

COMITÉ EDITORIAL DE ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL

- Prof. ENRIQUE BARROS BOURIE (Universidad de Chile)
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (Pontificia Universidad Católica de Chile)
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA (Universidad de Concepción)
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
Prof. SUSAN TURNER SAELZER (Universidad Austral de Chile)
Prof. HERNÁN CORRAL TALCIANI (Universidad de los Andes)
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON (Universidad Diego Portales)
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS (Universidad Adolfo Ibáñez)

THOMSON REUTERS
LA LEY



Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

ESTUDIOS
DE DERECHO CIVIL IX

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VALDIVIA, 2013

SUSAN TURNER
JUAN ANDRÉS VARAS
(COORDINADORES)

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

LA PREVISIBILIDAD COMO LÍMITE AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO POR
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Lilian C. San Martín Neira*

INTRODUCCIÓN

En Chile, al igual que en todos los países que siguieron al modelo francés, la extensión del daño resarcible depende del estatuto aplicable: contractual o extracontractual. Así, en virtud del artículo 1558, la responsabilidad contractual del deudor que incumple con culpa leve o levisima se limita a los *daños previstos o previsibles al tiempo de la contratación*, mientras que en la responsabilidad extracontractual dicho límite no rige.

A lo largo de los años, tal distinción ha sido objeto de duras críticas. Así, se ha señalado que su eliminación es necesaria para terminar con las *injustificadas* diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual, unificando el régimen de responsabilidad civil. En el ámbito nacional, siguiendo básicamente a la doctrina francesa, esta ha sido la opinión de Carmen Domínguez quien ha abogado por su supresión (aunque no necesariamente de manera formal, sino por la vía de una *reformulación*) con el fin de “evitar las consecuencias injustas e injustificables a que conduce”.¹ En su opinión, la regla de la previsibilidad se encuentra con problemas tanto teóricos como prácticos. En tal sentido se-

* Universidad Alberto Hurtado, correo electrónico liliansanmartinneira@gmail.com. Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales. “Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: una mirada a los artículos de los libros II y IV del Código Civil de Chile”. SOC 1111, de Conicyt.

¹ Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, N° XIX, p. 247. En principio, de la misma opinión sería Cárdenas, pues afirma que comparte “los argumentos que postula la nueva doctrina civilística, en cuanto a la supresión de la regla de la previsibilidad en el ámbito contractual”; sin embargo, acto seguido el autor destaca las bondades de mantener la regla y de limitarla a los casos de responsabilidad contractual. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo. “Sobre la extensión

ñala que la regla (i) no se corresponde con el estado actual del Derecho de la contratación, que no gira en torno a la voluntad; (ii) se opone al resarcimiento integral del perjudicado; (iii) presenta problemas para adaptarse a los supuestos de responsabilidad objetiva y mecanismos de aseguramiento tanto individuales como colectivos, y (iv) no es seguida uniformemente en derecho comparado, pues hay ordenamientos que no la contemplan, como el alemán, el griego y recientemente el holandés.²

A pesar de tales críticas, estamos convencidos de la utilidad práctica de la regla como característica propia de la responsabilidad contractual a cuya base se encuentra el contrato como mecanismo de distribución de riesgos. Estimamos que una lectura en conciencia de los ejemplos con que fue ilustrada en sus orígenes, puede arrojar luces sobre su sentido y correcta aplicación práctica. En consecuencia, este trabajo tiene como propósitos (i) determinar qué significa *previsibilidad* en el contexto del artículo 1558 del Código Civil, a la luz de sus orígenes históricos; y (ii) proponer algunas directrices para la aplicación práctica de la regla.

En efecto, afirmar que en caso de incumplimiento culpable el resarcimiento se limita a los daños *previstos o previsibles* sin ninguna explicación adicional dice bastante poco, pues la expresión *previsibilidad* reviste un carácter ambiguo y polisémico. En efecto, en el juicio de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato, la *previsibilidad* tiene a lo menos tres significados, correspondientes a tres distintos roles: (i) es un elemento de la culpa, en el sentido que incurre en culpa quien ejecuta una acción cuyas consecuencias dañinas eran previsibles; (ii) es un elemento de causalidad normativa, entendida como *causalidad adecuada*: se consideran causalmente conectados con el hecho los daños que responden a un juicio de regularidad causal conforme a lo que era previsible para el agente, y (iii) es un elemento para determinar el *quantum* del resarcimiento.³ Este último es el único rol expresamente atribuido por el

de la reparación del daño moral derivado de contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2005, vol. 32, Nº 2, pp. 379-387.

² DOMÍNGUEZ (n. 1), p. 246. Véase también DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. *El daño moral*. Santiago, Editorial Jurídica, 2000, tomo II, pp. 580 ss., donde la autora afirma que “ciertamente la supresión de esta regla es la solución ideal para evitar todos sus efectos distorsionadores y las graves injusticias generadas por la derogación que comporta al principio de reparación integral de los perjuicios”. *Cfr.* idem, p. 582.

³ Una advertencia de no confundir estas tres nociones de previsibilidad se encuentra en CARRASCO PERERA, Ángel. *Comentario al artículo 1107 del Código Civil español*, disponible en: <http://vlex.com/vid/articulo-1-107-228512>, p. 22. Una puntualización en este sentido realiza también Barros al tratar de la

legislador—los otros dos son elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales—y precisamente a éste limitaremos nuestra exposición.

II. SIGNIFICADO DE LA REGLA

A. Previsibilidad como elemento de la causalidad y previsibilidad como límite al resarcimiento

La doctrina nacional y extranjera está consciente de que “el canon de la previsibilidad [como criterio para determinar la cuantía del resarcimiento] puede prestarse a confusión en relación con la exigencia de causalidad de la responsabilidad contractual”.⁴ En consecuencia, se han propuesto diversos criterios para establecer la diferencia.⁵ Así, se ha señalado que la diferencia entre ambos criterios radica en el *momento* que debe considerar el juez para realizar el juicio de previsibilidad: “para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el hecho ilícito que causa daño, es decir, tratándose de la responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación [al daño previsible] establece claramente que el momento en que debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquel en que el contrato se celebra”.⁶

previsibilidad en los distintos elementos de la responsabilidad extracontractual: culpa, daño y causalidad. Véase BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, *passim*, especialmente pp. 398 ss.

⁴ *Cfr.* CORRAL TALCIANI, Hernán. *Contrato y daños por incumplimiento*, Santiago, AbeledoPerrot, 2010, p. 176.

⁵ En derecho comparado la diferencia entre la previsibilidad como elemento de la culpa y previsibilidad como límite al resarcimiento ha sido advertida por León, señalando que ellas difieren en cuanto a su *objeto, momento y consecuencias*. (LEÓN GONZÁLEZ, José María. “De nuevo sobre el artículo 1107 del Código Civil: Los daños previstos o previsibles”, en *Estudios de Derecho de las Obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley, 2006, p. 145). Asimismo, Morales Moreno señala que “el significado y la función de la previsibilidad del art. 1107 I [del Código Civil español] no deben confundirse con la función de la previsibilidad en la teoría de la adecuación. En la teoría de la adecuación la previsibilidad significa que no se pueden imputar al sujeto responsable los daños que no pudo prever (ni cuyo conocimiento le era imputable) al ejecutar el acto que fundamenta su responsabilidad. Una cosa es determinar el bien jurídico protegido, lo cual es función del art. 1107 I, y otra determinar si un daño a un bien jurídico protegido es o no imputable objetivamente al sujeto que materialmente lo ha causado, lo cual es función de las reglas de imputación objetiva, entre las que se incluye, con mayor o menor extensión, la correspondiente a la teoría de la adecuación”. *Cfr.* MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento y lucro cesante*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010, pp. 157-158.

⁶ CORRAL, cit. (n. 4), p. 177.

Según lo anterior, la previsibilidad consistiría siempre en un *juicio de normalidad*. Deben, por tanto, considerarse “previsibles aquellos efectos dañosos que se han producido conforme con *el curso normal de las cosas* y, por el contrario, debe estimarse imprevisibles los que se han originado de modo irregular, anormal o extraordinario”.⁷

Tal propuesta tiene como ventajas que permite utilizar una sola noción de previsibilidad para ambos problemas y otorga coherencia sistemática al artículo 1558. Sin embargo, ella no logra solucionar problemas como la previsibilidad de los daños morales: bajo qué criterios debe considerarse que los daños morales son previsibles o imprevisibles, y tampoco se hace cargo de la justificación de la limitación: ¿por qué en la delimitación del daño resarcible se considera el tiempo de la celebración del contrato y no el del incumplimiento? Por nuestra parte, consideramos que no es casualidad que la previsibilidad como límite del resarcimiento haya sido formulada exclusivamente en sede contractual; por consiguiente, creemos que es oportuno realizar un esfuerzo para diferenciar esta *especie* de previsibilidad, partiendo precisamente de las características propias del llamado *daño contractual* y del fundamento de la regla.

B. La previsibilidad como límite equivale al “riesgo” involucrado en la prestación y conocido por el deudor

a) Explicaciones propuestas sobre el sentido de la regla

Como expone resumidamente Corral,⁸ a lo largo de la historia han sido formuladas diversas explicaciones de la regla de la previsibilidad. Así, en prin-

⁷ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, N° 1, p. 20. La idea de *normalidad* como criterio explicativo de la regla de previsibilidad no es privativa de la doctrina nacional. Así, en España se ha señalado que “el art. 1107, I [equivalente al 1558] contiene, además, otro criterio causal que podría formularse así: son igualmente irresarcibles aquellas consecuencias que constituyen un resultado *anormal, irregular* respecto del incumplimiento; es decir, se apartan según la común experiencia del curso ordinario de las cosas (*id quod plerumque accidit*)”. Cfr. LEÓN, cit. (n. 5), p. 133, n. 1.

⁸ Sobre este punto véase también, DOMÍNGUEZ, cit. (n. 2), pp. 506 ss.; GÓMEZ POMAR, Fernando. *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002, p. 108 ss.; VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*. Paris, L.G.D.J., 2ª ed., pp. 594 ss.

cipio se la justificó en el consentimiento como fundamento de la obligación de resarcimiento, en tal sentido se señalaba que es de presumir que el deudor no se ha querido obligar a más del daño previsible. En Chile, esta es la opinión de Claro Solar. Otros, en cambio, justifican la procedencia de la norma en el principio de buena fe: “la buena fe se opondría a permitir que se indemnicen al acreedor los perjuicios que se producen de un modo imprevisto e inesperado para el deudor y que podían preverse solamente por las informaciones del acreedor”. Otros, hablan de la justicia contractual y la distribución de riesgos: se ha entendido que es el acreedor quien debe soportar el riesgo del desequilibrio contractual que suponen los daños imprevistos. También se ha justificado la máxima en la naturaleza del daño contractual, en razones de política legislativa y en razones de eficiencia económica.

Por último, en el medio nacional se ha propuesto una visión amplia, según la cual la regla “parece conveniente desde el punto de vista económico y político-legislativo, es más congruente con la racionalidad del contrato como instrumento de transferencia de bienes y servicios y resulta más sensata como presunción de lo que las partes han querido cuando no ha habido convención expresa en contrario”.⁹

En años recientes también encontramos nuevas opiniones en derecho comparado. Así, Gómez Pomar, criticando duramente las opiniones tradicionales, sostiene que “la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato”.¹⁰ Por su parte, Morales Moreno, siguiendo a Pantaleón,¹¹ afirma que la regla se refiere al *fin de protección del contrato*, en este sentido sostiene que su “función (...) no sería otra que la de establecer que el fin de protección del contrato lo determina, primariamente, la autonomía de la voluntad”.¹²

⁹ CORRAL, cit. (n. 4), p. 187.

¹⁰ GÓMEZ, cit. (n. 8), p. 53. En otra parte, el mismo autor afirma que “a la vista de los factores que inciden de modo esencial en el impacto de la regla sobre los comportamientos de las partes en el contrato, se infiere que el verdadero significado funcional de esta clase de reglas es el de inducir la transmisión de información relevante para el comportamiento de prestación y asimétricamente distribuida entre las partes contratantes, y hacerlo, además, incurriendo en los menores costes de transacción que sea posible”. Cfr. *idem*, p. 108.

¹¹ Véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *ADC*, 1991, vol. 48, N° 3, pp. 1019-1091, pp. 1025 ss.

¹² MORALES, cit. (n. 5), p. 164.

Estimamos que la explicación de la regla debe ser buscada en el sentido y alcance que le dieran los autores que sirvieron de fuente al Código Civil francés en la materia; en particular, creemos que deben considerarse los ejemplos con que tales autores, especialmente Pothier, explicaron el significado de la regla.

b) Origen y justificación histórica de la regla

Es sabido que los orígenes de la norma remontan a la obra de los juristas franceses Domoulin y Pothier, aunque también encontramos vestigios de la misma en la obra de Domat y anteriormente en el Derecho romano.¹³ De ahí pasó al Código Civil francés y luego a gran parte de los códigos decimonónicos. A su vez, la regla fue adoptada en el *Common Law* a partir del caso *Hadley v. Baxendale*.¹⁴

En una apretada síntesis,¹⁵ puede señalarse que en sus orígenes la regla de la previsibilidad como límite al resarcimiento constituye un intento por racionalizar los criterios establecidos en la constitución del emperador Justiniano contenida en C.7.47. Según ésta, los casos que dan lugar a resarcimiento se dividen en *ciertos* e *inciertos*: en los casos *ciertos*, el resarcimiento se limita al *duplum* y en los *inciertos* queda entregada a la prudencia del juez. Du Moulin explica esta limitación señalando que el deudor no ha querido obligarse más allá del *duplum*, porque no ha *previsto* otro daño; por consiguiente, a la *previsibilidad* del daño debe atenderse el juez también cuando se trate de casos *inciertos*. Más tarde, una vez desaparecida la vigencia de la Constitución, Pothier –retomando una antigua distinción medieval– afirma que el deudor es responsable sólo por los daños *intrínsecos*, pero en algunos casos se obliga también a los daños *extrínsecos*, esto ocurre cuando tales daños han sido *previstos* en el contrato y da una serie de ejemplos para explicar sus dichos.¹⁶ Del

¹³ Véase CANNATA, Carlo Augusto. *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 26 ss.; CARRASCO, cit. (n. 3), pp. 1 ss.

¹⁴ Sobre este caso, véase EISENBERG, Melvin Aron. *The Principle of Hadley v. Baxendale*, 1992, 80 Cal. L. Rev. 563, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol80/iss3/2>; MCGREGOR, Harvey. *On damages*, Londres, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, 2009, 18ª ed., *passim*; DOMÍNGUEZ, cit. (n. 2), pp. 275 ss.; CORRAL, cit. (n. 4), p. 212.

¹⁵ Para un análisis detallado de los orígenes históricos de la previsibilidad como límite al resarcimiento véase DOMÍNGUEZ, cit. (n. 2), pp. 493 ss.; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, *passim*.

¹⁶ Como señala Morales Moreno, “Pothier, inspirándose en la idea romana del daño ‘propter ipsam rem non habitam’ (ya que utiliza el modelo de las obligaciones de dar o entregar cosa), delimita el daño

Tratado de las Obligaciones la regla pasó íntegramente al *Code Civil* y de ahí al Código Civil chileno, entre otros.

Los ejemplos con que Dumoulin y Pothier ilustran la regla de la previsibilidad, así como el análisis que Domat realiza de las obligaciones dinerarias, son muy *decidores* en cuanto al significado de la misma, de ellos se desprende que la previsibilidad alude al *riesgo involucrado en la prestación y conocido por el deudor al tiempo de contratar*. Especialmente claros son los ejemplos de Pothier, pues en ellos la palabra *riesgo* aparece en numerosas ocasiones, tales ejemplos son:

Ejemplo 1. *El sacerdote que debe recibir sus pingües frutos*. El primer ejemplo que da Pothier se refiere al caso de un canónigo al que se le vende un caballo y luego el deudor culpablemente no puede entregarlo a tiempo. El vendedor queda desde luego obligado al mayor precio del caballo, pues el precio del caballo, como el de la mayoría de las cosas, “es variable”. En otras palabras: el riesgo del aumento de precio lo asume el vendedor. Pero ¿qué pasa con los daños derivados del destino que el comprador quería dar al caballo? En el caso, el hecho que el canónigo a causa de la falta de caballo no pudiera concurrir a retirar sus “grandes frutos”. En principio, el vendedor no responde de estos daños, a menos que se haya obligado a entregárselo a tiempo para que pudiera llegar en su día a su beneficio a recoger sus grandes frutos. La explicación de esto, sostiene Pothier, radica en que “el riesgo del perjuicio se había previsto y expresado, considerándose, por lo tanto, que me había encargado de éste”.

Ejemplo 2. *La compraventa de vigas de madera*. En el caso de compraventa de vigas de madera vendidas para apuntalar una casa, la cual se cae como consecuencia de que los maderos estaban podridos. Si el vendedor no era entendido en el asunto, sostiene Pothier, sólo deberá una deducción sobre el precio y no el valor de la casa. La justificación radica en que “se ha de reputar como no habiéndose encargado de ese riesgo”. Distinto sería el caso si el vendedor hubiera sido un carpintero, pues aquí responde de la ruina de la casa. Con todo, si el comprador emplea las vigas para apuntalar una casa más grande de aquella que le informó al vendedor que apuntalaría, el vendedor sólo responde del valor de la casa más pequeña, pues “no debe reputárselo por responsable de otra cosa más que del riesgo de que se ha encargado”.

indemnizable teniendo en cuenta la función o finalidad típicas del contrato celebrado. El acuerdo de los contratantes puede ampliar la responsabilidad del deudor más allá de estos contenidos típicos”. Cfr. MORALES, cit. (n. 5), p. 165.

Ejemplo 3. *El arrendatario de la casa.* El otro ejemplo que usa Pothier es el del arrendatario de una casa. Si la casa fue arrendada para habitación, no responde el arrendador por el comercio que el arrendatario hubiera instalado en la casa, pero si fue arrendada con este objeto, sí responde.

Ejemplo 4. *El carpintero que vende puntales en relación con el albañil que construye la casa.* Pothier expone el caso de un carpintero que vende puntales para sostener una casa, que cede por defecto de los puntales. El autor explica que el vendedor es responsable del valor de la casa, pero no de los muebles que se rompen por haber quedado al interior del edificio. La razón radica en que de ordinario se desamuebla una casa que se apuntala; por consiguiente, “dicho carpintero no debe ser considerado como responsable de la pérdida de dichos muebles, a menos que se hubiese encargado expresamente de ese riesgo”. Esta situación, en cambio, es distinta del caso en que se encarga a un albañil la construcción de una casa que cede por defecto de construcción una vez que el mandante vive en ella. En este caso el albañil debe responder, pues “al obligarse a construirme una casa para vivir en ella, o un inquilino, no podía ignorar que se llevarían a ésta muebles, pues no podía habitarse en ella sin ellos, y por consiguiente se ha encargado del riesgo de estos”. Finalmente, Pothier agrega una nueva hipótesis a este caso y sostiene que, en todo caso, el albañil no responde por la pedrería o cuadros de elevado precio que se hubieren ingresado en la casa, en este caso la indemnización se limita al valor de los muebles que de ordinario tiene una persona de la condición del mandante.

Ejemplo 5. *La venta de un predio cuya posibilidad de explotación comercial aumenta considerablemente.* Pothier también expone dos ejemplos relacionados con la cuantía del daño. El primero de estos ejemplos se refiere a la compraventa de una heredad con viñas situada en un lugar apartado y cuyas únicas rentas provenían de la comercialización del vino, pero eran muy bajas debido a la falta de mercado. Suponiendo que después de la compra el rey manda construir un canal que facilita la exportación del vino y luego el comprador es expulsado de la heredad, el daño sufrido por el comprador equivale a las rentas que podría obtener en las condiciones de mercado presentes al momento de la expulsión, pero como éstas exceden con mucho al precio original de la heredad (se vendió en 4.000 y los daños superan las 16.000), el resarcimiento debe moderarse según el criterio de *previsibilidad* contenido en la Constitución de Justiniano y, por tanto, limitarse “a la suma que [el deudor] ha podido pensar que podían llegar como máximo”. La moderación se deja al arbitrio del juez.

Ejemplo 6. *La venta de toneles utilizados para almacenar vino extranjero.* El segundo ejemplo relacionado con la cuantía del resarcimiento es el de la venta de toneles, tomado con alguna variación de la obra de Du Moulin.¹⁷ En este caso, afirma, el daño debido por el vendedor no dice relación con el precio de los toneles, sino con el vino, el que excede ampliamente el valor de las barricas. Sin embargo, si el comprador almacena en ellas un *vino extranjero* u *otro licor de un precio inmenso*, el vendedor sólo responde hasta la concurrencia del mejor vino del país, pues al vender los toneles, “no entendía encargarse de otro riesgo”, pues no podía prever que se almacenara en ella un licor de tan elevado valor.

Domat y las funciones del dinero. Finalmente, es útil analizar la opinión de Domat en relación al resarcimiento del daño en las obligaciones dinerarias, pues este autor justifica su limitación a los intereses precisamente sobre la base de la previsibilidad. Al efecto sostiene que la infinidad de daños que se pueden subseguir del defecto de pago de una suma de dinero, es un efecto de la naturaleza del dinero, que en sí mismo no teniendo un uso particular, sino ese uso general de precio de todas las cosas que se pueden estimar, para cada uno hace las veces de aquello que necesita. Por tanto, siendo diverso el uso del dinero, según las diversas necesidades que pueden darse, los daños que pueden sufrir aquellos que no reciben el pago de sus deudores son a la par diversos, según la diversidad de los usos a que estuviera destinado el dinero que les fuese debido. En consecuencia, el resarcimiento debía limitarse a los intereses, a menos que el uso hubiera sido convenido previamente por las partes.

c) Explicación de la regla a la luz de los ejemplos de Pothier

Analizados los ejemplos dados, resulta que la previsibilidad no dice relación con aquello que el deudor podía “estimar” serían los daños sufridos por el acreedor en caso de incumplimiento, sino con los riesgos asociados a la *destinación económica de la prestación en conocimiento del deudor*.¹⁸ En otras palabras, el deudor no es responsable de cualquier daño sufrido por el acreedor en virtud del incumplimiento, sino sólo de aquellos que constituyen la concreción de un

¹⁷ En el ejemplo original el comprador almacenaba vino en lugar de cerveza que era la función para la cual habían sido fabricadas las barricas.

¹⁸ En un sentido similar se ha señalado que “el objeto del juicio de previsibilidad no es el daño, sino la destinación del bien contratado, y el conocimiento de tal destinación implica para el deudor asumir el riesgo de todo el perjuicio conectado a ella”. Cf. FUENTES GUINEZ, Rodrigo. *La extensión del daño contractual*, Madrid, La Ley, 2009, p. 322.

riesgo asociado al destino económico de la prestación y que está en su conocimiento. Se trata, por tanto, de considerar el *interés del acreedor* involucrado en la relación obligatoria,¹⁹ según el *propósito práctico* perseguido al tiempo de contratar.²⁰ El deudor es responsable de los daños que se deriven de la frustración de ese propósito, siempre y cuando estuviera en conocimiento del mismo y hubiera asumido ese riesgo.

Lo dicho se desprende con claridad de los ejemplos referidos, así: (i) el canónigo que compra un caballo para ir a retirar sus *pingües frutos*, tiene derecho a que se le indemnice por no haber podido hacerlo, sólo si ese propósito había formado parte de lo pactado en el contrato; (ii) el comprador de vigas de madera sólo tiene derecho al valor de la casa para cuyo reforzamiento fueron vendidas las vigas, no de aquella más grande; (iii) el arrendatario sólo tiene derecho a que se le indemnice la pérdida del negocio entablado en el inmueble si desde el principio se acordó que ese sería el uso que le daría; (iv) quien compra puntales para una casa, sólo tiene derecho a que se le indemnice el valor de la casa, no los muebles que estaban adentro, a menos que se hubiera acordado que la casa estaría amoblada; (v) por el contrario, quien encarga la construcción de una casa para vivir en ella o arrendarla, tiene derecho a que se le indemnice por los muebles que se ingresen en ella, pues su destino económico (habitación) exige la presencia de muebles; (vi) con todo, si lo perdido son cuadros o piedras valiosos, el resarcimiento se limita a los muebles que de ordinario tiene una persona como el mandante.

En síntesis, la destinación económica de la prestación determina los riesgos que asume el deudor y la concreción de éstos constituye un *daño previsto*. No

¹⁹ En sentido similar afirma Bianca que "la regola della prevedibilità del danno vale appunto per a segnare uno di questi limiti, contenendo l'obbligo di risarcimento in relazione al normale significato di utilità che la prestazione rappresenta per il creditore". Cfr. BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, 5. *La responsabilità*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 154.

²⁰ El interés del acreedor involucrado en la relación obligatoria tiene múltiples connotaciones: (i) es determinante para establecer si ha habido o no incumplimiento. Esta idea se desprende con claridad del caso *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* en que la Corte Suprema resolvió "que en relación a las condiciones en que habría sido entregado el inmueble al demandante, el mérito del expediente permite sostener que éste no se encontraba, efectivamente, en condiciones de ser utilizado por ésta, para los fines que se propuso al arrendarlo y que eran de sobra conocidos por la demandada", énfasis añadido. (Cfr. Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol N° 1287-2008); (ii) es determinante para establecer la gravedad del incumplimiento y, por tanto, si procede o no la resolución (sobre el punto véase VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, XXXII, p. 240); y (iii) como se observa en los ejemplos de Pothier, es determinante para establecer la previsibilidad del daño sufrido por el acreedor.

se trata, por tanto, de un juicio de "normalidad" o "estimación", sino de un juicio económico que mira a los intereses del acreedor en el contrato y cuya lesión el deudor aceptó como riesgos de su incumplimiento.²¹ Por tanto, para que sean previsibles no basta con que los daños aparezcan como *probables o normales*, es necesario que consistan en la concreción de riesgos cubiertos por el contrato, esto es, conocidos y aceptados por el deudor.²² Si bien no estos términos, en la jurisprudencia chilena encontramos sentencias que realizan este razonamiento. En este sentido puede verse un fallo de la Corte de Concepción que resuelve sobre una solicitud de daño moral por incumplimiento de contrato de arrendamiento. En el caso, la Corte señaló que "el daño moral derivado de responsabilidad contractual tiene su origen en situaciones excepcionalísimas, como cuando la víctima deja de recibir los beneficios del mismo [contrato] sin que tenga otros ingresos y siempre que el infractor tenga conocimiento de este hecho (...)".²³

Cabe señalar que Pothier sólo recurre a una suerte de criterio de "normalidad" o "estimación" cuando en la *cuantía* del daño sufrido ha influido un factor ajeno a la relación contractual. Así, el comprador de una heredad que sufre un gran perjuicio como consecuencia del aumento de sus posibilidades de comercializar el vino que produce, gracias a un canal mandado a construir

²¹ A una conclusión semejante arriba Pantaleón, para quien la regla se justifica porque "la decisión de celebrar un contrato (...) descansa en un cálculo costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento". No sería justo, sostiene este autor, que el deudor cargara con un riesgo que no contempló al establecer las condiciones de su contrato y que tampoco tuvo la oportunidad de administrar, por ejemplo, contratando un seguro. Cfr. PANTALEÓN, cit. (n. 11), pp. 1027-1028. En un sentido similar, véase CARRASCO, cit. (n. 3), p. 22.

²² En este sentido resalta Morales Moreno que "la previsibilidad del daño por el deudor en el momento de contratar, no produce por sí sola la imputación del mismo, aunque se funde en las manifestaciones del acreedor. Su valor jurídico debe ser ponderado por el tribunal en la interpretación del contrato. Hacen falta más elementos que el de la previsibilidad [entendida como posibilidad de predecir] para justificar la imputación del daño. Es necesario, en concreto, que, de las circunstancias de cada caso, se pueda suponer en el deudor la voluntad de asumir el riesgo del daño imputado al celebrar el contrato, o sea razonable que el acreedor lo entienda así". Cfr. MORALES, cit. (n. 5), p. 169.

²³ Cfr. *Mejía Spoerer Silvia con Abufarhue Bustos Patricia*, Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de abril de 2004, Rol N° 3380-2003. Confirmado por la Corte Suprema, 19 de abril de 2005, Rol N° 2260-2004. En otro fallo de la Corte Suprema también se discutió la previsibilidad del daño moral en sede contractual, la situación se resolvió con un fallo dividido en que el voto disidente se condice precisamente con la doctrina de Pothier y la solución de la Corte de Concepción. Véase *Jorge Bazán Cardemil con Sociedad Comercial Concesionaria Subterránea S.A.*, Corte Suprema, 1 de octubre de 2012, Rol N° 4415-2010.

por el rey, no debe obtener una indemnización integral, pues la construcción de ese canal no formaba parte del contrato, se trata de una circunstancia *anómala*, que no fue considerada en las negociaciones. En efecto, aunque no se dice expresamente, es claro que si el vendedor hubiera sabido de la próxima construcción del canal, hubiera vendido más caro; de esta manera, se establece una relación entre la *cuantía del daño previsible* y el beneficio obtenido por el contratante incumplido.

Asimismo, si el comprador de toneles corrientes coloca en ellos vino extranjero o un licor valioso y se pierde por defecto de los toneles, no tiene derecho al resarcimiento integral, sino sólo al valor "del mejor vino del país". En este caso lo determinante es la *anormalidad* de la conducta del comprador que influye directamente en la cuantía del daño sufrido.

Con todo, en ambos casos la limitación se justifica en consideración al *riesgo* asumido por el contratante incumplido. En efecto, el vendedor de la heredad asume el riesgo de la frustración del proyecto económico del comprador (la venta de vino), pero si una circunstancia ajena a éste aumenta el riesgo y determina el sufrimiento de un cuantioso lucro cesante, el vendedor no responde por el lucro derivado de esta circunstancia ajena, distinto hubiese sido si el cuantioso lucro proviniera de las habilidades comerciales del comprador. Razones parecidas se encuentran en el caso de la compra de toneles, aquí el vendedor asume el riesgo de la pérdida del vino que el comprador almacene en ellos, pero ese riesgo sólo alcanza al vino de mejor calidad del país, pues ese es el máximo que él ha previsto como pérdida para sus compradores. Si el comprador por un hecho suyo eleva exponencialmente este riesgo, no tiene derecho al resarcimiento integral del daño sufrido, distinto hubiera sido si los toneles hubieran sido comprados para ese fin. Nótese que en este caso el daño no se limita al valor del vino que *razonable o normalmente* el comprador habría colocado en las barricas, sino al valor del "mejor vino del país", pues éste era el máximo del riesgo aceptado por el vendedor.

De lo anterior se desprende que en la doctrina de Pothier no sirve sólo para individualizar los daños resarcibles, sino también para moderar la indemnización cuando la elevada cuantía de los daños haya sido determinada por una *causa extraña*, que no fue considerada al tiempo de contratar.²⁴ En este caso, el daño

²⁴ Si la previsibilidad se refiere sólo al tipo de daño o bien alcanza también su cuantía constituye una *discusión clásica*, originada en los primeros comentarios al artículo 1151 del *Code Civil* (SAN MARTÍN, cit. (n. 15), p. 190). En la actualidad pareciera ser que la tendencia es considerar que abarca ambas cuestiones: tipo y cuantía del daño. Así, en Francia Viney afirma que la tesis restrictiva ha sido superada

en sí es previsible, lo único imprevisible es su cuantía, en consecuencia, no cabe excluir totalmente el daño del resarcimiento, sino solamente reducirlo. Pothier intenta dar criterios objetivos para la moderación (como el valor del mejor vino del país), pero en fin de cuentas lo deja a la *discreción de juez*.²⁵

En conclusión, en la doctrina de Pothier la previsibilidad delimita el daño contractual desde dos perspectivas (i) indica qué daños deben ser resarcidos por el deudor por estar relacionados con el destino económico de la prestación conocido por el deudor; y (ii) establece una limitación a la indemnización cuando la elevada cuantía de los daños se deba a una causa extraña, que no fue considerada al tiempo de contratar.²⁶

C. FUENTES DE LA PREVISIBILIDAD

Establecido que la previsibilidad se refiere a la distribución de riesgos en el contrato y que elude a aquellos riesgos asumidos por el deudor como consecuencias probables de su incumplimiento, debemos asumir que la previsibilidad, en fin de cuentas, es un problema de *interpretación contractual*²⁷ y, por tanto, para determinar los daños preVISIBLES habrá que aplicar las reglas de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil.

Con todo, estimamos que hay algunos parámetros típicos que pueden considerarse *fuentes de la previsibilidad*, en el sentido que permiten al deudor

por la jurisprudencia (VINEY Y JOURDAIN, cit. (n. 8), pp. 582-583). Asimismo, en España León sostiene que debe asumirse "la interpretación más amplia posible que permite el texto del artículo 1107. Es decir, creemos que el deudor de buena fe nada debe por lo que fuera imprevisible en su causa y en su cuantía. En suma, no debe sino la cuantía previsible de perjuicio". (Cfr. LEÓN, cit. (n. 5), p. 146). Lo mismo opina la doctrina nacional reciente, véase PIZARRO WILSON, Carlos, "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades", en *Anales de Derecho UC*, 2008, 3, pp. 160-161; CORRAL, cit. (n. 4), p. 190.

²⁵ En la práctica, en este caso la extensión del daño es determinada por una *concurrencia de causas*: el incumplimiento y otro hecho ajeno a la relación contractual (*causa exógena*). En la doctrina de Pothier, la causa exógena puede ser un *hecho del acreedor* o bien un *hecho independiente*, pero en ambos casos el deudor tendrá derecho a que se rebaje de la indemnización aquella parte del daño ocasionado por la causa exógena. En este sentido Pothier se aparta de Du Moulin, para quien la *imprevisibilidad* del daño estaba directamente relacionada con la *culpa del acreedor*. Sobre la relación entre culpa del acreedor y daño previsible en la obra de estos autores, véase SAN MARTÍN, cit. (n. 15), pp. 147 ss. y 174 ss.

²⁶ Con algunas sutiles diferencias respecto a lo aquí expuesto, un análisis de las dos funciones de la noción de previsibilidad en la doctrina de Pothier puede verse en FUENTES, cit. (n. 18), pp. 344 ss.

²⁷ "La previsibilidad del daño es un problema de interpretación e integración del contrato y no un problema de lo que el sujeto pudo o no estimar". Cfr. FUENTES, cit. (n. 18), p. 347.

anticipar las consecuencias de su incumplimiento y, por lo mismo, pueden servir de guía en el proceso interpretativo. Tales parámetros son: i) la naturaleza de la obligación o de la relación contractual; ii) la profesión u oficio del deudor; iii) el giro de actividades del acreedor; iv) el beneficio obtenido por el deudor incumplido, y v) la información que el acreedor haya proporcionado al deudor sobre el destino de la prestación.

i) La naturaleza de la obligación: la situación de los daños morales

Para determinar la previsibilidad o no del daño sufrido por el acreedor será esencial atender a la naturaleza de la obligación incumplida o mejor de la relación contractual. Así, "si el riesgo de que se trata es o no connatural a la función típica del contrato celebrado, pues siendo connatural queda facilitada su incorporación".²⁸

Esta idea es especialmente importante para determinar la previsibilidad de los daños morales,²⁹ pues si la naturaleza de la obligación es eminentemente patrimonial, no cabe presumir que el deudor ha asumido el riesgo de los daños morales o psicológicos que pueda sufrir el acreedor, aunque no sea difícil predecirlos.³⁰ Por el contrario, si el contrato contiene prestaciones de naturaleza moral, como una cirugía estética, los daños morales derivados del incumplimiento constituyen un riesgo de suyo involucrado en prestación y, por ende, son desde luego previsibles.³¹ Esta interpretación

²⁸ MORALES, cit. (n. 5), p. 169.

²⁹ En este mismo sentido puede leerse el fallo disidente dictado en el caso *Jorge Bazan Cardemil con Sociedad Comercial Concesionaria Subterránea S.A.*, según el cual "no se discute ya en doctrina que es posible que el incumplimiento contractual pueda dar lugar a una indemnización por daño moral, si bien la respuesta acerca de la procedencia de la misma no puede formularse en términos absolutos, pues la naturaleza y el tipo específico de contrato serán relevantes a la hora de determinar si el menoscabo moral que se pretende derivado del incumplimiento de una obligación determinada resultaba o no previsible para los contratantes, es decir, si el acreedor de la indemnización que se demanda tomó a su cargo el riesgo de lesionar intereses extrapatrimoniales de su contraparte". Cfr. Corte Suprema, 1 de octubre de 2012, Rol Nº 4415-2010.

³⁰ De manera enfática, Carrasco sostiene la "no indemnización, en principio, del daño no patrimonial cuando el objeto de la prestación debida consista en la satisfacción de un interés patrimonial del acreedor". Cfr. CARRASCO, cit. (n. 3), p. 28. En el mismo sentido se ha dicho que "los daños emotivos o sentimentales serán por regla general imprevisibles, no tanto porque sea difícil imaginarlos, sino porque no son contemplados como materia de la relación contractual". CORRAL, cit. (n. 4), p. 198.

³¹ En la doctrina nacional reciente se aprecia un consenso en torno a la idea de que hay que distinguir entre tipos de obligaciones (o contratos) cuyo contenido conlleva desde luego la previsión de daños morales, pues están destinadas a satisfacer un interés no patrimonial del acreedor, y tipos de obligaciones

de la previsibilidad de los daños morales se condice perfectamente con lo resuelto en gran parte de los ordenamientos extranjeros, en que los daños morales sólo son resarcibles si el contrato tenía por objeto la protección de intereses extrapatrimoniales.³²

ii) La profesión u oficio del deudor

La segunda fuente de la previsibilidad del daño es la profesión u oficio del deudor: el experto asume todos los riesgos asociados a los defectos de su prestación, conforme al destino natural de la misma. Quien carece de experiencia, por el contrario, responde sólo de aquellos riesgos contractualmente asumidos, los que se determinarán mediante la interpretación del contrato. En la doctrina de Pothier esta idea se ve claramente en el vendedor de vigas, quien responde diversamente dependiendo de si es o no un carpintero, es decir, un profesional.³³

iii) El beneficio obtenido del contrato por el contratante incumplido

También serán indicativos del riesgo asumido por el deudor precio o contraprestación que recibe en el contrato,³⁴ y la ganancia que obtiene (o esperaba obtener) en el proceso económico al que se incorpora la prestación que recibe. Así, no sería razonable asumir que el deudor asumió un riesgo cuyo costo de administración es de una cuantía sensiblemente más elevada

(o contratos) en que los daños morales quedan en principio excluidos, por mirar a un interés patrimonial del acreedor. Véase DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. "La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, 2006, Nº 3, pp. 227-244; ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás. *El daño moral derivado de incumplimiento de contrato*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2002, pp. 155 ss., BARRIENTOS, cit. (n. 7), p. 20; CORRAL, cit. (n. 4), p. 198; VIDAL, cit. (n. 20), pp. 641-661.

³² Un análisis comparado en este sentido puede verse en BARRIENTOS, cit. (n. 7), pp. 16 ss. Con todo, cabe señalar que el autor reconduce este razonamiento a la idea de *normalidad* y no a la del destino económico de la prestación en conocimiento del deudor, tal y como ha sido sostenido en este trabajo.

³³ Sobre la importancia de la profesionalidad como criterio de previsibilidad, véase CANNATA, cit. (n. 13), pp. 32 ss.

³⁴ En este mismo sentido, con referencias a la jurisprudencia francesa, véase VINEY Y JOURDAIN, cit. (n. 8), p. 588.

que la del beneficio que esperaba obtener por el contrato".³⁵ Por el contrario, tratándose de bienes con precio de mercado, "un precio superior al del mercado puede ser indicio de que se han asumido mayores riesgos. El juez deberá valorarlo. Habrá que tener en cuenta en qué medida ese mayor precio se debe a que el contrato imputa mayores riesgos o a otras razones; en definitiva, si el precio cobrado justifica o no la imputación del riesgo".³⁶

Estas consideraciones serán especialmente relevantes a la hora de establecer la *previsibilidad de la cuantía del daño sufrido*. En efecto, conforme emana del análisis histórico, la regla de la previsibilidad no alcanza sólo a la naturaleza (o causa), sino también la cuantía del daño, cuando ésta se deba a la concurrencia de circunstancias que no fueron consideradas al tiempo de contratar. En tales casos, un indicador de la cuantía máxima asumida por el deudor es el beneficio que le reporte (o habría reportado) el contrato.

iv) La información proporcionada por el acreedor

Finalmente, la previsibilidad emana de las negociaciones contractuales, específicamente de la información que las partes se hubieren recíprocamente proporcionado respecto del destino de la prestación.³⁷ Esta idea es especialmente relevante en cuanto impone al acreedor una *carga de información* relativa a los riesgos de su actividad. Al igual que ocurre con toda carga, los contratantes no están obligados a transmitirse la información relevante, las partes son libres para decidir si informar o no a la otra sobre el destino económico que piensa dar a la prestación que recibirá.³⁸ Sin embargo, si por falta de dicha información un contratante no tiene conocimiento sobre el destino económico de su prestación y de los riesgos asociados a él, tampoco

³⁵ PANTALEÓN, cit. (n. 11), p. 1029.

³⁶ MORALES, cit. (n. 5), p. 171.

³⁷ Este es precisamente el principio el razonamiento que está detrás del famoso caso *Hadley v. Baxendale*, en este caso el tribunal considera que para que el molinero tuviera derecho a una indemnización integral "haría falta que el transportista hubiera sido puesto en conocimiento de que la pérdida de beneficios, a la que se refiere la reclamación, habría de resultar del retraso, cosa que no ocurrió". Cf. MORALES, cit. (n. 5), p. 131.

³⁸ Sobre las cargas del acreedor en la relación obligatoria véase CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 21 ss.; LAGOS VILLARREAL, OSVALDO. *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 19 ss.; SAN MARTÍN, cit. (n. 15), pp. 68 ss.

está obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de la concreción de estos riesgos y de la frustración del proyecto económico de su contraparte.

Como se dijo, Gómez Pomar critica duramente las interpretaciones *tradicionales* de la norma, sea que se funden en el consentimiento del deudor, sea que lo hagan en la distribución de riesgos, pues en su concepto "la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato".³⁹ Concordamos con este autor en que la regla contiene un incentivo para las partes de proporcionarse recíprocamente información, pues ese es precisamente el resultado de toda *carga de información*; sin embargo, disentimos en que ese sea el principio que informa la norma y que en esa idea radique el substrato de la misma. El principio que informa la regla es, como ya se dijo, el que el deudor asume los riesgos derivados del destino económico de la prestación, siempre y cuando esté en conocimiento (real o presunto) del mismo. La información en sede de negociaciones será la forma en que el deudor llegará a conocimiento de aquellos riesgos excepcionales que afecten al acreedor,⁴⁰ que no puedan desprenderse de otros elementos interpretativos del contrato (aquello que Pothier llamaba los *daños extrínsecos*, de los que se responde sólo en virtud de un pacto entre las partes), pero esa no es la única vía para llegar a determinar los riesgos asumidos por el deudor. En buena parte de los casos la ausencia de información por parte del acreedor será irrelevante para efectos de previsibilidad, pues ésta se establecerá mediante las demás reglas interpretativas. Por consiguiente, la carga de información adquiere relevancia en contratos excepcionales, en que la única

³⁹ GÓMEZ, cit. (n. 8), p. 53. En otra parte el mismo autor afirma que "a la vista de los factores que inciden de modo esencial en el impacto de la regla sobre los comportamientos de las partes en el contrato, se infiere que el verdadero significado funcional de esta clase de reglas es el de inducir la transmisión de información relevante para el comportamiento de prestación y asimétricamente distribuida entre las partes contratantes, y hacerlo, además, incurriendo en los menores costes de transacción que sea posible". Cf. *idem*, p. 108.

⁴⁰ Es interesante notar que en Alemania, donde no está expresamente regulada la previsibilidad como límite al resarcimiento, esta regla, sin embargo, ha sido expresamente incluida, pero como una hipótesis de culpa de la víctima BGB §§ 254. Si bien en su consagración positiva esta regla difiere de la carga de información aquí analizada, en sus orígenes ella coincide perfectamente con lo que estamos diciendo. En efecto, el Proyecto 2 del BGB (§ 247) contenía una regla de limitación a los daños *previsibles* en sede contractual, en términos bastantes parecidos a lo aquí expuesto; sin embargo, finalmente fue eliminada y, "a fin de morigerar esta eliminación, el Reichstag estableció como hipótesis de culpa de la víctima el caso en que el acreedor no advierta al deudor de un riesgo particular del que puedan derivar ingentes daños y que el deudor no conozca y no deba conocer". Cf. SAN MARTÍN, cit. (n. 15), p. 218.

forma en que el deudor puede conocer los riesgos de la prestación es mediante la información del acreedor.⁴¹

Por otro lado, para que el deudor sea responsable de tales riesgos no basta con que el acreedor le informe de ellos, es necesario que el deudor los acepte como parte del contrato. En la determinación de esta aceptación jugará un papel preponderante la interpretación judicial del contrato, la cual deberá considerar "si la manifestación del acreedor puede ser entendida como una propuesta o petición al otro contratante; si la conducta del deudor ante tal propuesta (silencio, actuaciones) puede ser valorada, por la justificada confianza que suscita, como una aceptación de la asunción de ese riesgo".⁴²

D. APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LA REGLA A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Entre las críticas que se formulan a la regla en comento se encuentra el que ella constituye un obstáculo a la unificación de los regímenes contractual y extracontractual en un único régimen de responsabilidad civil. Sin embargo, a la luz de lo reseñado dicha crítica aparece injustificada. En efecto, por referirse al riesgo derivado del destino económico de la prestación que el deudor tuvo en vista al tiempo de contratar, y considerando que el acreedor puede variar el destino de la prestación o bien circunstancias ajenas pueden influir sobre el riesgo durante la ejecución del contrato, se justifica la existencia de la regla y se comprende que ella sólo se aplique a la responsabilidad contractual.⁴³

⁴¹ En la jurisprudencia nacional un ejemplo de esta especie de contratos se encuentra en el caso Zorin S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A. En este caso la empresa demandante había comprado 1.500 toneladas de rodillos de laminado en desuso a la demanda con la finalidad de exportarlas a Estados Unidos para que una empresa especialista en ese país le extrajera el níquel que supuestamente los rodillos tenían. Sin embargo, los rodillos resultaron no tener la concentración de níquel promerida y, como consecuencia, se frustró el negocio entre la demandante y la empresa estadounidense. Atendida la naturaleza del bien adquirido, "rodillos en desuso", la única forma de establecer que el destino económico de la prestación estaba relacionado con la concentración de níquel era mediante la información proporcionada por el comprador y, por tanto, que dicha circunstancia hubiera formado parte de las negociaciones. Así lo entiende la Corte Suprema, que en el considerando 5º de la sentencia de reemplazo señala "que de acuerdo con los elementos probatorios que más adelante se indican, para estos juzgadores es un hecho probado que las partes efectivamente convinieron en la compra de 1.500 toneladas de rodillos, de determinada composición, y por tanto que entre ellos quedó a firme un preciso consentimiento contractual". Cfr. Corte Suprema, 31 de octubre de 2012. Rol Nº 3325-2012.

⁴² Cfr. MORALES, cit. (n. 5), p. 169.

⁴³ En este sentido es destacable la opinión de Barros quien admite haber cambiado de opinión en relación al argumento, reconociendo que el límite de la previsibilidad es válido sólo en sede contractual. Véase BARROS, cit. (n. 3), p. 400, n. 92.

En suma, atendido que la previsibilidad se refiere al riesgo en la celebración del contrato, es lógico que ella sólo se aplique a la responsabilidad contractual y carece de aplicarla a la responsabilidad extracontractual, pues en ésta las partes no han distribuido entre sí los riesgos de sus respectivas actividades.⁴⁴

III. CONCLUSIONES

Llevado a su esencia, el contrato funciona como un instrumento de repartición de riesgos entre los contratantes. En esta óptica el riesgo de incumplimiento culpable grava siempre sobre el deudor, por tanto, éste debe estar en condiciones de *anticipar las consecuencias* de su incumplimiento, pues de ello dependerán el valor que le asigne a su prestación y los resguardos que adopte para cumplirla. Esta idea ha sido recogida en el ordenamiento jurídico a través de la noción de previsibilidad contenida en el artículo 1558 C.C. Sin embargo, no siempre se hace hincapié en ello y se confunde la previsibilidad como límite al resarcimiento con la previsibilidad como elemento de la causalidad normativa.

Con todo, es posible afirmar que ambos conceptos difieren sustancialmente. La previsibilidad de la causalidad se refiere a un juicio de "normalidad" conforme a aquello que el sujeto podía estimar. En cambio, la previsibilidad como límite se relaciona *con los riesgos expresa o tácitamente asumidos por el deudor al tiempo de contratar*. En consecuencia: la previsibilidad del daño se juzga en relación al deudor y dice relación con los riesgos asociados a la destinación económica que el acreedor daría a la prestación, conocidos y aceptados por el deudor.

De esa forma, establecer la previsibilidad del daño supone un ejercicio interpretativo que debe llevarse a cabo conforme a las reglas de los artículos 1560 del Código Civil. Con todo, pueden señalarse algunos parámetros relacionados exclusivamente con esta materia y que el intérprete deberá considerar, a saber: (i) la naturaleza de la obligación; (ii) la profesión u oficio del deudor; (iii) el

⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia Corral, quien afirma que "la justificación para esta limitación sólo se da en caso de existencia de un vínculo contractual, pues que es allí donde las partes pueden haber hecho la evaluación de los riesgos. No parece que ello sea posible respecto del deber de reparar que surge del hecho ilícito. La exclusividad de la aplicación al régimen contractual es apoyada por el análisis económico, que hace ver que los incentivos para la entrega de información sobre la valoración de los daños sólo es posible en un marco reducido que rebaje los costos de transacción en la entrega de información, lo que se da en el marco extracontractual". CORRAL, cit. (n. 4), p. 204.

giro de actividades del acreedor; (iv) el beneficio obtenido del contrato por el contratante incumplido, y (iv) la información proporcionada por el acreedor durante las negociaciones.

Si bien reconocemos que este análisis deja todavía algunas zonas grises, con él es posible dejar asentado que: la previsibilidad como límite al resarcimiento no se refiere a aquello que el deudor pudo "estimar" como consecuencias dañinas de su incumplimiento; en consecuencia, para que un daño cumpla con el requisito de previsibilidad del artículo 1558 no es suficiente con que aparezca como consecuencia "probable" de un determinado incumplimiento, es necesario que consista en la concreción de un riesgo asumido por el deudor. Tal es, por ejemplo, el caso los daños morales derivados de relaciones contractuales de contenido puramente patrimonial, en que no va involucrada la protección de la integridad síquica o física del acreedor.