desde este punto de vista, la parte incumplidora no tendrá que responder de los perjuicios que no pudo prever en los términos señalados anteriormente, ni tampoco de los que deriven de riesgos que, por esta misma razón, no pudo contemplar¹⁸⁸. Se observa así la relación entre la previsibilidad y la atribución de riesgos al deudor.

Por otro lado, los artículos 9:503 de los PECL y 3:703 del DCFR, textos posteriores a la CISG y los PCCI, retoman la distinción tradicional entre culpa y dolo del deudor en la inexecución. De acuerdo a esta diferenciación, estos artículos señalan que quien incumpla una obligación responderá de los perjuicios que hubiera previsto o que razonablemente hubiera podido prever al celebrarse el contrato siendo asumidos como una consecuencia probable del incumplimiento, salvo que la inexecución sea deliberada o gravemente negligente¹⁸⁹. Con todo, independientemente de la distinción entre deudor doloso y culposo, lo relevante es que en el nuevo derecho de la contratación queda claro que la previsibilidad de los daños es un factor determinante al momento de delimitar el daño resarcible y que, además, se debe poner en relación con otros criterios jurídicos que permitirán, en un caso concreto, arribar al perjuicio indemnizable definitivo, nos referimos al fin de protección del contrato y los correspondientes riesgos asumidos por el deudor, respecto de los cuales, por tanto, se encontrará protegido el acreedor.

Por nuestra parte, somos partidarios de abandonar la clásica distinción entre deudor doloso y negligente, pues si el deudor actuó con dolo o sin él, es una cuestión que no debería revestir mayor análisis en materia indemnizatoria contractual moderna, ni para determinar la procedencia de la indemnización –puesto que el incumplimiento es objetivo, no requiriéndose imputabilidad a título de dolo o culpa– ni para la delimitación del perjuicio resarcible, ya que los daños indemnizables deberán ser aquellos previsibles y que se encuentren dentro del ámbito de protección del contrato. Luego, si el deudor incumplió dolosamente y causó daños que van más allá de la esfera de resguardo del contrato, estos serán resarcibles de conformidad a las reglas de imputación de la responsabilidad aquiliana,

¹⁸⁸ Véase: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1675.

¹⁸⁹ Este mismo camino siguió el artículo 1208 del PMCC.

tal como ocurre en el *common law*¹⁹⁰. Con ello, se despeja cualquier duda en torno al resarcimiento de daños que no estén causalmente ligados a la inejecución, problema que puede generarse si optamos por, hipotéticamente, resarcir daños imprevistos¹⁹¹.

2.2.2. FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO

La doctrina del fin de protección del contrato corresponde a un criterio que es posible desprender de algunos de los instrumentos internacionales que versan sobre la modernización del derecho de obligaciones, y cuyo origen lo encontramos en el derecho alemán. En efecto, en el BGB se rechaza a la previsibilidad del daño como un parámetro exclusivo de delimitación de los perjuicios resarcibles. Luego, el fin de protección del contrato se presenta como un criterio de fundamentación de la responsabilidad civil contractual que permite delimitar el daño indemnizable, y que deriva de una aplicación analógica de las reglas de responsabilidad aquiliana. En esta última, está obligado a indemnizar perjuicios todo aquel que contraviene una norma que tiene por finalidad proteger a terceros. En materia contractual, esa finalidad de la norma se identifica con el fin de protección del contrato, debiendo el juez establecer cuál es el fin o interés que protege el contrato y que, al verse vulnerado, generará la obligación de indemnizar¹⁹².

De esta forma, el propio contrato indicará qué intereses del acreedor deben ser satisfechos y, por consiguiente, qué consecuencias causadas por el incumplimiento del deudor deberán ser asumidas por este último y serán objeto de indemnización. Así, la idea fundamental de la teoría del fin de protección del contrato se relaciona estrechamente con la atribución de riesgos al deudor¹⁹³, ya que para determinar qué intereses del acreedor se encontrarán amparados por el ámbito de resguardo del contrato, tendremos que examinar qué riesgos fueron asumidos por el deudor, lo que implicará una labor interpretativa que corresponderá al juzgador¹⁹⁴. En seguida, esta tarea hermenéutica, es decir, la

¹⁹⁰ En esta dirección, léase: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 468.

¹⁹¹ Lo anterior nos parece la opción más acertada, más aún considerando la función de la indemnización en los derechos de España y Chile, la que es reparatoria o compensatoria en el caso del daño moral, no pudiendo nunca ser fuente de enriquecimiento.

¹⁹² Para todo, consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1675.

¹⁹³ Asunto al que nos referimos en el primer capítulo de este trabajo.

¹⁹⁴ Sobre el particular, véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 93-94. El autor efectúa un examen del surgimiento de esta doctrina en Alemania y sus nociones principales.

determinación del fin de protección del contrato, debe realizarse mediante un método subjetivo, esto es, orientándose a definir cuál era la intención de las partes al momento de celebrar el contrato, qué riesgos fueron asumidos por el deudor y, por tanto, qué intereses del acreedor deben entenderse protegidos. En otras palabras, “[l]a determinación del fin de protección del contrato debe hacerse a la luz de las circunstancias, incluyendo especialmente la intención de las partes”¹⁹⁵. De esta manera, la protección que ofrece el contrato al acreedor vendrá determinada por los riesgos que, a su turno, asume el deudor cuando se otorga el contrato.

Con todo, algunos autores han planteado que la doctrina del fin de protección del contrato conllevaría un peligro: “la idea de antijuridicidad manifestada en la violación de la norma fundamentadora de responsabilidad”¹⁹⁶. En este sentido, para que se genere el deber de indemnizar, es menester que el deudor transgreda la finalidad o interés protegido por el contrato, aspecto que no se ajustaría a la noción objetiva de incumplimiento, asentada en el nuevo sistema de responsabilidad contractual. Más todavía en el caso español, considerando lo dispuesto en el artículo 1107 del C.C.Esp., que distingue entre deudor doloso y de buena fe¹⁹⁷. Respecto a este peligro, si bien es cierto que, si atendemos a sus orígenes ligados a la responsabilidad extracontractual, la teoría del fin de protección del contrato puede llevarse al plano de la antijuridicidad, creemos que concibiéndola como un mecanismo de delimitación del daño indemnizable en relación con la atribución de riesgos al deudor, no se atenta contra la objetividad del incumplimiento, pues este continuará siendo objetivo, toda vez que no se requerirá dolo o culpa para la procedencia del remedio indemnizatorio ni tampoco para la delimitación del perjuicio¹⁹⁸.

Ahora bien, hemos dicho que el fin de protección del contrato se encuentra ligado a la atribución de riesgos del deudor y que estos riesgos vendrán determinados en atención a la voluntad de las partes a la época de celebrar el contrato. De este modo, y a la luz de la objetividad del incumplimiento, el contrato atribuirá ciertos riesgos al deudor, de cuya ocurrencia deberá responder frente al acreedor, entendiéndose que tales riesgos se

¹⁹⁵ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1676.

¹⁹⁶ MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 95.

¹⁹⁷ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 95. Como señalamos con anterioridad, nuestra opinión es que esta distinción debe ser abandonada para efectos de determinar la extensión del perjuicio resarcible.

¹⁹⁸ Ello, si nos decantamos por las nuevas tendencias en derecho obligacional expuestas en el acápite precedente, fundamentalmente por lo estipulado en el artículo 74 de la CISG y el artículo 7.4.4 de los PCCI.

encuentran bajo su esfera de control¹⁹⁹. Luego, la atribución del riesgo del incumplimiento, y de los perjuicios que este cause al deudor, encuentra su justificación en la finalidad y función del contrato, “que abre al deudor un horizonte limitado de riesgos, relacionados y dependientes de la operación o negocio”²⁰⁰. Estos riesgos que asumirá el deudor y que, por ende, se encontrarán comprendidos dentro del ámbito de protección del contrato, dicen relación con aquellos que señalan las partes al celebrar el mismo. Si estas nada indican, el tribunal deberá interpretar esta voluntad y, para ello, tendrá que atender al criterio jurídico de la previsibilidad al que aludimos en el acápite anterior.

Efectivamente, al celebrar un contrato, el deudor asume dos riesgos, por un lado, que el incumplimiento acaezca y, por otro lado, que esa inexecución le cause perjuicios al acreedor. Estos perjuicios cuyo riesgo tomará el deudor no son otros que los daños previsibles en la época de celebrar el contrato o que razonablemente debía prever. Así, el riesgo “se vincula con el curso normal de los acontecimientos y el conocimiento que poseen las partes al tiempo del contrato y aquel que razonablemente debiesen poseer”²⁰¹. Desde esta perspectiva, el ámbito de protección del contrato actuará tanto en favor del acreedor como del deudor. Será favorable al acreedor, por cuanto desde la génesis del contrato se le asegurará el resarcimiento de determinados daños que pudiese sufrir: los previsibles. Y será favorable al deudor, toda vez que desde el inicio de la relación obligacional quedará delimitada su obligación de indemnizar solo algunos daños: los previsibles²⁰².

Si el deudor pone sobre sus hombros el riesgo relativo a los daños previsibles, a *contrario sensu*, no responderá de los perjuicios imprevisibles, cuyo riesgo será asumido por el acreedor. Las partes pueden variar la atribución de estos riesgos y, en tal evento, la extensión del daño indemnizable se limitará o expandirá, empero, la atribución de riesgos que no se encuentren comprendidos dentro del curso normal de los acontecimientos repercutirá, ciertamente, en el contenido del contrato, así por ejemplo, si en una compraventa el comprador traslada un riesgo extraordinario al vendedor, seguramente el

¹⁹⁹ Consúltese: BARROS BOURIE, Enrique (2009), p. 178. Por lo mismo, como expusimos en el primer capítulo al tratar la atribución de riesgos, el deudor solo podrá liberarse de su obligación de resarcir los perjuicios si acredita que el incumplimiento es atribuible, precisamente, a circunstancias que están fuera de ese ámbito de control.

²⁰⁰ BARROS BOURIE, Enrique (2009), p. 179.

²⁰¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), p. 459.

²⁰² Sobre el particular, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), p. 459.

precio será mayor²⁰³. Se observa entonces, que la regla de la previsibilidad del daño examinada en el apartado anterior y la doctrina del fin de protección del contrato se complementan entre sí para efectos de establecer la extensión del daño indemnizable.

Cabe agregar, que la doctrina del fin de protección del contrato en cuanto instrumento jurídico de delimitación del perjuicio resarcible, es posible colegirla, básicamente, de las mismas normas a las que aludimos al tratar la previsibilidad del daño en el acápite precedente. Dentro de estas disposiciones, destacamos el artículo 74 de la CISG y el artículo 7.4.4 de los PCCI, que no caen en la distinción entre deudor doloso o culpable para establecer la extensión del daño resarcible –como sí lo hacen, retrocediendo al modelo tradicional, el artículo 9:503 de los PECL y el artículo 3:703 del DCFR–, sino que únicamente se centran en el daño propiamente dicho, estableciendo un criterio de previsibilidad y probabilidad de acaecimiento del daño, previsibilidad al momento de celebrar el contrato y probabilidad de que ese daño sea causado por la inejecución.

Finalmente, es importante resaltar que los dos elementos centrales a los que deberá atender el juez para determinar el fin de protección del contrato y, en definitiva, establecer qué riesgos asumió el deudor y por tanto deberá resarcir al acreedor, corresponden a la voluntad de los contratantes y la previsibilidad de los daños. Por ello, desde nuestra perspectiva, si bien la previsibilidad y la doctrina del fin de protección del contrato se complementan entre sí a la hora de delimitar los perjuicios resarcibles, no se deben confundir, toda vez que para determinar el ámbito de protección del contrato se requiere de una labor interpretativa tendiente a desentrañar la voluntad de las partes al momento de celebrar la convención, para lo cual se atenderá a las circunstancias de cada caso y a la previsibilidad del daño.

3. LÍMITES AL DAÑO INDEMNIZABLE

Cuando aludimos a los límites del daño indemnizable, nos referimos a aquellos criterios jurídicos que operarán una vez delimitada, *a priori*, la extensión del perjuicio y que permitirán limitar o reducir la indemnización en un caso concreto. Nos referimos al deber

²⁰³ Al respecto, consúltense: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1676; y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), p. 460.

de mitigar el daño y al ejercicio conjunto de la pretensión indemnizatoria con otros remedios que integran el sistema articulado de remedios en el nuevo derecho contractual.

3.1. DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

El deber de mitigar el daño constituye un principio fundamental del *common law*, en virtud del cual “el acreedor está sujeto a la carga de mitigar el alcance de sus daños, mediante la aplicación de las medidas que sean razonables, de forma que los daños que pudieran haber sido razonablemente evitados, y no lo hayan sido, corren a cuenta del acreedor”²⁰⁴. En la formulación anglosajona, el deber de mitigar engloba tres reglas, a saber: en primer término, el afectado no puede solicitar el resarcimiento de perjuicios que podría haber evitado adoptando medidas razonables a la luz de las circunstancias; luego, el perjuicio mitigado no es compensable, es decir, si el acreedor reduce o evita daños no podrá pedir la indemnización de estos; por último, si el lesionado incurre en gastos razonables para mitigar el daño causado por el deudor, podrá recuperarlos²⁰⁵.

En algunos ordenamientos de la Europa continental, se conecta el referido deber de mitigar con la concurrencia de culpa del acreedor, tal es el caso, por ejemplo, del sistema alemán, en el que encontramos el artículo 254 del BGB que realiza un tratamiento conjunto de ambas figuras²⁰⁶. Esta conexión puede resultar lógica, toda vez que tanto el deber de mitigar el daño como la concurrencia de culpa pueden vincularse con la causalidad del daño final, en el sentido de que el deudor solamente será responsable de aquellos perjuicios que efectivamente ha causado y no de aquellos que provengan de la conducta del propio afectado. Empero, en estricto rigor, estamos frente a hipótesis diversas. En efecto, el deber de mitigar no surge sino hasta que la inejecución haya acaecido y, en ese entonces, se esperará que el acreedor tome las medidas que razonablemente fuesen necesarias para evitar o minimizar el perjuicio, en cambio, en la concurrencia de culpa estamos

²⁰⁴ HARRIS, Donald y TALLON, Denis (1989), p. 249.

²⁰⁵ Sobre estas particularidades del deber de mitigar en el *common law*, véase: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), pp. 1677-1678.

²⁰⁶ Consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1678. La autora, además, alude a los casos de Italia, Austria y Holanda, países en que también se regulan conjuntamente ambas situaciones.

derechamente en presencia de una contribución del acreedor a la causación de los perjuicios: la conducta del acreedor es una de las causas del perjuicio²⁰⁷.

En España, el deber del acreedor de mitigar el daño no cuenta con una consagración positiva, no obstante, es posible encontrar aplicaciones de este en la jurisprudencia derivándolo del artículo 1258 del C.C.Esp., es decir, como una aplicación concreta del principio de buena fe contractual²⁰⁸. En virtud de este principio, se impone a las partes un deber de conducta de comportarse de forma leal y correcta durante todo el *iter* contractual y, desde esta perspectiva, en caso de incumplimiento “[e]l acreedor no puede permanecer pasivo, si está en su mano limitar la extensión del daño resultante del incumplimiento de su deudor”²⁰⁹. Así, la mitigación del daño expresa un criterio de racionalidad jurídica, que en el ordenamiento español puede conectarse con las exigencias propias de la buena fe²¹⁰. Esta misma situación también es posible observarla en otras legislaciones de corte napoleónico, como la francesa y la belga²¹¹. En el C.C.Ch., cuya fuente inmediata es el *Code* francés, tampoco se recoge expresamente el deber de mitigar el daño y, peor aún, ha sido un tema con escasísimos pronunciamientos judiciales²¹².

Ahora bien, los instrumentos internacionales de derecho privado europeo reconocen expresamente el deber de mitigar el daño, en su mayoría, regulándolo como un límite del daño indemnizable. El primero en reconocerlo fue el artículo 77 de la CISG, que dispone que quien invoque el incumplimiento deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias concretas, a fin de reducir la pérdida resultante de la inejecución, incluyendo el lucro cesante. Agregando que si no se adoptan esas medidas, el deudor podrá solicitar la reducción de la indemnización de los daños en la suma en que

²⁰⁷ Esta distinción es posible encontrarla con claridad en los PCCI, los PECL y el DCFR, instrumentos internacionales que regulan en diferentes normas el deber de mitigar el daño y la concurrencia de culpa del acreedor, refiriéndose a las pérdidas imputables a la parte perjudicada en este último caso. A su turno, en la CISG no existe un precepto que se refiera expresamente a la hipótesis de concurrencia de la negligencia del acreedor, sin embargo, esta podría deducirse de su artículo 80, que reza: “*Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla*”. Así, implícitamente también distingue entre el deber de mitigar el daño y la concurrencia de culpa del perjudicado. Finalmente, debemos señalar que en los Principios *Acquis* se consagra conjuntamente la contribución culposa del acreedor y la mitigación del daño. Para todo, véanse: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), pp. 1680 y ss.; y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), pp. 470 y ss.

²⁰⁸ Así lo expresan: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 470; y VICENTE DOMINGO, Elena (2014), p. 139.

²⁰⁹ PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1679.

²¹⁰ Así opina: DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008a), p. 783.

²¹¹ Consúltese: PALAZÓN GARRIDO, María (2013), p. 1679.

²¹² Tal como lo expone: PIZARRO WILSON, Carlos (2013), p. 70.

deberían haberse reducido estos por la actuación del acreedor. En estos términos, el deber de mitigar el daño implica una carga para el acreedor de mitigar los daños provenientes del incumplimiento, mediante la adopción de medidas razonables, a la luz de las circunstancias del caso concreto, y cuya inobservancia significará una rebaja en la indemnización. En la CISG, esta norma se enmarca dentro de un principio más general relativo a la razonable gestión de los efectos del incumplimiento por parte del acreedor²¹³.

También encontramos el deber de mitigar el daño en el artículo 7.4.8 de los PCCI, en el artículo 9:505 de los PECL y en el artículo 3:705 del DCFR. Estas normas se refieren a la mitigación del daño desde otra perspectiva, pues estipulan que el deudor no responderá de las pérdidas que sufra el acreedor en el evento que este último hubiese podido aminorar el daño adoptando medidas razonables. Se aprecia entonces que, dogmáticamente, no estamos frente a un deber del acreedor, sino que ante un mecanismo jurídico que permite limitar la indemnización de daños. En este sentido, estos textos dan por supuesto que el acreedor intentará reducir los daños derivados de la inejecución en la medida en que se establece como consecuencia de no llevar a cabo esa conducta la disminución del alcance de los perjuicios resarcibles, por consiguiente, si el acreedor no intenta mitigar el daño, el único perjudicado será él²¹⁴. Sumada a esta diferente perspectiva, otro aspecto novedoso respecto a la CISG de los referidos artículos de los PCCI, los PECL y el DCFR, estriba en que estos últimos disponen expresamente que el acreedor tendrá derecho a recuperar el importe de cualquier gasto razonable en que hubiese incurrido en su intento de mitigar el daño²¹⁵. En la misma dirección se orienta el artículo 1211 del PMCC.

En lo que concierne al fundamento del deber del acreedor de mitigar el daño, se ha propuesto que este podría sustentarse en una simple lógica económica, en el principio de buena fe contractual, o bien en la causalidad. Estas últimas dos opciones, en la práctica, nos permiten sustentar la aplicación de la mitigación del daño en legislaciones en las que no se consagra expresamente, como ocurre precisamente en España y Chile. Con todo, para los efectos de este trabajo, creemos que más relevante que examinar sus fundamentos es

²¹³ Para todo lo expuesto, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006), p. 460.

²¹⁴ En esta dirección: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 472.

²¹⁵ Sobre la base de lo expuesto, se ha dicho que en la CISG la mitigación del daño se concibe como una norma de conducta que pesa sobre el acreedor, la que incluso podría estimarse como una obligación de medios. En los PCCI, los PECL y el DCFR en cambio, la mitigación del daño aparece como un medio de defensa del deudor. Consúltese: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), pp. 472-473.

detenernos en cómo opera, o debe operar, la referida mitigación²¹⁶. En este sentido, y atendido lo que se ha expuesto hasta ahora, es posible observar que el deber de mitigar el daño más que una norma de conducta a la que debe atenerse el acreedor ante el incumplimiento del deudor, actúa como un criterio jurídico al que deberá atender el juez a fin de, eventualmente, limitar el perjuicio resarcible en un caso concreto.

Al respecto, debe establecerse bajo qué parámetros el juzgador definirá si al acreedor le era exigible o no mitigar el daño. De los textos internacionales que hemos mencionado, se desprende que el primer aspecto a considerar es la razonabilidad de las medidas. En efecto, al acreedor solo le será exigible adoptar las medidas que sean razonables, no pudiendo exigírsele que intente aminorar el daño a cualquier costo²¹⁷. Luego, para determinar la razonabilidad habrá que estar a las circunstancias específicas de cada caso, teniéndose presente la actitud que han adoptado los contratantes, por ejemplo, si el acreedor ha ejercido algún remedio o si el deudor ha intentado minimizar los efectos de su inejecución²¹⁸. Así, la materialización del deber de mitigar se relaciona con el fin de protección del contrato, por cuanto para establecer si le era exigible al acreedor tomar medidas de mitigación, se deberá indagar en la voluntad de las partes al celebrar el contrato, a la previsibilidad del daño y, en definitiva, a los riesgos que asumió el deudor²¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse que el deber de mitigar el daño, si bien se puede servir del fin de protección del contrato, corresponde a un criterio distinto a este último y, por ello, aún cuando el riesgo de un daño haya sido asumido en un principio por el deudor, en virtud de la mitigación del daño y las circunstancias de cada caso, finalmente podría el deudor no responder por la totalidad de ese daño²²⁰. Para explicar este punto, clarificador resulta el ejemplo de MORALES MORENO a propósito de la operación de reemplazo para evitar agudizar el daño por lucro cesante: “el arrendatario que se ha visto privado del local arrendado, por causa imputable al arrendador, puede arrendar un nuevo

²¹⁶ Para un análisis sobre los fundamentos del deber de mitigar el daño, puede leerse: PIZARRO WILSON, Carlos (2013), pp. 76 y ss.

²¹⁷ En esta línea: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 264.

²¹⁸ Estas ideas son extraídas de lo expuesto por: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 185.

²¹⁹ Véase: PIZARRO WILSON, Carlos (2013), pp. 78-79. El autor hace la reflexión refiriéndose a la causalidad en cuanto fundamento del deber de mitigación, aludiendo a la imputabilidad objetiva. No obstante, y aún cuando no se sostenga a la causalidad como tal sustento, la doctrina del fin de protección del contrato nos servirá para establecer el parámetro de razonabilidad.

²²⁰ De ahí la distinción que efectuamos entre criterios de delimitación y limitación del daño resarcible.

local en el que desarrollar la actividad comercial, paliando así la pérdida de beneficios”²²¹. De este ejemplo, se colige que aunque el riesgo del daño producido por el incumplimiento del arrendador al privar del local arrendado al arrendatario, recaía en el primero, si el segundo no hace nada para evitar perpetuar el lucro cesante, pese a que este era previsible y se encontraba dentro del fin de protección del contrato, la indemnización por tal concepto podrá reducirse haciendo uso del criterio referente al deber de mitigar el daño.

Pues bien, cabe preguntarse cuáles concretamente podrían ser estas medidas razonables que el acreedor podría adoptar para evitar o disminuir el perjuicio causado por la inejecución. La primera de ellas, como adelantamos en el ejemplo anterior, corresponde a la realización de una operación de reemplazo. A nuestro juicio, esta medida reviste gran importancia, toda vez que se ajusta perfectamente a las condiciones del tráfico jurídico actual, en el que la mayoría de los contratos son de objeto fungible, y por lo mismo, es recogida por los textos que conforman el nuevo derecho contractual. La operación de reemplazo “consiste, propiamente, en la celebración de un nuevo contrato, similar al incumplido, a través del cual el acreedor pueda satisfacer directa o indirectamente su interés”²²². Desde esta perspectiva, la operación de reemplazo es una medida de mitigar el daño y, al mismo tiempo, un mecanismo que el acreedor tiene para satisfacer su interés.

Lógicamente, la operación de reemplazo solo procederá cuando el bien o servicio objeto del contrato sea fungible y, además, cuando el acreedor ejerza como remedio la resolución del contrato, pues si opta por la reducción del precio o el cumplimiento, se entiende que su interés se satisface con la prestación del contrato incumplido y no con otra, y encontrándose amparado ese interés por el fin de protección del contrato, no puede ser compelido a desligarse del mismo. Empero, esto último no es absoluto, pues deberá atenderse igualmente al caso concreto y a la actuación de buena fe del acreedor. Dentro de las disposiciones que se refieren a las operaciones de reemplazo en el nuevo derecho contractual, encontramos las siguientes: artículo 75 de la CISG, artículo 7.4.5 de los PCCI, artículo 9:506 de los PECL y artículo 3:706 del DCFR.

Todas estas normas tienen en común que la operación de reemplazo debe efectuarse de forma oportuna por el acreedor y que, además, se deja a salvo el derecho del acreedor de

²²¹ MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 183.

²²² MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 183.

resarcirse de la diferencia entre el valor de lo que debería haber pagado de acuerdo al contrato que se resuelve y el valor de lo que realmente tendrá que pagar producto de la operación de reemplazo con un tercero, sin perjuicio de la indemnización de otros daños²²³. Con todo, las medidas de mitigación del perjuicio no se limitan a la operación de reemplazo, sino que el acreedor puede tomar diversas medidas tendientes a obtener tal mitigación, que no necesariamente dicen relación con la celebración de un nuevo contrato con un tercero, como serían, por ejemplo, modificar sus estrategias de inversión, redistribuir recursos productivos o financieros, entre otras acciones²²⁴.

A nuestro juicio, atendido lo que se ha expuesto, el deber de mitigar el daño no puede imponerse como una norma de conducta al acreedor, sino que debe concebirse como un instrumento jurídico que permite limitar el daño indemnizable y, por su solo efecto, impulsará al acreedor para aminorar los daños en la medida de lo razonable²²⁵. Luego, las medidas deben ser razonables a la luz del fin de protección del contrato y de los riesgos que asumió el deudor al momento de celebrar la convención, pero sin dejar de lado las circunstancias específicas de cada caso concreto, pues estas últimas podrían inclinar la balanza en favor del deudor aún cuando el daño causado por el incumplimiento era de aquellos cuyo riesgo había asumido en un primer momento, tal como expusimos a propósito del ejemplo de MORALES MORENO.

3.2. COMPATIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA CON OTROS REMEDIOS

En el primer capítulo, al referirnos a las nuevas tendencias en la responsabilidad contractual, señalamos que en el moderno derecho de los contratos se dispone en favor del acreedor un sistema articulado de remedios, mecanismos entre los cuales podrá optar de forma relativamente libre a fin de obtener la satisfacción de su interés. También dijimos que el supuesto básico de todos estos remedios era el incumplimiento, y expusimos las

²²³ Consúltese: MALO VALENZUELA, Miguel (2016), p. 265.

²²⁴ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 183. Para referirse a estas otras medidas de mitigación el autor utiliza la expresión *actuaciones de reemplazo*.

²²⁵ Prevenimos que, en nuestra opinión, sea que se considere como deber de conducta o como simple criterio limitador del daño indemnizable, el deber de mitigar el daño no procederá cuando las partes hayan pactado una cláusula penal evaluando anticipada y expresamente los perjuicios.

principales características y efectos de cada uno de ellos. Asimismo, indicamos que la pretensión indemnizatoria constituía un remedio de aplicación general para cualquier clase de incumplimiento y que, además, podía ejercerse de forma autónoma o conjunta con cualquiera de los otros remedios. Precisamente, esta última hipótesis es la que nos interesa, pues el ejercicio conjunto de otros remedios con la indemnización puede compensar los efectos negativos de la inejecución y, por ende, aminorar los daños, debiendo reducirse el resarcimiento para evitar un enriquecimiento injusto del acreedor²²⁶. A continuación, aludiremos brevemente a los efectos de cada uno de estos remedios en cuanto límite del perjuicio resarcible, a saber: pretensión de cumplimiento; resolución; suspensión de cumplimiento por el acreedor; y reducción del precio.

La pretensión de cumplimiento, entendida como ejecución *in natura*, se traduce en la satisfacción del interés del acreedor de acuerdo al contenido inicial del crédito²²⁷. Empero, aquello no descarta que deban resarcirse otros daños derivados de la inejecución, como por ejemplo, alguna pérdida de beneficio que se identifique como lucro cesante. Luego, se ha dicho que la pretensión de cumplimiento produce un efecto equiparable al de una operación de reemplazo²²⁸, pues en ambas se alcanzaría la satisfacción del interés primario del acreedor, no obstante, en los dos casos puede intentarse la reparación de otros daños²²⁹. Así entonces, el ejercicio de la acción de cumplimiento limitaría el alcance de los perjuicios en lo relativo al interés primordial del acreedor, pero deja la puerta abierta al resarcimiento de otros daños causados por el incumplimiento.

Respecto a la resolución, lo primero que hay que decir es que, como indicamos en el segundo capítulo al tratar la reparación integral del daño, aún cuando el acreedor opte por ejercer este remedio se indemnizará el interés positivo²³⁰. Sin perjuicio de ello, para efectos de limitar el perjuicio resarcible y evitar un enriquecimiento injustificado del acreedor, deberá tenerse presente la ventaja que puede suponer para el acreedor el efecto liberatorio

²²⁶ Así lo explica: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 475.

²²⁷ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 186.

²²⁸ Consúltese: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 186.

²²⁹ Por ejemplo, el artículo 75 de la CISG dispone que en el evento en que se lleve a cabo una operación de reemplazo, el acreedor igualmente podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualquier otro perjuicio exigible.

²³⁰ Como se colige, por ejemplo, de las siguientes normas: artículo 7.4.2 de los PCCI, artículo 9:502 de los PECL; y artículo 3:702 del DCFR. No obstante las discusiones de la doctrina clásica al respecto.

de la resolución²³¹. Desde esta perspectiva, habrá que considerar qué beneficios obtuvo el acreedor producto de haber quedado liberado del vínculo jurídico-obligacional que lo ligaba al deudor, por ejemplo, si realizó o no una operación de reemplazo que aminoró el perjuicio, o bien si se había entregado alguna cosa de la que obtuvo frutos que ahora debe restituir en mérito de la resolución, evento en el que podrán compensarse estos con el monto de la indemnización, entre otras variantes²³². Lo relevante, es que la resolución es un remedio que no impide el resarcimiento por el interés positivo y que produce un efecto liberatorio que permite al acreedor, eventualmente, paliar los efectos negativos de la inejecución, lo que repercutirá en el daño indemnizable.

En lo concerniente a la suspensión de cumplimiento por el acreedor, el ejercicio de este derecho también podría tener consecuencias en el *quantum* resarcitorio, ya que si bien la inejecución del deudor justifica, en el marco de un contrato bilateral, que el acreedor suspenda temporalmente el cumplimiento de su prestación recíproca, esta suspensión no será eterna y devendrá, en última instancia, en la resolución del contrato o en su cumplimiento forzoso o tardío. Así pues, la indemnización de perjuicios podrá verse limitada en los términos que hemos expuesto en los párrafos precedentes, sumándose que, en el evento que a la suspensión le siga el cumplimiento, el acreedor tendrá que entregar las ventajas que haya obtenido durante la suspensión, o bien compensarse estas con el perjuicio resarcible, reduciéndolo²³³.

Finalmente, debemos referirnos al efecto de la reducción del precio en la indemnización. Al respecto, al contrario de lo que se colige al analizar el modelo clásico de responsabilidad contractual español²³⁴, en el moderno derecho contractual el ejercicio de la facultad de reducir el precio por parte del acreedor no excluye la posibilidad de pedir el resarcimiento de los perjuicios que causó el cumplimiento imperfecto del deudor²³⁵. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 50 de la CISG y del artículo 9:401 (3) de los PECL. Con todo, esta última disposición previene expresamente que si se opta por la reducción del

²³¹ Consúltase: MORALES MORENO, Antonio (2010), pp. 188 y ss.

²³² Véase: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011), p. 476.

²³³ Así lo explica: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 191.

²³⁴ Del párrafo segundo del artículo 1486 del C.C.Esp. se colige que, en materia de vicios ocultos, si el acreedor opta por la reducción del precio no podrá reclamar el resarcimiento de perjuicios, pues esa opción solo se mantiene para el evento en que opte por la rescisión. Distinta es la opción del artículo 1861 del C.C.Ch., que permite la indemnización en ambos casos, cuando el vendedor sabía o debía saber los vicios ocultos y no los declaró.

²³⁵ Véase: MORALES MORENO, Antonio (2010), p. 192.

precio, el acreedor no podrá solicitar la indemnización por el menor valor de la prestación recibida, cuestión lógica, ya que lo contrario sería un atentado del acreedor contra sus propios actos.

De esta forma, podemos apreciar que, de una u otra manera, el ejercicio conjunto del remedio indemnizatorio con cualquiera de los otros remedios puede llegar a actuar como un límite al perjuicio resarcible. Límite que se fundamenta en la función de la indemnización, en el sentido de que esta no puede constituir una fuente de lucro del acreedor y, por ende, debe evitarse un enriquecimiento injustificado.

4. EL ETERNO PROBLEMA DEL DAÑO MORAL Y SU DELIMITACIÓN

Hemos expuesto los criterios jurídicos mediante los cuales se delimita el perjuicio resarcible en el moderno sistema de responsabilidad contractual. Todos ellos resultan aplicables a los daños económicos, empero, cabe preguntarse si resultan igualmente predicables respecto del daño moral. Como indicamos en el segundo capítulo al tratar el daño no económico, la tendencia actual es admitir la reparación del daño moral derivado de una inejecución contractual, entendiéndose el daño moral en un sentido amplio, no limitándolo únicamente al *pretium doloris*. Luego, uno de los eternos problemas que ha presentado el resarcimiento del daño moral dice relación, justamente, con su delimitación, ya que los intereses lesionados no pueden ser valorados mediante parámetros pecuniarios concretos, y es que cómo avaluar en dinero, por ejemplo, el daño psicológico o el dolor físico²³⁶ –prevenimos que no pretendemos efectuar un análisis acabado del tema, sino simplemente aludir a las vías de solución que los criterios jurídicos de delimitación del daño estudiados con anterioridad pueden ofrecer al respecto–²³⁷.

²³⁶ En España, encontramos la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, texto legal que estableció baremos aplicables a las indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico. Empero, estos parámetros resultan aplicables únicamente a la responsabilidad civil extracontractual derivada de esos accidentes, no siendo vinculantes para el juez en otras hipótesis –aunque puede utilizarlos como referencia–.

²³⁷ Para profundizar sobre la determinación del *quantum* daño moral, véase la siguiente obra: GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (2017).

Pues bien, el problema de la determinación del daño moral proviene, como es sabido, de la función de la indemnización en esta clase de daño. En el daño no pecuniario la función de la indemnización es compensatoria y no reparatoria como en los daños patrimoniales, faltando parámetros objetivos que determinen cómo valorar los daños morales, dejándose amplio campo a la discrecionalidad judicial²³⁸. En este sentido, los tribunales suelen recurrir a la *razonabilidad* y la *prudencia* para fijar el monto del daño no económico, sin efectuar referencia alguna a los criterios utilizados para delimitar esta clase de perjuicio²³⁹. La ventaja que brinda el nuevo sistema de responsabilidad contractual es que ofrece ciertos instrumentos jurídicos de delimitación del daño resarcible que, matizándolos, también es posible aplicar a la hora de delimitar el daño no económico, a saber: la previsibilidad del daño y el fin de protección del contrato.

En efecto, estos son los criterios que deben delimitar el perjuicio extrapatrimonial y a los cuales los jueces deben atender para justificar tanto la procedencia como la cuantía del perjuicio resarcible. Como expresamos en su oportunidad, somos partidarios de concebir una noción amplia de daño no económico, sin embargo, aquello no significa adherir a un uso desmedido del concepto, pues aún tratándose de daños morales, estos deberán someterse a un examen de previsibilidad y analizar si se encuentran dentro del ámbito de protección del contrato en los términos indicados en los acápites precedentes²⁴⁰. Así por ejemplo, habrá que examinar si los perjuicios no pecuniarios que produjo el incumplimiento del deudor, eran previsibles o no a la luz del contrato y las circunstancias específicas de este, y si el riesgo de esos perjuicios había sido asumido —o no— por el deudor al momento de celebrar el contrato²⁴¹.

Sumado a lo anterior, también se ha planteado que el juzgador debe atender a la entidad o gravedad del perjuicio no económico para determinar su procedencia y cuantía, teniendo

²³⁸ Consúltese: GALLARDO CASTILLO, María (2015), p. 59.

²³⁹ Sobre este asunto, véase: PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006), pp. 153 y ss.

²⁴⁰ En este sentido, “es preciso indagar si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar tal interés en caso de incumplimiento por su parte. Pero por supuesto que no sólo hay que analizar los intereses personales que en el contrato se prevén proteger de modo expreso (extremo poco frecuente), sino también aquellos intereses cuya necesidad de tutela se encuentra incorporada en el contrato de modo implícito”. Así es mantenido por: RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma (2007), p. 256.

²⁴¹ Al respecto, véase: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000), pp. 275 y ss. La autora analiza el principio contractual de la previsibilidad en el *common law* a propósito del daño moral proveniente de un incumplimiento. Aquello, resulta atingente a nuestro estudio atendido al reconocimiento expreso tanto del daño moral contractual como del principio de previsibilidad en el nuevo derecho de la contratación.

en cuenta para ello, entre otras circunstancias, “el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral sólo ha de indemnizarse cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso, entre otras razones, porque será difícil acreditar un daño moral ocasionado por un defecto leve”²⁴². En otras palabras, en materia de daño no patrimonial será exigible que el perjuicio moral revista una determinada importancia para efectos de su indemnización y, asimismo, esa gravedad habrá que considerarla al fijar su cuantía.

De este modo, del análisis de los instrumentos jurídicos de delimitación del perjuicio indemnizable que nos otorga el moderno derecho de la contratación, es posible desprender algunos parámetros para delimitar el perjuicio moral y evitar el abuso o arbitrariedad en su aplicación, tanto en lo relativo a su procedencia como a su *quantum*. Estos parámetros son, al igual que en el daño económico: la previsibilidad del daño y el fin de protección del contrato –junto a los riesgos asumidos por el deudor en la génesis del contrato–. Sumándose, en el caso del daño no económico, la entidad o gravedad del daño moral, para lo cual habrá que estar a las circunstancias particulares de cada caso en relación al contrato de que se trate²⁴³.

²⁴² RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2007), p. 259.

²⁴³ Todo lo expuesto, es sin perjuicio de lo que se indicó al aludir al daño moral por pérdida de oportunidad en el capítulo segundo de este trabajo.

CONCLUSIONES

1. El moderno sistema de responsabilidad contractual se estructura sobre la base de dos postulados esenciales que repercuten en materia de daños. De una parte, se concibe una noción unitaria y objetiva de incumplimiento, que abarca el incumplimiento total y los cumplimientos imperfecto o tardío. Además, la inejecución es un hecho objetivo, ya no se requiere que este sea imputable al deudor a título de dolo o culpa para que proceda el resarcimiento, quien solo podrá liberarse si la inejecución deviene de un impedimento ajeno a su esfera de control y que, razonablemente, no pudo haber previsto. De otra parte, se recoge un sistema general, articulado y coherente de remedios en favor del acreedor, quien podrá optar por uno u otro de forma relativamente libre con el objeto de satisfacer su interés, teniendo todos como presupuesto básico y común el hecho del incumplimiento. Estos remedios son la pretensión de cumplimiento, la resolución, la suspensión del cumplimiento, la reducción del precio y la pretensión indemnizatoria. Esta última, se caracteriza por ser de aplicación general para toda clase de incumplimientos y poder aplicarse autónomamente o de forma conjunta con cualquiera de los otros remedios.

2. En el nuevo derecho de los contratos rige el principio de reparación integral del daño, por tanto, se considerarán daños indemnizable tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales que cause el incumplimiento. En el caso de los daños económicos, se contempla el daño emergente y el lucro cesante, existiendo respecto de este último un nuevo criterio para determinar su existencia y procedencia: la razonable probabilidad de su producción. En lo concerniente a los daños no económicos, la novedad radica en que se reconoce expresamente su resarcimiento a propósito de una inejecución contractual y se reconoce un concepto amplio de daño moral, que abarca no solo el *pretium doloris* sino que también la afectación de otros intereses no pecuniarios. Por nuestra parte, estamos de acuerdo con esta concepción amplia de daño moral, sin perjuicio de los criterios para delimitar el mismo. Ahora bien, la reparación integral que consagra el moderno sistema de responsabilidad contractual no es sinónimo de que cualquier perjuicio que cause el incumplimiento, aún siendo de aquellos susceptibles de ser indemnizados, serán objeto de indemnización, pues no basta la mera causalidad fáctica sino que se requiere que los daños

sean objetivamente imputables al deudor y, para determinar aquello, habrá que atender a los instrumentos jurídicos de delimitación del daño resarcible que nos ofrece el moderno derecho obligacional.

3. Los primeros llamados a delimitar el perjuicio indemnizable son los propios contratantes, ya sea con posterioridad al acaecimiento de la inejecución y la producción del daño, o de forma anticipada. En este último caso, el nuevo derecho de los contratos al recoger la cláusula penal integra un criterio de proporcionalidad entre la pena y el daño efectivamente causado, permitiendo al tribunal moderar la cláusula penal excesiva cuando la primera sea manifiestamente superior al segundo, aún cuando las partes hayan expresado lo contrario. En nuestra opinión, nos parece adecuada esta solución para evitar cláusulas penales abusivas, pues, por un lado, permite a los contratantes avaluar anticipadamente los daños, respetando la autonomía de la voluntad y, por otro lado, protege al contratante más débil imponiendo un criterio de proporcionalidad flexible para el juzgador, no limitándolo únicamente al cumplimiento imperfecto –como en España– ni a un mínimo de desproporcionalidad –como en Chile–. Luego, el riesgo de la discrecionalidad judicial ante un criterio flexible, se subsana atendiendo a la previsibilidad del daño y al fin de protección del contrato, pues para determinar si la pena es abusiva el juez deberá estar a estos criterios.

4. Si las partes nada indicaron, la delimitación del perjuicio indemnizable deberá realizarse a la luz de dos criterios jurídicos de imputación objetiva que recoge el nuevo derecho contractual: la previsibilidad del daño y el fin de protección del contrato. En lo que concierne a la previsibilidad, a nuestro entender, debe abandonarse la distinción entre deudor doloso y negligente que amplía el daño resarcible también a los perjuicios imprevistos en caso de mediar dolo. Ello, por cuanto en el nuevo derecho de los contratos el incumplimiento es objetivo, de modo tal que no debe requerirse que la inejecución sea imputable a título de dolo o culpa del deudor, ni para la procedencia de la indemnización ni para la delimitación del perjuicio resarcible, por eso se habla de una imputación objetiva de los daños. Así, el daño indemnizable será aquel que razonablemente era posible prever al momento de celebrar el contrato y que se encuentre dentro del ámbito de protección de este,

cualquier otro perjuicio que vaya más allá de esta esfera será eventualmente resarcible según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

5. En seguida, el fin de protección del contrato dice relación con los intereses del acreedor que se encuentran amparados por el ámbito de protección del contrato o, desde otra perspectiva, con los riesgos asumidos por el deudor. Este fin de protección del contrato se establecerá realizando una interpretación subjetiva del contrato, atendiendo a la voluntad de las partes al distribuir riesgos en la génesis del contrato, y considerando además la previsibilidad de los daños en ese mismo momento. En este sentido, la referida previsibilidad y el fin de protección del contrato son dos criterios jurídicos que se complementan entre sí a la hora de delimitar los perjuicios resarcibles, pero que, a nuestro juicio, no se deben confundir, pues en este último caso deberá primar la intención de los contratantes. Cosa distinta es que para poder colegir esta voluntad habrá que apoyarse en la previsibilidad y la razonable probabilidad de ocurrencia de los daños, además de las circunstancias específicas.

6. Sumados a estos criterios, en el moderno derecho obligacional encontramos otros instrumentos destinados a limitar o reducir el perjuicio indemnizable en un caso concreto, estos son: el deber del acreedor de mitigar el daño y el ejercicio conjunto de la pretensión indemnizatoria con otros remedios. A nuestro entender, el deber de mitigar el daño no constituye una norma de conducta dirigida al acreedor, sino que opera como un criterio jurídico que permite limitar el daño indemnizable en un caso concreto y que, por este efecto, impulsará al acreedor a aminorar los daños en la medida de lo razonable. Luego, esta razonabilidad debe determinarse a la luz del fin de protección del contrato y los riesgos asumidos por el deudor al celebrar el mismo, pero sin dejar de lado las circunstancias casuísticas y la buena fe contractual, que podrían inclinar la balanza en favor del deudor, incluso en aquellos casos en que el daño no mitigado haya sido de aquellos cuyo riesgo había asumido el deudor. En lo concerniente al ejercicio de otros remedios conjuntamente con la pretensión indemnizatoria, estos también podrán actuar como límites al daño indemnizable, pues los efectos de cada uno de ellos pueden atenuar el perjuicio ocasionado

por el incumplimiento y, en tal sentido, deberá reducirse la extensión del daño indemnizable con el objeto de evitar un enriquecimiento injustificado del acreedor.

7. Finalmente, debemos señalar que, a nuestro entender, los criterios jurídicos de delimitación del daño, en concreto, la previsibilidad del daño y el fin de protección del contrato, resultan plenamente aplicables tratándose de daños morales. En este sentido, el juez tendrá que observar si los daños no económicos causados por el incumplimiento eran previsibles al momento de celebrar el contrato y eran de aquellos cuyo riesgo había asumido el deudor en ese instante. Para ello, deberá atender a las mismas consideraciones señaladas al referirnos a esos instrumentos de imputación objetiva, sumándose además, en el caso de daños extrapatrimoniales, la entidad o gravedad de esta clase de perjuicio, para lo cual el tribunal deberá estar a las circunstancias casuísticas.

8. Así pues, de todo lo expuesto y de acuerdo a las posturas que tomamos al respecto, podemos señalar que en el moderno derecho contractual los daños indemnizables se identifican con todos aquellos perjuicios económicos o no económicos, incluyendo los futuros cuya ocurrencia sea razonablemente cierta, que hayan sido previsibles para el deudor al momento de celebrar el contrato o que razonablemente debió prever como consecuencia probable de su inejecución, y cuyo riesgo haya asumido en ese mismo momento, salvo que el incumplimiento sea excusable por un impedimento que escape a la esfera de control del deudor.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS Y MONOGRAFÍAS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria.

CLARO SOLAR, Luis (1937): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones, Tomo II*. Santiago, Imprenta Nascimento.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2012): *Daños punitivos*. Madrid, Edit. Civitas.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999): *Derecho de daños*. Madrid, Edit. Civitas.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid, Edit. Civitas.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008a): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias, 6º edición*. Madrid, Thomson-Civitas.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008b): *El escándalo del daño moral*. Pamplona, Thomson-Civitas.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral, Tomo I*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile.

GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (2017): *El daño moral y su cuantificación, 2º Edición*. Barcelona, Edit. Bosch.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996): *Derecho romano privado, Tomo II*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile.

HARRIS, Donald y TALLON, Denis (1989): *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*. Oxford, Oxford University Press.

LACRUZ BERDEJO, José (2001): *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*. Madrid, Edit. Dykinson.

MALO VALENZUELA, Miguel (2016): *Remedios frente al incumplimiento contractual: Derecho español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference*. Pamplona, Thomson Reuters (Legal) Limited.

MEDINA ALCOZ, Luis (2007): *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Navarra, Edit. Aranzadi S.A.

MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago, Edit. Legal Publishing.

MORALES MORENO, Antonio (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Pamplona, Thomson Reuters (Legal) Limited.

PASCUAL ESTEVILL, Luis (1995): *Derecho de Daños: Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual, Tomo I, 2º Edición*. Barcelona, Edit. Bosch.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (2006): *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Navarra, Edit. Aranzadi S.A.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1956): *Tratado de Derecho Civil, Tomo IV: Las obligaciones, 1º Parte*. Buenos Aires, Edit. La Ley.

VICENTE DOMINGO, Elena (2014): *El lucro cesante*. Madrid, Edit. Reus S.A.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2015): *Responsabilidad civil extracontractual, Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Madrid, Edit. Dykinson.

II. CAPÍTULOS DE LIBROS

BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2011): “Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual”. En de la Maza Gazmuri, Íñigo (coord.): *Incumplimiento contractual, nuevas perspectivas. Cuadernos de Análisis Jurídicos*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 235-262.

BARROS BOURIE, Enrique (2009): “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”. En Barros Bourie, Enrique; García Rubio, María; y Morales Moreno, Antonio: *Derecho de Daños*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 135-192.

CLEMENTE MEORO, Mario (2011): “Capítulo III: De las diversas especies de obligaciones”. En Cañizares Laso, Ana; de Pablo Contreras, Pedro; Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (Dirs.): *Código Civil Comentado, Volumen III, Libro IV - Obligaciones y contratos*. Pamplona, Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 194-239.

MORALES MORENO, Antonio (2006a): “Evolución del concepto de obligación en derecho español”. En Morales Moreno, Antonio: *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 17-54.

MORALES MORENO, Antonio (2006b): “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”. En Morales Moreno, Antonio: *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Navarra, Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 55-92.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José (2011): “La modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Los juristas y las reformas en tiempo de capitalismo global”. En Albiez Dohrmann, Klaus (dir.); Palazón Garrido, María y Méndez Serrano, María (coords.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, pp. 26-51.

PALAZÓN GARRIDO, María (2011): “El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: Un estudio desde el Derecho Privado Europeo”. En Albiez Dohrmann, Klaus (dir.); Palazón Garrido, María y Méndez Serrano, María (coords.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, pp. 423-447.

PALAZÓN GARRIDO, María (2013): “La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”. En Sánchez Lorenzo, Sixto (ed.): *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional, Segunda Edición*. Pamplona, Thomson Reuters (Legal) Limited, pp. 1645-1691.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2008): “La reparación del daño moral en el marco del futuro derecho contractual europeo”. En Alventosa del Río, Josefina y Moliner Navarro, Rosa (coords.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Volumen II*. Valencia, Publicaciones de la Universitat de València, pp. 937-967.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (2011): “La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo derecho de la contratación: el triángulo de las Bermudas”. En Albiez Dohrmann, Klaus (dir.); Palazón Garrido, María y Méndez Serrano, María (coords.): *Derecho privado europeo y*

modernización del Derecho contractual en España. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, pp. 448-482.

VAQUER ALOY, Antoni (2011): “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? En Albiez Dohrmann, Klaus (dir.); Palazón Garrido, María y Méndez Serrano, María (coords.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, pp. 369-399.

VICENTE DOMINGO, Elena (2003): “El resarcimiento de daños”. En Vattier, Carlos; de la Cuesta, José; y Caballero, José (dirs.): *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Tomo II*. Madrid, Edit. Dykinson, pp. 601-617.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007a): “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”. En Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago, Edit. Lexis Nexis.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008): “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil: Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”. En Pizarro Wilson, Carlos (coord.): *Estudios de Derecho Civil IV: Jornadas de Derecho Civil, Olmué, 2008*. Santiago, Legal Publishing, pp. 347-368.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2003): “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”. En Vattier, Carlos; de la Cuesta, José; y Caballero, José (dirs.): *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Tomo II*. Madrid, Edit. Dykinson, pp. 435-452.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2016): “Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en el sistema español”. En Pirozzi, Roberto e Yzquierdo Tolsada, Mariano: *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 63-153.

III. ARTÍCULOS EN PUBLICACIONES SERIADAS

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014): “La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII, 1º Semestre*, Valparaíso, pp. 57-82.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, N° 1*, pp. 85-106.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan (2011): “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 18-N° 1*, Coquimbo, pp. 85-118.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): “La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur”. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 3*, pp. 469-484.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro y MORALES MORENO, Antonio (2014): “Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012”. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, N° 3*, pp. 1155-1178.

GALLARDO CASTILLO, María (2015): “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad”. *Revista Aragonesa de Administraciones Públicas, N° 45-46*, pp. 35-66.

GARCÍA MATAMOROS, Laura y HERRERA LOZANO, María (2003): “El concepto de los daños punitivos o *punitive damages*”. *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, N° 1, Bogotá, pp. 211-229.

GÓMEZ POMAR, Fernando (2004): “Las fronteras del daño indemnizable”. *Revista Indret* 3/2004, pp. 1-10.

GÓMEZ POMAR, Fernando (2007): “El incumplimiento contractual en Derecho español”. *Revista Indret* 3/2007, pp. 1-49.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010): “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil Chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, Diciembre 2010, Santiago, pp. 65-113.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1991): “El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, N° 3, pp. 1019-1092.

PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 2° Semestre, Valparaíso, pp. 69-82.

PIZARRO WILSON, Carlos (2014): “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21-N° 1, Coquimbo, pp. 203-219.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma (2007): “La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 15, Año 2007, pp. 239-263.

RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013): “La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2, pp. 669-689.

SOLÉ FELIU, Josep (2009): “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”. *Revista Indret 1/2009*, pp. 1-42.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2006): “El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 3, Santiago, pp. 439-477.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007b): “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, Santiago, pp. 41-59.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2009): “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 1° Semestre, Valparaíso, pp. 221-258.

JURISPRUDENCIA

I. CHILENA

Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 15 de marzo de 2008, Rol N° 2076-2006.

Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 11 de junio de 2012, Rol N° 7974-2009.

Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 13 de marzo de 2017, Rol N° 30979-2016.

II. ESPAÑOLA

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1982, N° ROJ: 1369/1982.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1999, N° ROJ: 41/1999.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 8 de abril de 2003, N° ROJ: 2445/2003.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2005, N° ROJ: 621/2005.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2005, N° ROJ: 4809/2005.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2007, N° ROJ: 7770/2007.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 5 de marzo de 2009, N° ROJ: 1125/2009.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2011, N° ROJ: 5550/2011.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 22 de marzo de 2017, N° ROJ: 2559/2017.