

**TESIS DE LA MAESTRÍA DE DERECHO CIVIL CONTRACTUAL DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY**

TÍTULO

PROCEDENCIA DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL DERIVADO DEL
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Tema:

¿Cuándo procede la reparación del daño moral como remedio ante un incumplimiento contractual? ¿Qué criterios deben establecerse para fijar el daño indemnizable?

Autor: Dr. Jorge Achard

ÍNDICE. p. 1

Introducción..... p. 7

PRIMERA PARTE: CONCEPTOS GENERALES APLICABLES AL OBJETO DE ESTUDIO.

CAPÍTULO II: EL DAÑO.

1. El daño.....p. 10
 - a. Concepto de daño.
 - b. Concepto de daño resarcible.
 - c. Alcance y naturaleza de nuestro sistema de contratos respecto al daño indemnizable.
2. Concepto de daño moral o extrapatrimonial.p. 16
 - a. Orígenes históricos.
 - b. Evolución histórica.
 - c. Diversas concepciones sobre daño moral o extrapatrimonial.
 - i. Concepción clásica, personalista o restringida.
 - ii. Concepción humanista.
 - iii. Concepción amplia o moderna.
 - d. Consecuencias prácticas de aceptar cada una de las posturas sobre el daño moral o extrapatrimonial.
3. Función del daño moral y análisis económico.....p. 26
 - a. Función del daño moral.
 - b. Análisis económico de la reparación del daño moral. Debate sobre la conveniencia o no de reparar el daño moral de fuente contractual.
4. El daño moral contractual: distintas posturas históricas.....p. 35
 - a. Posturas estimatorias de la patrimonialidad como requisito de la prestación.
 - b. Posición que niega que la prestación exija el requisito de la patrimonialidad.
 - c. Posición ecléctica.
5. El daño moral causado a las personas jurídicas.....p. 38

SEGUNDA PARTE.: ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA DE INDEMNIZAR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS ESPECÍFICO DEL DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL DERIVADO DE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

6. Análisis régimen jurídico nacional..... p. 40
- 6.1.Historia.
- a. Un poco de historia.
 - b. Un poco de historia nacional.
- 6.2. Fundamentos jurídicos clásicos.
- a. Fundamento legal nacional del daño extrapatrimonial.
 - b. Fundamento clásico para negar la indemnización por daño extrapatrimonial derivado de un incumplimiento contractual.
- 6.3. Fundamentos jurídicos modernos según las distintas áreas del derecho.
- a. Argumento constitucional.
 - b. Normativa basada en acuerdos internacionales que prevén el daño extrapatrimonial de fuente contractual.
 - c. Análisis del fundamento jurídico tradicional.
 - d. Análisis particular del daño extrapatrimonial en el ámbito del derecho comercial.
- 6.4. El daño moral en la órbita del derecho contractual. Elementos que debe ser analizados en un contrato para determinar la pertinencia de su indemnización.
- 6.5. Característica de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Diferencia entre la responsabilidad aquiliana y la contractual.
7. Criterios para cuantificar el daño moral.p. 56
- a. Criterios generales habitualmente utilizados en materia aquiliana.
 - b. Elementos típicos del derecho contractual que deben ser tenidos en cuenta para determinar el daño extrapatrimonial.
 - i. Riesgos libremente asumidos por las partes.
 - ii. Buena fe negocial.
 - iii. Equidad
 - iv. Grado de relacionamiento entre las partes.
 - c. Relación entre la naturaleza del daño moral y el criterio de cuantificación.
 - d. Aceptación de la inclusión de elementos subjetivos en la determinación del daño.

- 7.2. Principios contractuales a tener en cuenta en el presente estudio.
- a. Principio de obligatoriedad del contrato (*pacta sunt servanda*).
 - b. Principio de reparación integral del daño.
 - c. Principio de Buena fe.
8. Análisis de la graduación de la culpa en la fijación del quantum indemnizatorio del daño moral.p. 67
- a. Criterio general para la cuantificación del daño moral.
 - b. Decadencia de la culpa en la responsabilidad civil. Principio “*favor victimae*”.
 - c. Hipótesis en las cuales adquiere relevancia el comportamiento del ofensor
 - d. El dolo y la mala fe en el incumplimiento contractual.
 - e. Obligaciones de medios y de resultado.
 - i. Análisis de caso jurisprudencial.

CAPÍTULO IV: ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA PROCEDIBILIDAD DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LOS CONTRATOS.

9. La prestación, el interés de afección y el daño.....p. 80
- a. Análisis de la prestación como elemento determinante de la presencia de daño no patrimonial.
 - i. El carácter patrimonial de la responsabilidad.
 - ii. Carácter extrapatrimonial de la prestación y el daño.
 - iii. El objeto del contrato y la obligación.
 - b. El interés de afección de la prestación.
 - i. Caracteres del interés de afección.
 - ii. definición.
 - iii. consecuencias de su incumplimiento.
 - c. Análisis subjetivo del carácter no patrimonial de la prestación.
 - i. El interés del acreedor.
 - d. Consecuencia del daño.
 - e. Consecuencias prácticas de determinar el origen extrapatrimonial del elemento dañado.
10. La entidad del daño moral como requisito de aplicabilidad. El problema del daño extrapatrimonial de escasa entidad versus el principio de reparación integral de daño.....p. 90
- a. Posición restrictiva. Gamarra. Mosset Iturraspe. Feliú.
 - b. posición amplia. Mariño. Venturini. Arregui.

- c. Posición de la jurisprudencia.
 - d. Diferencia con los contratos.
11. La previsibilidad del daño.....p. 97
- a. La Previsibilidad del daño como límite legal del daño resarcible en caso de incumplimiento culposos.
 - i. Origen de la norma.
 - b. La previsibilidad del daño moral como elementos limitante del daño resarcible surgido de un incumplimiento contractual.
 - c. La previsibilidad como límite en las relaciones de consumo.
 - d. La previsibilidad y las obligaciones de medios y de resultado. Posición de Beatriz Venturini.
12. Carácter residual del daño moral indemnizable: no debe existir acuerdo de parte sobre los daños del incumplimiento.....p. 104
13. El daño moral en el cumplimiento defectuoso, parcial, tardío, con vicios ocultos o Abuso de derecho.....p. 105
- a. Concepto general
 - b. Cumplimiento defectuoso y/o vicios ocultos.
 - c. Abuso de Derecho: Diferencia entre contratos de ejecución continuada e instantánea.
 - d. Daños morales moratorios.

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA.

14. Estudio de casos específicos y jurisprudencia nacional.....p.111
- A. Casos en los que la jurisprudencia acepta indemnizar el daño extrapatrimonial.
 - B. Pérdida de bienes materiales
 - a. Contrato de arrendamiento de Cofre Fort.
 - b. Contrato de Hospedaje.
 - c. Automotores.
 - d. Contrato de Transporte internacional terrestre de cosas.
 - C. Abuso de derecho.
 - a. Contrato de Distribución.
 - D. Derecho a la vivienda.
 - a. Compraventa (promesa de enajenación).
 - b. Reparaciones de vivienda
 - c. Arrendamiento

- E. Derecho al descanso y disfrute de un viaje.
 - a. compraventa de servicios de viaje combinados.
- F. Arrendamiento de Servicios Personales.
- G. Contratos con características comerciales.
- H. Derecho al trabajo.
- I. Daño moral por incumplimiento de una obligación de seguridad.
 - a. Contrato de transporte de pasajeros
 - b. Contrato de casa de salud
- J. Derecho a la salud
- K. Análisis de algunos criterios jurisprudenciales nacionales y extranjeros.
 - a. Doctrina sobre jurisprudencia extranjera.
 - b. Doctrina nacional
 - c. Análisis de jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO VI: ASPECTOS PROCESALES.

- 15. Prueba del daño moral o extrapatrimonial.....p. 137
 - a. Criterios judiciales de aplicación de normas civiles y procesales. Presunciones judiciales. Juramento Estimatorio.
 - b. El daño moral como “hecho notorio”.
 - c. Postura que considera suficiente la prueba del hecho ilícito para proceder a la indemnización de los daños extrapatrimoniales. Medios de prueba requeridos para acreditar el daño moral. Respecto a los daños “inmateriales”, “indirectos” y/o materiales de difícil cuantificación.
 - d. Crítica a la posición tradicional por violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.
 - e. Daño *in re ipsa*.

CAPÍTULO VII: DERECHO COMPARADO.

- 16. Derecho Comparado.....p.149
 - a. La indemnización por daño extrapatrimonial de fuente contractual en el derecho comparado.
 - b. Derecho Internacional.
 - i. Normativa europea.
 - ii. Principios UNIDROIT.
 - iii. Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
 - c. Ordenamientos nacionales.

- i. Países que tienen una visión restrictiva del daño extrapatrimonial en los contratos.
 - 1. Bolivia
 - 2. Colombia
 - 3. Ecuador
 - 4. Estados Unidos de América.
 - 5. Inglaterra
 - 6. Alemania
- ii. Países que no presentan restricciones legales a la aplicación del instituto y que sus tribunales han aceptado diversas formas de aplicación.
 - 1. Francia y Bélgica.
 - 2. Italia
 - 3. España
 - 4. Chile
- iii. Países que aceptan a texto expreso en sus legislaciones la indemnización de daño extrapatrimonial ante un incumplimiento contractual.
 - 1. Argentina
 - 2. México
 - 3. Perú

17. CAPÍTULO VIII: CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS.....	P. 165
a. Parte especial	
b. Conclusiones sobre criterios jurisprudenciales.	
18. BIBLIOGRAFÍA.....	p. 169

INTRODUCCIÓN.

El daño moral es sin duda uno de los institutos más trascendentes del siglo pasado en el derecho civil. En primer lugar, porque pese a resistencias iniciales se fue abriendo paso a través de la jurisprudencia que ha ido avanzando junto a la sensibilidad y la conciencia de la sociedad, sobre la importancia de la reparación integral del daño. En segundo lugar, este instituto ha permitido la reparación de situaciones claramente injustas en las que hasta entonces no se brindaban respuestas idóneas.

La extensión de la responsabilidad por daño moral en el ámbito contractual es uno de los grandes debates del estudio del daño moral, el que ha alcanzado enorme desarrollo en la esfera extracontractual. Las particularidades que presentan los contratos respecto a la responsabilidad aquiliana hacen que su aplicación haya sido mirada con extremo recelo por gran parte de la doctrina y jurisprudencia. Me refiero especialmente a la natural presunción de patrimonialidad que puede insinuarse en su prestación, desde el momento que siempre será intercambiada por un precio, y al inherente riesgo de incumplimiento.

La falta de regulación expresa y de estudios científicos sobre la temática del instituto ha permitido a los jueces ir adaptando el mismo orientándolo a los problemas más complejos que debían resolver y que nuestro orden jurídico no les daba una solución expresa, pero sin un método claro que nos permita entender a qué casos aplica y cuáles no¹. Lejos estamos de lo afirmado por Bronzetti acerca del daño moral contractual: *“dada la escasa importancia práctica del problema, entendemos que no merece la pena entretenerse en él”*².

En nuestro país, ya hace unos años que la indemnización por daño moral ha sido aceptada para algunos contratos específicos como el transporte, la salud o las relaciones laborales, sin embargo, en los últimos años puede notarse una ampliación del ámbito de aplicación del instituto.

En efecto, más allá de la naturaleza del instituto, su deficiencia regulatoria, sumado a una escasa argumentación por parte de los jueces en su aplicación, siempre están sobrevolando dos ideas: una posible finalidad punitiva y/o una compensación por deficiencias probatorias de daño patrimonial. La naturaleza resarcitoria y/o compensatoria que nuestro sistema decimonónico le reconoce al instituto y su vigencia dentro del derecho estrictamente sustancial

¹ En 1990 García López escribió que :*“Lo reciente de su planteamiento hace que este tema se encuentre huérfano de estudios científicos...”*(García López, 1990, p. 279)

² Bronzetti, *“Altre Brevi osservazioni al danno non patrimoniale”*. Arch, Resp. Civ., pág. 93. 1963. Citado en (García López, 1990, p. 279)

(no procesal) nos permiten rechazar ambas consideraciones, las que si permanecen en el inconsciente colectivo como base fáctica de su consideración por parte de los jueces.

Este nacimiento inorgánico del instituto, más típico de la tradición anglosajona que de la tradición latina, ha llevado a que no estén claros los límites de su aplicación, especialmente en el ámbito del derecho contractual en el que la casuística es mucho menos profusa que en la aquiliana. Este es el principal objetivo del presente trabajo: encontrar criterios jurídicos mediante los cuales sea posible analizar la casuística desde un punto de vista lógico a efectos de determinar el ámbito de aplicación del daño moral o extrapatrimonial en caso de un incumplimiento contractual, y en caso de no encontrarlos, proponer criterios personales basados en estudios de derecho comparado.

En algunos países su ampliación ya ha sido planteada como problema por cierta doctrina, lo que ha merecido estudios más profundos a efectos de delimitar el concepto. Así, en España, Gutiérrez Guitián ha expuesto el asunto de la siguiente manera: “ *En la actualidad puede decirse, sin temor a equivocarse, que cada vez son más numerosos los pronunciamientos de los tribunales que admiten, sin ninguna matización, la reparación pecuniaria del daño moral sufrido por el acreedor tras el incumplimiento de un contrato, y que muchos de ellos se apoyan en una ampliación excesiva del concepto de perjuicio moral. En cualquier caso, pienso que una posible solución al problema de la indemnización del daño moral contractual pasa, no tanto por oponerse a su reparación, cuanto por la búsqueda de determinados criterios que supongan un freno a una aceptación indiscriminada de tal reparación.*”³

Por tanto, este trabajo abordará el problema planteado desde una doble óptica: en primer lugar desde un punto de vista jurídico; en segundo lugar; desde un punto de vista práctico, entendiendo este último como la conveniencia para las partes y el sistema de extender la sanción por el incumplimiento de un contrato a la reparación/compensación de un daño extrapatrimonial.

Desde el punto de vista jurídico se analizará la pertinencia de utilizar el instituto del daño moral (o extrapatrimonial) ante casos de incumplimiento de obligaciones de fuente contractual, a la luz de nuestro orden jurídico y analizando por separado las tres familias de contratos presente en nuestro derecho -civil, comercial y de consumo- en virtud de las particularidades normativas que presentan, según la opinión de diversos expertos que han

³ Gutiérrez Guitián, Alma María. 2003. “Indemnización Del Daño Moral Derivado Del Incumplimiento Contractual.” *VLEX Anuario de Derecho Civil España*, 829–48. p. 242.

estudiado la materia y de la jurisprudencia nacional, buscando, sintetizar conceptos y criterios comunes, para finalmente analizar experiencias similares en el derecho comparado.

Se analizarán casos especiales de prestaciones que en derecho nacional y comparado han sido considerados incluidas en la familia de las prestaciones extrapatrimoniales. También se analizará los aspectos probatorios que la práctica forense presenta en la materia realizando algunos comentarios críticos sobre la jurisprudencia mayoritaria respecto a los elementos que se deben acreditar para configurar el instituto.

Finalmente se hará un breve racconto y comentario de sentencias nacionales y extranjeras sobre el punto, a través de las cuales se elaborarán los criterios mayormente sustentados por nuestra jurisprudencia, de ser posible se intentará sintetizar los mismos para su mejor comprensión por parte de los operadores del derecho.

Con la intención de acotar el trabajo, no será objeto de estudio los contratos de trabajo ni los relacionados con la salud y el transporte, más allá de algunas menciones.

CAPÍTULO I. EL DAÑO

1. El daño.
 - d. Concepto de daño.
 - e. Concepto de daño resarcible
 - f. Alcance y naturaleza de nuestro sistema de contratos respecto al daño indemnizable.
2. Concepto de daño moral o extrapatrimonial.
 - e. Orígenes históricos.
 - f. Evolución histórica.
 - g. Diversas concepciones sobre daño moral o extrapatrimonial.
 - i. Concepción clásica, personalista o restringida.
 - ii. Concepción humanista.
 - iii. Concepción amplia o moderna.
 - h. Consecuencias prácticas de aceptar cada una de las posturas sobre el daño moral o extrapatrimonial.
3. Función del daño moral y Análisis económico.
 - a. Función del daño moral.
 - b. Análisis económico de la reparación del daño moral. Debate sobre la conveniencia o no de reparar el daño moral de fuente contractual.
4. El daño moral contractual: distintas posturas históricas.
 - d. Posturas estimatorias de la patrimonialidad como requisito de la prestación.
 - e. Posición que niega que la prestación exija el requisito de la patrimonialidad.
 - f. Posición ecléctica.
5. El daño moral causado a las personas jurídicas.

1. El daño.

¿Qué sucede si una de las partes no puede o no quiere cumplir con las obligaciones asumidas? Nuestro sistema establece que la consecuencia legal de este comportamiento es el cumplimiento forzoso, cuando es posible, o la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1342 y 1431 del Código Civil). El cumplimiento forzoso no será objeto de este trabajo.

a. Concepto de Daño.

Pero, ¿qué es el daño? En España, para Diez-Picazo, debe tenerse por daño “*toda disminución desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito*”. En lo que refiere a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, se tiene por daños y perjuicios “*toda disminución del patrimonio del acreedor, bien provenga de una pérdida - daño emergente - , bien de una privación de ganancia - lucro cesante - : el menoscabo sufrido por el acreedor consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el evento dañoso... por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (restitutio in integrum)*”⁴. Esta definición refleja una concepción exclusivamente patrimonialista.

Lorenzetti nos dice que: “*El daño: el daño tiene un lugar subalterno. En el derecho hispánico por ejemplo, (partida 7ma. título XV, ley I), se indicaba que daño es "empeoramiento o menoscabo o detrimento... por culpa de otro". Es una consecuencia del acto culpable. La noción de pena ilumina los caracteres del resarcimiento. Por ejemplo, el daño moral se concibe como "agravio", como pena al que produce un detrimento a otro.*”⁵

Para Matilde Zavala de González: “*El daño es un presupuesto autónomo de la responsabilidad civil, que no se reduce ni puede inferirse de la sola lesión emergente de la lesión antijurídica (es decir, del ataque, ofensa o menoscabo a un bien). Debe consistir en una concreta y real consecuencia perjudicial, cuyo carácter económico o moralmente disvalioso*

⁴ Citado por Pérez Velázquez “*La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*”. (2015, p. 121). Pérez Velázquez (obra citada ut supra) también nos dice que: “*En la doctrina, la mayoría de los autores se ha orientado por definir el daño como todo menoscabo o detrimento que sufre una persona en su ámbito o esfera de intereses. Así, Lacruz Berdejo et alii lo definen como “toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe cubrir, en todo o en parte”. Para Santos Briz, “daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona, y del cual haya de responder otro”.*

⁵ Lorenzetti, Ricardo. “*El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? La Ley: Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales.*(2007, p. 3)

es lo que infunde naturaleza patrimonial o extrapatrimonial al daño, con prescindencia de la que inviste al bien lesionado. La posible configuración de un daño moral resarcible en el caso de afectación de bienes patrimoniales así lo demuestra⁶.

Así podemos ver como el debate sobre la patrimonialidad de la prestación que desarrollaré más adelante tiene su reflejo en la concepción del daño.

b. Concepto de daño resarcible.

En relación con los daños y perjuicios se debe determinar exactamente el monto de los daños y perjuicios que corresponde indemnizar, el que no siempre coincide con los daños efectivamente ocasionados. Por más que en nuestro derecho se acepta el principio de reparación integral del daño (al que me referiré específicamente en el capítulo respectivo), nuestra norma civil no manda reparar todo el daño causado, sino únicamente una parte. A este último concepto se le denomina por la doctrina como **daño resarcible** y se encuentran regulados en los arts 1342 y siguientes del Código Civil. Esta es la primera amputación que sufre el principio de reparación integral del daño.⁷

Por tanto, desde un punto de vista estrictamente legal los elementos que deben existir a partir de un incumplimiento contractual para que estemos en presencia de un daño resarcible son:

1. Relación directa e inmediata con el incumplimiento.
2. Previsibilidad para el caso de un incumplimiento culposo (este requisito no es necesario en caso de incumplimiento doloso).

De no hallarse estos elementos de manera conjunta en el hecho dañoso, el mismo no será indemnizable por parte del infractor (y probablemente por nadie salvo que exista un seguro público o privado). La previsibilidad del daño (art. 1346 del Código Civil) es el elemento diferenciador en nuestro sistema contractual civil respecto a la responsabilidad

⁶ Zavala de González, Matilde. “Daño moral por lesión de bienes patrimoniales”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016b, p. 857).

⁷ Así nos enseña Gamarra: “Una primera regla, que atañe a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio, establece que es **daño resarcible** (o **daño en sentido jurídico**) aquel que es **consecuencia directa e inmediata del incumplimiento**. A este límite, netamente objetivo, se superpone un segundo criterio, esta vez subjetivo, basado en la previsibilidad del daño; sólo se indemniza el daño que el deudor pudo **prever al tiempo del contrato**, excepto cuando el incumplimiento fue voluntario, intencional (vale decir: doloso), en cuyo caso este límite no rige y el deudor debe resarcir todos los perjuicios directos e inmediatos, fueran o no previsibles. El **resarcimiento debe ser integral**; esto significa que ha de repararse todo el daño y nada más que el daño, o sea, que el resarcimiento no debe ser una pena para el autor del daño ni servir de lucro al damnificado.” Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. (Tomo XVIII n.d., p. 18).

extracontractual, la que no requiere del mismo, sea cual sea el aspecto subjetivo presente (culpa o dolo).

A los elementos anteriormente mencionados que deben concurrir necesariamente para estar dentro del concepto de “daño resarcible” y poder obtener una justa reparación en la justicia civil, se debe agregar el más complejo de todos, esto es “la prueba”. Sin lugar a duda en la práctica suele ser el mayor obstáculo que los operadores del derecho deben sortear a efectos de obtener justas indemnizaciones, siendo la principal razón de las escuetas indemnizaciones que se aprecian ante incumplimientos incluso dolos y maliciosos (sobre el análisis del aspecto subjetivo me referiré en el capítulo respectivo).

Los elementos probatorios serán una segunda amputación que sufrirá el principio de reparación integral del daño. Al decir de Gamarra: *“Tengo el convencimiento, a través de larga práctica en los tribunales de mi país y estudio de la jurisprudencia nacional, que el perjuicio casi nunca se repara íntegramente, y en definitiva paga justo por pecador. Esa timidez de los jueces, cuando otorgan indemnizaciones que en derecho corresponden, puede contrarrestarse en parte con interpretaciones como la que acabo de exponer. La cual, además, está impuesta con la fuerza de convicción del principio general que prescribe la reparación de todo perjuicio.”*⁸

Por tanto, en la práctica, suelen ser pocos los casos en los cuales la víctima puede, luego de transitar por un arduo proceso civil, manifestar que ha quedado plenamente reparada por los daños ocasionados por quien intencionalmente deshonró sus obligaciones libremente asumidas.

c. Alcance y naturaleza de nuestro sistema de contratos respecto al daño indemnizable.

Desde un punto de vista estrictamente histórico, los daños y perjuicios indemnizables están relacionados con la cosa, incluso Justiniano limitaba los daños al doble del valor de la cosa. También Pothier tenía una concepción relacionada estrictamente con la cosa objeto del contrato (al que me referiré más adelante).

Al decir de Gamarra, Venturini y De Cores: *“Hasta aquí el desarrollo de los daños “intrínsecos”, y si en este punto terminara el tratado (refiriéndose al Tratado de Pothier), ciertamente podría afirmarse que los daños y perjuicios contractuales se reducirían prácticamente al precio de la cosa. Sin embargo, siguiendo en esto también la tradición, Pothier acepta que los daños y perjuicios contractuales vayan más allá, comprendiendo los daños y perjuicios “extrínsecos”, es decir, los que el incumplimiento causa en otros bienes del*

⁸ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. (Tomo XVIII n.d., p. 21).

*deudor. Sin embargo, se percibe claramente que Pothier incursiona en el ámbito de los daños y perjuicios con gran prudencia y cuidado, y sin dejar jamás de poner la vista en el objeto del contrato”.*⁹

Como ya fuera mencionado nuestro sistema se basa en la máxima de que “*ha de repararse todo el daño y nada más que el daño*”¹⁰. Esto excluye de manera expresa el carácter punitivo de la responsabilidad civil contractual. En nuestro sistema jurídico las sanciones están reservadas para quienes cometen faltas, delitos o crímenes y son reprimidas mediante el sistema penal, que puede traer como consecuencia la aplicación de multas (faltas) o de prisión (delitos).

Pero el sistema penal se basa en principios completamente distintos al sistema civil ya que para que una pena sea impuesta deben cumplirse toda una serie de principios y procedimientos expresamente previstos a efectos de cumplir con las mayores garantías que nuestro sistema constitucional prevé, siendo esencial la graduación de la culpa, algo casi inexistente en la vía civil. No pueden aplicarse penas de ninguna clase sin que se cumplan con estos procedimientos (*nulla pena sine lege*”), el derecho a no autoincriminarse, cuantificar la pena con antecedentes, un procedimiento que necesariamente debe contar con garantías mínimas que no cuenta el civil, etc.

En un sistema de base reparatorio/indemnizatorio como el nuestro la aplicación de penas es completamente independiente de la producción de un daño, pudiendo aplicarse penas por delitos cometidos que no produjeron daño alguno. Esto tiene su lógica en que la función del derecho penal está en la regulación de las conductas humanas a diferencia del derecho civil que está en evitar causar un daño, y de causarse el mismo, la única consecuencia/sanción es su reparación.

Además, las multas aplicadas en el sistema penal tienen como único beneficiario al Estado, debiendo la víctima de un delito y/o falta recurrir al sistema reparatorio civil en caso de pretender la reparación del daño causado, salvo que pueda alcanzar un acuerdo reparatorio civil en vía penal, procedimiento previsto en el nuevo código del proceso penal uruguayo.

Nuestro derecho no cuenta con un instituto similar al derecho de *torts* de los anglosajones. Los daños punitivos no son recogidos por nuestras leyes salvo en contados casos como la ley de derechos de autor, la ley de alquileres o el 2002 del Código Civil. Los anglosajones suelen condenar a cuantiosas indemnizaciones en favor de las víctimas de hechos

⁹ De Cores, Gamarra y Venturini. “Tratado jurisprudencial y doctrinario”.(2015, p. 668).

¹⁰ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. (Tomo XVIII n.d., p. 18).

dolosos o culposos graves, con el objetivo de desincentivar estas conductas (función punitiva y preventiva según lo ya analizado.¹¹

En numerosas ocasiones se ha discutido en nuestro país la posibilidad de prever específicamente daños punitivos, pero nuestro legislador descartó esa posibilidad. En sustitución previó aplicar multas por parte del Estado y en beneficio de este. Esto fue lo acontecido con la ley de defensa del consumidor o la ley de defensa de la competencia. Para nuestro legislador, la regulación de las conductas que se hace en detrimento del principio de libertad solo puede ser realizado por el Estado (con las excepciones mencionadas anteriormente que responde a diversos fundamentos), quedando circunscrito el accionar de las víctimas a buscar la reparación de los daños que efectivamente le haya ocasionado.

En nuestro país las aguas están divididas respecto a la posible instauración de un régimen que habilite a los jueces a aplicar penas de daños punitivos. Por una lado está la postura contraria de Berdaguer en virtud de que: los daños punitivos pueden ser aplicados sin estar tipificada la conducta prohibida dejando librado a la interpretación del magistrado la misma para cada caso y a posterior de ocurrido el hecho; a su vez, por más que las penas no afectan la libertad, sí afectan el derecho de propiedad por lo que deben estar investidas de las necesarias garantías; la función punitiva debe estar reservada a las materias que cuentan con sistemas procesales adecuados a la misma tales como el penal o administrativa; finalmente, las consecuencias de un exceso en su aplicación pueden ser gravísimas para la convivencia y el sistema por la enorme cantidad de precauciones que los involucrados deberán tomar, contratando altísimos seguros que finalmente afectarán el precio de los productos y servicios que la sociedad precisa. Sin embargo, el Prof. Berdaguer hace un comentario aparte respecto a los “daños lucrativos” respecto a los cuales se deben buscar mecanismos más eficientes de represión y al respecto se remite al trabajo de Ramírez y Carnelli (Responsabilidad por hecho ilícito que enriquece al responsable” ADCU T. XXXIII, pp. 577) y Caffera y Mendive (La

¹¹ “Los daños punitivos son una suma de dinero concedida por encima de la compensación otorgada para reparar el daño sufrido cuando este fue agravado por violencia, fraude, malicia. Es decir, que si no se otorgan daños compensatorios no se concederán los punitivos ya que la prueba para estos es más exigentes que para aquellos. Su función principal es aliviar al demandante por la vergüenza, angustia moral o degradación agregadas por las circunstancias en que sufrió el daño. También es su función servir como ejemplo para disuadir a otros de incurrir en esa conducta por lo cual son también llamados ejemplificantes (exemplary). Es el jurado quien decide sobre su concesión. Evalúa no sólo la malicia de la conducta sino la posición económica del demandado que es quien debe pagarlos. En principio los daños los cobra la víctima, lo cual es objeto de una interesante polémica ya que si su función es ejemplificar, disuadir o castigar muchos no consideran justo que esa compensación vaya a la víctima (ya resarcida con los daños compensatorios) sino que debería tener otro destino. En los casos de incumplimiento contractual no suelen concederse a menos que haya habido fraude u otra inconducta en la transacción.” Larrioux: “Manual del sistema legal de los Estados Unidos”. (2015, p. 99)

restitución del enriquecimiento ilícito en el Código Civil Uruguayo”, ADCU, T. XL pp.857) y estudio de su autoría en la obra de “Cuasicontratos”.¹²

Por otro lado, Carlos De Cores afirma que en ciertos casos en que el ilícito es doloso o gravemente culpable, la “*sola reparación del daño no brinda una completa satisfacción, porque aún luego de reparar totalmente el daño causado, sigue permaneciendo el hecho histórico de la ofensa, daño o injuria, que constituye en sí mismo la ruptura de un orden, de un equilibrio*”¹³.

Para este autor *los daños punitivos se revelan particularmente útiles cuando el demandado ha calculado que los beneficios que le reporta el ilícito serán mayores que la condena a reparar los daños.*¹⁴

2. Concepto de daño moral o extrapatrimonial.

El concepto de daño moral ha evolucionado notablemente en las últimas décadas. Partiendo desde una concepción puramente psicológica del daño que la define como un grave dolor, perturbación o aflicción causada por un hecho ilícito, hasta las más modernas concepciones en las cuales el daño extrapatrimonial incluye no solamente la reparación por el dolor o aflicción causado sino el daño a un proyecto de vida, la afectación al honor, el buen nombre o al prestigio de bienes intangibles de difícil o imposible cuantificación, tanto a personas físicas como jurídicas.

Trevisan Braz nos dice que: “*La doctrina distingue el daño moral del material. Silvio Neves Baptista explica que, conforme a la naturaleza del derecho ofendido el daño puede ser clasificado en daño patrimonial o moral. Según el autor, el patrimonial o material, es el daño que afecta bienes que integran el patrimonio de una persona, o sea, bienes susceptibles de apreciación económica. El extrapatrimonial o moral, es cuando la lesión afecta bienes inmateriales, no susceptibles de evaluación económica.*”¹⁵ Este autor pone el énfasis en la naturaleza del derecho ofendido, por encima de la prestación comprometida.

En el mismo sentido, Gil Barragán nos dice que: “*Alessandri hace notar que el daño material lesiona la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando*

¹² Berdaguer, Jaime: “*Daños punitivos o ejemplares*”. Doctrina y jurisprudencia de derecho civil. 2017. pp. 23.

¹³ De Cores, Carlos: “*Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo*”. Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo III. pp.243.

¹⁴ De Cores, Carlos: “*Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo*”. Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo III. pp.252.

¹⁵ Trevisan Braz: “*Daño moral por inadimplemento contractual*” (Marzo, 2016a, p. 50)

sus medios, en el daño moral el patrimonio de la víctima está intacto porque afectó los valores de su espíritu. Este autor coincide en lo frecuente de que coexistan las dos formas, el daño moral que a la vez comporta un daño material, como ocurre cuando un perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral, verbigracia si una persona pierde un miembro o si se desacredita a un comerciante. Pero, agrega, puede haber un daño meramente moral, consistente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos."¹⁶

Zavala de González coincide con Trevisan Braz en el sentido de definir la naturaleza del daño moral por las consecuencias del daño y no por el bien objeto de la convención. *“El daño se cualifica como moral o patrimonial por el resultado de la lesión, y no por la índole del bien sobre la que éste versa. Sin embargo, la materia lesionada suministra una pauta conceptual para distinguir dentro del daño moral (o del patrimonial) el directo del indirecto. El daño moral es directo cuando surge a partir de la ofensa de bienes personales del sujeto (honor, libertad, honestidad, etc), e indirecto si proviene del menoscabo de bienes patrimoniales. Porque también este último es susceptible de generar consecuencias espirituales disvaliosas”*.¹⁷

La definición que se adopte de daño moral o extrapatrimonial es particularmente importante para este trabajo ya que según sea la definición que se adopte, serán los alcances y consecuencias que sobre la reparación de un daño de origen contractual podrá tener.

a. Orígenes históricos.

El primer antecedente respecto a la reparación del daño moral (en su acepción clásica) está en el pensamiento filosófico de Santo Tomás de Aquino, quien a su vez se habría inspirado en Aristóteles. Mosset Iturraspe realiza una cita en la que se mencionan bienes indemnizatorios del perjuicio afectivo: *“ las cosas que restablecen la normalidad corporal y, por otra parte, proporcionan deleite, o al menos distracción, con que suavizar las asperezas del dolo ”*.¹⁸

Planiol y Ripert (citado por Gil Barragán) citan sentencias expedidas antes del establecimiento definitivo de la institución, las cuales tienen, por lo mismo, la importancia de hallarse entre las primeras sobre esta materia. Según estos autores, los tribunales franceses obligaron a pagar indemnizaciones a los actores en los siguientes casos:

a) Al cónyuge víctima de un adulterio (...), o impulsado por la conducta del otro a pedir

¹⁶ Gil Barragán: “Elementos del daño moral” (2008b, p. 60)

¹⁷ Zavala de González, Matilde: “Daño por lesión de bienes patrimoniales”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016b, p. 857).

¹⁸ Gil Barragán: “Elementos del daño moral”. (2008a, p. 61).

el divorcio o la separación de cuerpos, aparte la pensión dispuesta por el artículo 301 del CCiv...;

- b) A los padres cuyo hijo menor fue retenido por un tercero que se negó a devolverlo...;*
- c) A los padres de alumnos a quienes el profesor explicó materias obscenas o antirreligiosas...;*
- d) A la persona que recibió una carta injuriosa, si bien sin publicidad...;*
- e) A la que, en contra de su voluntad, se hizo objeto de una suscripción pública...;*
- f) A la familia de una persona fallecida, por haberse practicado a ésta la autopsia en el hospital y sin el asentimiento de aquella...;*
- g) Al padre de una suicida cuyo cadáver el alcalde impidió se enterrasen en otro lugar que no fuera el “rincón de los perros” del cementerio...;*
- h) Al cura de una iglesia, en contra de cuya voluntad se hicieron sonar las campanas...;*
- i) A una sociedad, contra un individuo que hizo suscribir a sus empleados pólizas de seguro haciéndose pasar como inspector de la sociedad, comprometiendo de este modo su autoridad y su influencia respecto de sus agentes... (10).*

Los fallos precedentes configuran un concepto de daño moral basado en la equidad natural, más no resultante de una doctrina científica con raíces, como la actual. ”¹⁹

Claramente los casos mencionados responden a la sensibilidad de la época, siendo poco probable encontrar casos similares en la actualidad, aunque el fundamento responda a los mismos principios.

Igualmente, desde los orígenes de los códigos decimonónicos importantes autores han defendido la necesidad de indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado en función de un incumplimiento contractual. Así, los hermanos Mazeaud y Tunc decían: *“Y cabe incluso decir que sería más inicuo en materia contractual que en materia delictual negarle una satisfacción a aquel cuyo patrimonio moral ha sido lesionado; porque ha tenido el cuidado de celebrar una convención para asegurarse una ventaja de orden extrapecuniario”* ²⁰

Igualmente, y más allá de los ejemplos mencionados, se puede afirmar que en los códigos decimonónicos prevalecía la concepción estrictamente patrimonialista de un contrato e incluso de las consecuencias del mismo. Esto llevó a que fueran sumamente escasas las sentencias en las cuales se aceptó indemnizar algún daño moral, incluso en países como

¹⁹ Gil Barragán: “Elementos del daño moral”.(2008a, p. 65)

²⁰ MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León - TUNC, André, "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Ed. EJE, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 467. Citado en Arias Cau Y Nieto: “El daño extrapatrimonial en el contrato de locación. Análisis y prospectiva.” *La Ley*. (2017, p. 3)

Uruguay en los cuales existen referencias expresas a la aflicción como daño (art. 1611).

b. Evolución histórica.

Analizando los procesos histórico evolutivo de varios países a partir de la interpretación de códigos decimonónicos, podemos encontrar ciertos patrones comunes en la evolución del pensamiento acerca del daño moral o extrapatrimonial. Una primera etapa de rechazo a toda reparación de perjuicio extrapatrimonial, una segunda etapa de aceptación del daño moral impuro en sede aquiliana, una tercera etapa de reparación del daño moral puro también en sede aquiliana, y finalmente una cuarta etapa de aceptación de la reparación de este perjuicio en toda la responsabilidad civil, sin distinción de origen.²¹

Por otro lado, Lorenzetti nos dice que *“Desde la protección del individuo se evoluciona a una "esfera de la individualidad", que se constituya en el límite de la relación entre el individuo y la sociedad. Por ejemplo, el daño moral según la evolución de la doctrina francesa e italiana, de gran influencia entre nosotros, se conceptúa como sufrimiento, luego como honor individual y social; posteriormente como lesión a la vida en relación, al proyecto de vida, a la identidad personal. En el derecho anglosajón, el concepto de privacidad ha sido muy fructífero para defender la individualidad. Así: se le concede acción al individuo cuando alguien se ha apropiado de alguna ventaja suya, o ha arrojado falsa luz sobre su identidad, o viola su derecho a estar solo.”*²²

c. Diversas concepciones sobre daño moral o extrapatrimonial.

Las diversas concepciones relevadas pueden clasificarse en: **1. Concepción restringida o personalista.** Concepción del daño moral como daño a la psiquis de la persona. **2. Concepción humanista:** Daño moral como una especie del daño a la persona, dentro de los que se encuentran el daño al proyecto de vida y el daño a la libertad fenoménica. **3. Concepción amplia o moderna:** el daño moral o extrapatrimonial permite reparar los daños ocasionados a derechos inherentes a la personalidad humana así como también en bienes intangibles de difícil cuantificación.

Según Inés Labat, podemos ver una evolución en el concepto de daño moral que podría resumirse en tres etapas:

- 1) **Daño moral impropio:** esto es la aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana.
- 2) **Daño moral puro:** esto del perjuicio que no afecta ni aún indirectamente al patrimonio

²¹ Domínguez Hidalgo, Carmen: *“La reparación del daño moral derivado del contrato”* (n.d.-a, p. 235)

²² Lorenzetti, Ricardo: *“El sistema de la responsabilidad civil ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”* La Ley. (2007, p. 9).

de la víctima.

- 3) Este último supondría el pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia contractual como extracontractual sin distinción y aun ampliándose la noción de daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona.

Según la autora, esta última fase (la que no denomina) sería la conclusión final a la que por *imperativo de equidad y lógica jurídica debería llegarse en toda esta evolución, aunque, ...son muy pocos los sistemas que se han atrevido a recoger ese principio en toda su magnitud y extensión*".²³

Por otro lado, Andrés Mariño clasifica las diversas concepciones según las mismas conceptualicen al daño extrapatrimonial por afectar un interés extrapatrimonial (Vaz Ferreira) o por afectar las consecuencias extrapatrimoniales del daño (Gamarra) independiente de si el interés afectado sea patrimonial o no.²⁴

Matilde Zavala de González sintetiza las orientaciones fundamentales que se perfilan respecto al daño moral: "*a) la que atiende al derecho o bien jurídico menoscabado: el daño moral consiste en la lesión de un derecho de la personalidad. 2) la que tiene en cuenta el interés afectado por el hecho, con prescindencia de la naturaleza del bien ofendido: el daño moral reside en la frustración de interés extrapatrimonial, relacionado con la intangibilidad de un bien patrimonial o extrapatrimonial. c) la que adopta como criterio la existencia y naturaleza del resultado de la violación del derecho y del interés ligado al bien protegido. En*

²³ Labat, Inés: "La privación de bienes y el daño moral" (2017a, p. 5).

²⁴"Para una posición (Vaz Ferreira), *existe daño extrapatrimonial en el supuesto de lesión de un bien, derecho o interés extrapatrimonial. De acuerdo con dicha postura, sólo existe daño extrapatrimonial (o daño moral) en los supuestos que se lesionan esa clase de bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales. Por ejemplo, hay daño extrapatrimonial cuando se lesiona el derecho al honor; en cambio, hay daño patrimonial si se lesiona el derecho de propiedad respecto de una cosaPara otra posición (Gamarra), la distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial debe realizarse sobre la base del ámbito en el cual recaen las consecuencias de la lesión que causa el perjuicio. La distinción entre daño patrimonial y no patrimonial "no se refiere al daño en su origen, sino al daño en sus efectos; sea o no patrimonial el bien, no por ello el daño será patrimonial o no patrimonial. La distinción atiende a los efectos del daño, según que repercutan en el patrimonio o fuera de él; los daños no patrimoniales son aquellos que no lesionan el patrimonio.... Como consecuencia, el **daño extrapatrimonial es la lesión a un interés simple o de hecho no contrario a derecho que tiene consecuencias negativas en el ámbito extrapatrimonial de la víctima, con independencia que el interés lesionado sea respecto de un bien patrimonial o extrapatrimonial.**" Mariño, Andrés: "La cuantificación del daño extrapatrimonial o moral en el derecho uruguayo". Daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016a Tomo I.)*

esta concepción, que compartimos, el daño moral radica, en las repercusiones anímicas o espirituales de un hecho que engendra responsabilidad civil.”²⁵

Finalmente, Gamarra, propone una clasificación más simple a partir de una definición negativa. Para este autor existe una concepción tradicional de daño moral relacionada directamente con el *pretium doloris* y una concepción más moderna y amplia del daño moral o extrapatrimonial que incluye todo aquel daño que no es patrimonial.²⁶

1. Concepción clásica, personalista o restringida.

Dentro de la concepción restrictiva podemos encontrar a Acedo Penco quien nos dice que *«el daño moral constituye una noción dificultosa», «relativa e imprecisa», sin embargo adopta «una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación», y así, determina que «la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico»*.²⁷

Scognamiglio, citado por Gamarra, mantiene una concepción restringida estableciendo que se limita a los dolores, padecimientos, sufrimientos físicos²⁸, al tiempo que delimita estrictamente a la esfera íntima y subjetiva de la personalidad. Esta concepción deriva de la particularidad de su regulación en la que el daño no patrimonial sólo puede surgir a partir de un ilícito penal.

Para Tobías, el daño moral es resultante de un *“menoscabo a los sentimientos, el sufrimiento o dolor que se produce, independientemente de su repercusión patrimonial”*²⁹. Las

²⁵ Zavala de González, Matilde: *“Daño moral por lesión de bienes Patrimoniales”*. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016b, p. 856).

²⁶ *“Aunque seguiré utilizando la terminología tradicional de “daño moral” (que incluso tiene recepción en el derecho positivo uruguayo), existe acuerdo general acerca de su impropiedad: es preferible la denominación de “daño no patrimonial”, adoptada por las leyes de Alemania e Italia. En efecto, la expresión daño moral es equívoca, y no aclara acerca del contenido del perjuicio, mientras que “daño no patrimonial” señala la naturaleza esencial del mismo, esto es, que tal daño ni aun indirectamente, se traduce por una disminución patrimonial. La definición por consiguiente es de carácter negativo; lo más seguro que puede decirse acerca del daño moral es que no tiene naturaleza patrimonial. El criterio que sirve para distinguir ambas clases de daño no atiende al bien o interés lesionado, sino a los efectos del daño, según repercutan dentro del patrimonio o fuera del mismo”*. Gamarra, Jorge TDCU. (T. XIX n.d., p. 244)

²⁷ Acedo Penco: *“Derecho de contratos: cuasi contratos y responsabilidad extracontractual”*. (2011, p. 352)

²⁸ *Obra citada por Gamarra, Jorge. TDCU. Tomo XIX: Scognamiglio, Il danno morale, p. 286.*

²⁹ .Tobías, José: *“Hacia un replanteo del concepto de daño moral”* Daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2015)

definiciones son variadas, pero todas se relacionan con un "fuerte dolor o aflicción", que no tenga repercusión patrimonial.

En nuestro país, Peirano identifica el daño moral con el dolor.³⁰

2. Concepción humanista.

Para esta concepción el daño moral es todo daño a la persona humana, haya provocado o no dolor a la persona. Esta concepción es más amplia que la limitada al *pretium doloris* ya que incluye casos como el daño a la personalidad sin que esté relacionado con dolor físico.

En Ecuador, Barragán entiende que: “*De todos modos, hay una característica común en la ley, la doctrina y la jurisprudencia: daño moral es cualquier perjuicio a la persona, que no puede ser considerado como patrimonial.*”³¹

En nuestro país, para Vaz Ferreira “*existe daño moral aunque no haya sufrimiento, ni la víctima tenga conciencia del perjuicio*”.³² En este caso, el prestigioso autor aumenta el alcance de la concepción tradicional, pero sin salir de los límites de la persona humana.

3. Concepción amplia o moderna.

Esta concepción define el daño extra-patrimonial (ahora sí claramente alejado de la concepción tradicional de daño moral relacionado con el *pretium doloris*) con un criterio negativo, o sea, todo aquello que no puede ser incluido o cuantificable dentro de la categoría del daño patrimonial.

Para Busnelli, citado por Gamarra, los daños no patrimoniales son aquellos que no pueden estimarse mediante criterios objetivos.³³

En nuestro país, Gamarra, construye la noción de daño moral según la naturaleza del daño tenga repercusión o no en el patrimonio.³⁴ “***En el Uruguay no hay ninguna razón de derecho positivo que imponga al intérprete limitar el daño moral a los estados espirituales de la víctima. Las definiciones corrientes que lo describen como el resultado negativo en el espíritu o los sentimientos, o su identificación con el sufrimiento físico o síquico y la modificación disvaliosa del espíritu, corresponden a meras preferencias doctrinarias, que no contemplan los datos legales. No puede sostenerse que el daño moral equivale al sufrimiento, si lo único que nos dice el artículo 1319 es que cualquier clase de daño, sea o no patrimonial, recibe el amparo de una tutela resarcitoria. Legalmente el daño moral es el daño no***

³⁰ *Obra citada por Gamarra en TDCU. Tomo XIX, Peirano Facio, Responsabilidad Extracontractual, n, 216 p. 378-381*

³¹ Gil Barragán: “*Elementos del daño moral*”. (2008a, p. 62)

³² Citado por Gamarra en TDCU Tomo XIX, p. 39.

³³ *Obra citada por Gamarra: Busnelli, Diritto alla salute, p. 529.*

³⁴ Gamarra, Jorge. TDCU.(Tomo XIX n.d., p. 40).

*patrimonial, porque el art 1319 no lo limita o circunscribe al pretium doloris. Y tampoco existe una tipología legal que en el derecho positivo uruguayo cree determinadas subcategorías dentro de la noción unitaria, restringiendo por vía de la enumeración, y excluyendo de ella, p ej, el daño moral a la persona jurídica, o el que se asocia a un daño causado a las cosas...**Para clasificar y definir el daño moral el único camino posible es atender a la naturaleza del daño, y esta no puede ser sino de dos clases: patrimonial o extrapatrimonial (tertium non datur).** Se trata de dos categorías -como señalan Monateri-Bellero- exhaustivas y mutuamente excluyentes; lo que no entra en una de ellas pertenece inevitablemente a la otra”.*³⁵ Para Gamarra el daño moral es todo daño no patrimonial. La definición es de carácter negativo.³⁶

Adoptar una definición tan amplia, tiene importantes consecuencias respecto a los casos que permite comprender. Es cierto que el primer criterio diferenciador está en la naturaleza del daño (tal como menciona Mariño en su obra), pero sin embargo, Gamarra insiste en establecer un criterio de carácter negativo, analizando las consecuencias del daño.

A nivel internacional también podemos encontrar visiones amplias sobre el concepto de daño moral (o extrapatrimonial), siendo mayoritaria en varios países. Así, en Ecuador, Barragán nos dice que “*El daño moral consiste en la lesión a los derechos extrapatrimoniales, es de naturaleza subjetiva y alcanza a las molestias en la seguridad personal, o en el goce de los bienes, o en la lesión de las afecciones legítimas de la víctima (CNCiv., Sala F, marzo 30/971, LL, 146-174) (11).*”³⁷

En España, predomina una visión también amplia del instituto: ***Como reconocen diversas sentencias del Tribunal Supremo, “iniciada [la indemnización del daño moral] en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad (...)” (SSTS 3.5.2006 [RJ 2006\4070]; 31.5.2000 [RJ 2000\5089]). Conforme a ello, la jurisprudencia admite que el daño moral indemnizable no es sólo aquel que consiste en “un sufrimiento o padecimiento psíquico”, sino también el que deriva de un “impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre” o “el trastorno de ansiedad, impacto emocional [e] incertidumbre consecuente”. Al mismo tiempo, entiende el Tribunal Supremo español que el daño moral no deriva sólo de la lesión a bienes de naturaleza***

³⁵ Gamarra, Jorge. TDCU.(Tomo XXV n.d., p. 21)

³⁶ Gamarra, Jorge. TDCU.(Tomo XIX n.d., p. 244)

³⁷ Gil Barragán: “Elementos del daño moral”. (2008a, p. 65)

extrapatrimonial, sino también de la lesión a intereses de naturaleza patrimonial. Así, “los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales”, del mismo modo que los daños “que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial” y que “los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral (...), pueden ser de naturaleza patrimonial (...) y no sólo moral (según admite implícitamente el art. 9.3 de la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal a a la propia imagen” (STS 27.7.2006 [RJ 2006\6548])”³⁸

En Chile, Carmen Domínguez sobre la realidad del daño moral en Chile: “...la simplicidad del concepto adoptado por la doctrina jurisprudencial ha impedido concebir a esta especie de daño como una categoría de perjuicios en la que caben todos aquellos que carecen de contenido patrimonial, a diferencia de lo que ya acontece en países como Francia o España, entre otros”.³⁹

En conclusión, la concepción amplia o moderna entiende al daño moral o extrapatrimonial como una lesión a un bien extrapatrimonial (definición positiva), o como una lesión a todo bien que no sea patrimonial (definición negativa).

d. Consecuencias prácticas de aceptar cada una de las posturas sobre el daño moral o extrapatrimonial.

Las consecuencias entre adoptar uno u otro criterio son realmente importantes. En primer lugar, dependiendo de la concepción elegida podrá ser de aceptación la indemnización del daño moral en las personas jurídicas, ya que obviamente estas no tienen sentimientos, aunque sí sus integrantes. Por otro lado, también determinará el alcance respecto a daños no patrimoniales que no estén relacionados con aspectos de la personalidad, tales como daños comerciales (pérdida de reputación comercial, pérdida de clientes, pérdida de imagen, etc) especialmente relacionados con incumplimiento de contratos.⁴⁰

³⁸ Solé Feliu: (Feliu, feb, 2009, p. 23) obra citada ut supra.

³⁹ Domínguez, Carmen: “El daño moral en derecho chileno: Panorama general” (2004, p. 699)

⁴⁰ Al decir de Gamarra: “Decidir sobre esta alternativa que plantea una noción distinta entre dos nociones distintas de “daño moral” (restringida y amplia) proyecta también consecuencias distintas en cuanto a la legitimación activa, y una de las más notorias es el daño moral a la persona jurídica, rechazado por los partidarios del criterio restringido, porque el “sufrimiento” no resulta concebible#. La solución también incide respecto de víctimas que están en situación donde pueda ponerse en duda la existencia del dolor, como el estado de coma o vegetativo (descerebrado). Y finalmente, con el criterio restringido la cuantificación monetaria va a centrarse básicamente en el dolor, que habrá de medir y traducir en dinero,

Cuando se analice jurisprudencia en otros países veremos que ej. en España, esta visión amplia es absolutamente mayoritaria, siendo utilizado el instituto para indemnizar daños de características eminentemente comerciales como la pérdida de imagen de un comerciante y por tanto patrimoniales.

Un aspecto que genera profundos debates es en relación al daño moral o extrapatrimonial relacionado con bienes materiales o inmateriales (ej: activos de propiedad intelectual). Desde una concepción restrictiva cualquier daño ocasionado a un bien patrimonial es objeto de indemnizar los daños patrimoniales ocasionados. Ahora, y en primer lugar, ¿qué sucede cuando un bien tiene un valor superior al valor de mercado del objeto en razón de la relación afectiva que se tenía con ese bien, *valor de afección*? Nuestro código prevé esa posibilidad en el art. 1611 por lo que no deberían existir dudas que cuando estamos ante un valor de afección el mismo debe ser indemnizado siendo este parte del daño extrapatrimonial.

En segundo lugar, ¿qué sucede cuando estamos ante daños de difícil o imposible cuantificación, tales como el valor de una marca o el prestigio de una empresa afectado por un accionar ilícito? Acá claramente estamos ante un daño patrimonial de difícil cuantificación, ya que, por más que teóricamente existen métodos contables para calcular el desvalor de una marca en razón de un ilícito (ej venta de productos falsificados de inferior calidad que desprestigiaron a la marca), en la práctica resulta imposible cuantificar este daño de manera objetiva.

Es por esto que doctrina extranjera ha recurrido a la figura del daño extrapatrimonial, algo que se aleja notablemente del concepto original de daño moral (*pretium doloris*) pero que ha funcionado perfectamente para establecer un criterio resarcitorio o compensatorio en una enorme cantidad de casos que de lo contrario sería imposible establecer una indemnización justa.⁴¹ En el fondo, ha sido utilizado con una finalidad práctica de equidad, más que de estricta dogmática jurídica.

En conclusión, por más que tradicionalmente se ha asociado al daño moral con la psiquis de una persona, actualmente se ha extendido el radio de aplicación del instituto para incluir, en una primera etapa todos los derechos relacionados con la personalidad del hombre, para actualmente incluir derechos de corte claramente patrimonial como el prestigio de una empresa, un bien intangible o un proyecto, pero de difícil cuantificación.

mientras que la adopción del concepto amplio facilita el surgimiento de nuevas técnicas, o métodos liquidatorios de carácter objetivo". ADCU (Tomo XXV n.d., p. 10)."

⁴¹ Al respecto me remito a opiniones desarrolladas en artículo de mi autoría "La determinación del daño marcario: una nueva regla de tres pasos". *Revista de derecho Universidad de Montevideo*. N° 32. 2017..(Achard, 2017)

Según veremos en capítulos posteriores esta es la visión mayoritaria a nivel comparado, no así en nuestra jurisprudencia.

3. Función del daño moral y Análisis económico.

a. Función del daño moral.

Como instituto que busca la reparación del daño ocasionado, el daño moral o extrapatrimonial busca los mismos objetivos planteados en el capítulo anterior sobre los contratos y sus remedios, y por tanto debe estar sometido a los mismos límites para que el sistema funcione sanamente.

El daño moral es uno de los daños que puede ocasionar un hecho ilícito (sea de fuente contractual o extracontractual), el que debe ser reparado dentro de los límites que marca la ley (daño directo y previsible para el caso de los contratos), a efectos de evitar que el cumplimiento de un contrato quede librado a la libre voluntad de las partes.

El debate en este punto plantea las mismas opciones que al analizar las funciones de la indemnización en general. Los argumentos y posiciones son muy similares, siendo mayoritario, casi unánime, en el discurso la defensa del carácter reparatorio del daño moral, aunque en los hechos, según veremos en las sentencias analizadas, esto no es tan claro. Como posición minoritaria en nuestro país, aunque con mayor acogida en el exterior se encuentra la postura que considera el daño moral como compensatorio.

Hace algunos años fue planteada una posición ecléctica por parte de Gustavo Ordoqui que establecía que: “...lo reducido de estas evaluaciones puede tener su razón de ser en no haber llegado a comprender o aceptar que la reparación del daño moral en definitiva cumple una función compensatoria para la víctima, y concomitantemente, tiene eficacia sancionatoria para el agente del ilícito.”⁴²

Para el prof. De Cores también podemos encontrar una doble función punitiva-indemnizatoria: *no se trata de una función punitiva desgajada de la función indemnizatoria, pero tampoco de una función puramente indemnizatoria.*” su fundamento está en la imposibilidad de construir una cuantificación monetaria sobre la base de un deterioro en el patrimonio de la víctima.⁴³

⁴² Ordoqui, Gustavo. Daños y Perjuicios causados al concebido no nacido, ACALI, 1984, p. 47. Citado por Venturini, Beatriz: “*Daño moral y su evaluación*” ADCU (1984, p. 129).

⁴³ De Cores, Carlos: “*Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo*”. Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo III. pp.268.

Analizando los distintos sistemas de responsabilidad civil podemos encontrar cuatro funciones que cumple la responsabilidad civil:

- Función reparatoria.
- Función satisfactiva o compensatoria
- Función punitiva.
- Función preventiva.

La función punitiva y la preventiva se encuentran íntimamente relacionadas en tanto la segunda es consecuencia de la primera. Cuanto más onerosa se vuelva la sanción por incumplir, mayores medidas tomará la persona para evitar el incumplimiento.

Claramente nuestro sistema jurídico se afilia al concepto de otorgarle función reparatoria y/o compensatoria al sistema de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, salvo que las partes acuerden algo distinto en un contrato. No existe en nuestro orden jurídico los denominados daños punitivos tal como los vemos en el sistema anglosajón (“derecho de torts”), salvo en los casos en los que la ley expresamente los prevé (art. 2002 del Código Civil, derechos de autor, ley de alquileres), más allá de que pueda ser considerado como multa civil, a los efectos de este debate interesa tomar en cuenta la naturaleza punitiva del instituto.

Incluso en materia de contratos, las penas son consideradas como reparación del daño (art. 1367), salvo disposición en contrario. Sin pretender ingresar al interminable debate que esta disposición provocó en la doctrina, es claro que el mismo muestra el significado que la reparación del daño tenía para nuestro legislador como sanción última en caso de incumplimiento.

Sin embargo, la función reparatoria presenta un escollo en materia de daño extrapatrimonial, y es que este daño es de imposible determinación, y por tanto no podemos reparar algo que es imposible de determinar. Para esto surgió otra función directamente asociada con la función reparatoria, que es la función satisfactiva o compensatoria. Aquí no se busca reparar en términos concretos, sino compensar un daño, otorgar un regocijo o satisfacción espiritual a la víctima sustitutiva del daño extrapatrimonial padecido.⁴⁴ Podría decirse que la función reparatoria aplica al daño patrimonial y la compensatoria al daño moral

⁴⁴ Mariño López, Andrés. 2018. *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario. Derecho de Daño*. Edited by La Ley Uruguay. Vol. Tomo I. p.219

o extrapatrimonial.⁴⁵ Esta posición ha sido sostenida por la jurisprudencia nacional en posición minoritaria.⁴⁶

En una visión algo distinta, Ordoqui, siguiendo a Díez Picazo, nos dice que hoy la función principal de la responsabilidad civil es la preventiva, aunque actualmente se puede notar un renacer de la función punitiva. A su juicio, en los últimos tiempos la culpa había perdido aplicación práctica ya que adquirieron preeminencia factores de atribución objetiva. Esto ha dado lugar a la creencia de que lo más importante es prevenir el daño, mediante el castigo ejemplar. *“Ya no se trata sólo de indemnizar o de reparar el daño sino de castigar más que prevenir.”*⁴⁷

Por lo tanto, debemos analizar dentro de la función sistémica que nuestra ley le otorga a la responsabilidad civil, cual es el alcance de este instituto que permita cumplir adecuadamente con los objetivos del mismo.

Uno de los argumentos que utilizó Gamarra para sostener el carácter reparatorio del daño moral fue el método de cálculo que utilizaba la jurisprudencia. Gamarra estudió la polémica descartando la posibilidad de que estemos ante una pena. *“La circunstancia de que el daño moral no se calcula sobre la base de la entidad de la lesión sufrida, sino arbitrariamente, en un porcentaje de la indemnización patrimonial, puede hacer pensar que, en este ámbito del art, 23 de la ley 14068, el legislador le asigna naturaleza de pena privada. Pero tampoco la solución es convincente, encarada en este plano, porque el metro de la pena privada no puede ser jamás la entidad del daño patrimonial (que atañe al daño sufrido por el ofendido), sino, por el contrario, el comportamiento del ofensor”.*⁴⁸

Según Mariño, la postura mayoritaria en jurisprudencia es atribuirle carácter reparatorio al daño moral. Igualmente el TAC 1° se afilia a la naturaleza compensatoria. En un caso de nuestro país en el que se reclamaba la reparación del daño debido al robo de un reloj a inquilinos

⁴⁵ “La respuesta afirmativa respecto de esa idoneidad se encuentra acogida, desde hace algún tiempo, prácticamente por la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia, tanto española como extranjera, en el sentido de aceptar la indemnización en su función satisfactoria. Puesto que la responsabilidad civil no requiere ya que el dueño a resarcir implique una lesión de valores económicos que se remedia según criterios de equivalencia - porque puede cumplir una función satisfactoria o compensatoria - porque puede cumplir una función satisfactoria o compensatoria cuando se trata de bienes morales o no patrimoniales-, la prestación en la relación contractual no tiene por qué presentar la característica de la susceptibilidad de valoración económica; esto sería así si la indemnización pecuniaria continuara desempeñando el papel exclusivo de la equivalencia. (García López, 1990) “Responsabilidad Civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.”

⁴⁶ Mariño cita ejemplos de sentencias del TAC 2° de 1984, 1989 y 2002. (Mariño López, 2018, p. 219) obra citada

⁴⁷ Ordoqui Castilla, 2012, p. 96 Derecho de Daños.

⁴⁸ Gamarra, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Edited by Fundación de Cultura Universitaria. Tomo XIX. p.260

de un contrato de hospedaje, y donde se condenó al hotel a abonar el daño moral sufrido por los hospedantes en virtud de dicho robo, el Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno dijo: *"Corresponde explicitar que no se trata de reparar un daño sino de ofrecer un paliativo o compensación, que se cuantifica en relación con la gravedad del daño y en forma comparativa con daños más leves, daños de similar entidad y daños más graves, que son aquellos donde hay padecimientos o menoscabos psíquicos de mayor entidad."*⁴⁹

En lo personal entiendo que el debate no se encuentra correctamente planteado. Una norma determinada puede contener varias funciones en sí misma. En este caso, entiendo que el derecho busca contemplar todas las funciones mencionadas. En efecto, cuando se establece que ante un incumplimiento contractual el remedio que corresponde aplicar es la reparación del daño, se busca reparar, indemnizar (si esto no es posible como en el daño moral), castigar, al autor del ilícito y prevenir futuros incumplimientos. Todas las funciones están contempladas en un mismo remedio, pero de una intensidad inferior al derecho penal en relación con la función punitiva y preventiva. Ahora, que la intensidad sea menor no quiere decir que las mismas estén ausentes, sino que mantienen un perfil claramente secundario.⁵⁰

A su vez, que la responsabilidad civil mantenga de manera secundaria una función punitiva y preventiva, no quiere decir que podamos aplicar principios del derecho penal a la hora de determinar daños. Todo lo contrario. Los principios que deben ser aplicados son los reparatorios o indemnizatorios del derecho civil, pero bajo la premisa que no puede quedar daño sin ser indemnizado o reparado, ya que de lo contrario los victimarios no tomarán las medidas necesarias para evitar daños en el futuro. Este concepto, a mi juicio, es muy importante al momento de analizar los principios probatorios del derecho de daños.

Caumont se expresa en el mismo sentido al afirmar: *"Es precisamente en el campo del Derecho de la Responsabilidad Civil en el que se ha producido una de la mayores y más relevantes transformaciones en virtud del profundo cambio de concepción y de abordaje epistemológico producto de la atribución, al Derecho de Daños, de finalidad protectora en general y de evitación del perjuicio o de justa reparación, en su caso, en especial, reasignación teleológica que, como es sabido, coloca al ofendido como eje central de la preocupación jurídica y, con ello, las funciones preventiva y precautoria en preservación de la indemnidad"*

⁴⁹ Sentencia de segunda instancia n° 130/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno.

⁵⁰ Terré, citado por De Cores, dijo que mediante este sistema se mataban dos pájaros de un tiro, si no tres: reparar el daño sufrido, castigar la falta cometida, y asegurar en lo posible, la disuasión. "Propos sur la responsabilité civile, Arch. de philosophie du droit, 1977, p. 40 citado en (De Cores, 2015, p. 333). "Acerca de las funciones de la responsabilidad civil. Tratado jurisprudencial y doctrinario."

*de la víctima antes que el cometido sancionador y punitivo que centra la atención excluyente en el ofensor, desatendiendo al perjudicado y desentendiéndose de todo sesgo finalístico primordial de indemnización por a mérito de la prevalencia del castigo sobre la restauración”.*⁵¹

Desde un punto de vista conceptual, las cuatro clases de funciones mencionadas precedentemente en realidad puede agruparse en dos: por un lado la función reparatoria-indemnizatoria, ya que ambas cumplen la misma función pero aplicada a daños distintos, la función reparatoria es aplicable al daño patrimonial, la función indemnizatoria o compensatoria es aplicable al daño extrapatrimonial, en tanto los sentimientos (concepción restringida de daño moral) no pueden ser nunca objeto de reparación; por otro lado, la función punitiva-preventiva, ya que la función de todo castigo es, además de castigar, evitar que se vuelva a cometer el ilícito, tanto por la propia persona, como por terceros.

A nivel comparado, el Prof. De Cores nos enseña la postura de Boris Starck que considera la doble función de la responsabilidad civil como garantía y como pena privada, e identifica manifestaciones de la función represiva en la tendencia de los jueces a aumentar las indemnizaciones en casos de faltas graves, siempre que el monto del perjuicio no puede ser exactamente determinado; la reducción de la indemnización en el caso de culpa de la víctima.⁵²

A mi juicio, la función reparatoria-indemnizatoria no es contrapuesta con la sancionatoria-preventiva, por más que sean regulados por principios distintos, (especialmente al momento de determinar el daño ocasionado), siendo el de la tipicidad del derecho penal el elemento diferenciador más excluyente, pero que no lo diferencia mayormente en el ámbito de los contratos (ya que ahí el ilícito debe estar previsto en los términos acordados del contrato). Un ejemplo de esto es el interminable debate sobre la naturaleza jurídica de la cláusula penal en los contratos. El análisis económico del derecho nos podrá ayudar a comprender este debate.

La responsabilidad civil tal como la conocemos, contiene las cuatro funciones descritas⁵³, dos como función principal, y las otras dos como accesorias. Paso a explicar.

La función exclusivamente reparatoria o indemnizatoria se encuentra presente en la seguridad social no contributiva (ya que si es contributiva estaríamos ante el pago de un seguro

⁵¹ (Caumont, 2015, p. 957) “La prueba del daño en Uruguay. La tensión entre el derecho sustantivo y la liturgia procesal” Tratado Jurisprudencial y doctrinario.

⁵² De Cores, Carlos: “*Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo*”. Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo III. pp.247.

⁵³ En términos similares Morris, citado por De Cores, realiza una descripción de las distintas posibilidades que la función punitiva y sancionatoria puede actuar conjunta o separadamente de un instituto del derecho. De Cores, CARLOS: “*Los daños ejemplares: un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo*.” Tratado Jurisprudencial y doctrinario. T. III pp.283.

obligatorio mediante contribución especial), ej. la indemnización a víctimas de delitos graves. En este caso el infractor no paga los daños ocasionados, por lo que no sufre ninguna consecuencia negativa en su patrimonio ni en su libertad por el acto ilícito cometido. Por el otro lado, el derecho penal tiene una función principalmente punitiva, ya que solo importa castigar la infracción cometida y no reparar los daños. En el código procesal penal anterior, la función era exclusivamente penal, ya que no se admitía ninguna clase de reparación civil durante el proceso. En el actual código del proceso penal, podemos afirmar que existe una función secundaria o residual reparatoria-compensatoria ya que es factible, en ciertos casos, renunciar al castigo penal en caso de existir una reparación-compensación civil.

En el medio entre estos dos extremos podemos ubicar a la responsabilidad civil, la multa civil y los daños punitivos, con diferente grado de preeminencia entre ambos tipos de funciones.

Claramente la función punitiva alcanza su máxima expresión en derecho civil en los daños punitivos del derecho anglosajón. En nuestro derecho podemos encontrar algunos ejemplos de multa civil (ley de arrendamiento art. 71, propiedad horizontal, derecho de autor, 2002 del CC, 329 de ley 16060), en el derecho civil y comercial.

La función preventiva existe siempre que sancione al victimario de alguna manera, sea con la obligación de reparar, indemnizar, pagar una multa o ir preso. Lógicamente se encuentra de manera más evidente en el ámbito penal pero siempre como una utopía, ya que no existe sanción que pueda evitar todos los ilícitos. La función preventiva está tanto en la responsabilidad civil, como en la penal, adquiriendo un carácter principal en este último.

En lo personal entiendo que la indemnización del daño moral tiene una función principalmente compensatoria, en tanto los sentimientos no son reparables, y secundariamente punitiva y preventiva, en tanto se busca que sea el victimario quien indemnice los daños ocasionados.

Cabe agregar que se debe diferenciar las funciones de un instituto con su naturaleza jurídica. El instituto del daño moral cumple funciones compensatorias, punitivas y preventivas tal como fundamenté oportunamente, pero su naturaleza jurídica es eminentemente reparatoria-indemnizatoria y de ahí los criterios jurídicos que deben ser aplicados para su determinación.

A nivel de jurisprudencia comparada también podemos ver opiniones en el mismo sentido. Así, en Brasil, Trevisan Braz, nos dice que *la reparación del daño moral no tiene por función rehacer el patrimonio de la víctima sino de brindar a quien sufrió un daño una*

satisfacción que le permita atenuar los efectos de la lesión sufrida. Además de una función compensatoria el daño moral tiene una función preventiva y pedagógica.⁵⁴

En el mismo sentido Carmen Domínguez nos dice que: “...son numerosos los criterios referidos por nuestros tribunales que reflejan que, en un gran número de ocasiones, la condena pecuniaria a título de daño moral no es exclusivamente reparadora sino claramente punitiva.”⁵⁵

Veamos la consecuencia de adoptar uno u otra postura en relación con su naturaleza jurídica. El daño moral no cuenta con criterios objetivos para su cuantificación, por lo que los criterios utilizados para determinar la misma serán aceptados según la función que se acepte que cumple la indemnización del daño moral.⁵⁶ Así, si aceptamos la naturaleza reparatoria-compensatoria, quedará prácticamente excluido el elemento subjetivo (salvo para analizar la previsibilidad) no siendo relevante la intención de ocasionar daño (dolo), ni los antecedentes en la ejecución del contrato ni ningún otro elemento característico del derecho penal; los que sí serán relevantes para el caso de aceptar la función punitiva del instituto, e incluso la función previsor. La naturaleza jurídica de un instituto determinará los criterios que debemos utilizar en su aplicación, debiendo por tanto descartar criterios punitivos en la determinación de una

⁵⁴ “A reparação por dano moral, como mencionado, não tem a função de refazer o patrimônio da vítima, mas de conferir àquele que sofreu um dano dessa natureza, uma satisfação que lhe é de direito, atenuando os efeitos da lesão sofrida 142 . Para parte dos autores, a indenização por dano moral não tem, porém, apenas esse caráter compensatório, mas também tem uma função preventiva e de caráter pedagógico, buscando evitar que novas condutas danosas se repitam. Os agentes causadores do dano devem se sentir desestimulados e desencorajados a perpetrarem novas condutas atentatórias a direitos alheios. Os diversos Tribunais do país, não raro, consagram esse critério na fixação do valor a ser compensado . E o STJ tem reafirmado em seus julgados a função punitiva das indenizações por dano moral” Trevisan Braz: “Dano moral por inadimplemento contratual”. (Marzo, 2016b, p. 69)

⁵⁵ Domínguez Hidalgo, Carmen: “El daño moral en derecho chileno: Panorama general”. (2004a, p. 24)

⁵⁶ Según Mariño, “Se ha discutido la función del daño no patrimonial. Con relación a dicho aspecto, se han presentado tres posiciones, las cuales asignan diferente función al daño extrapatrimonial: reparatoria, satisfactiva o punitiva. **La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el daño no patrimonial cumple una función reparatoria.** Sin embargo, dadas las especiales características del daño no patrimonial en cuanto a su estimación y cuantificación, se presentan otras dos posiciones (satisfactiva o punitiva) respecto a la función referida. **La postura asumida respecto a la función del daño extrapatrimonial tiene incidencia directa en la cuantificación de este.** En efecto, una función indemnizatoria otorga un equivalente al perjuicio padecido. Una función punitiva impone un monto a título de pena de acuerdo con la conducta del individuo y el daño causado. Una función satisfactiva buscará un subrogado de satisfacción respecto del daño no patrimonial padecido.” Mariño, Andrés: “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho de Daños. (Tomo I 2018, p. 217).

indemnización extrapatrimonial, sin embargo, esto no obsta que puedan cumplir una función punitiva, por más que la misma sea secundaria, y que los jueces deban por tanto comprender la importancia de aplicar alguna clase de sanción o indemnización, para evitar las consecuencias disvaliosas que la impunidad provoca en el sistema.

Para Carmen Domínguez, *“La reparación es para todo daño una compensación. No obstante, esa asimilación es ciertamente errada porque la reparación siempre es sólo una compensación, esto es, algo que se da en reemplazo de lo perdido aunque no alcance a su valor exacto o no esté en condiciones de alcanzarlo nunca. Y esto ya sea se trate de una reparación específica o de una en dinero, porque ellas son siempre mecanismos resarcitorios y no de ejecución”*.⁵⁷

En resumen, la concepción sobre la naturaleza del daño moral tendrá importantes consecuencias en los criterios que se utilicen para determinar el quantum de la indemnización y por tanto en el monto indemnizatorio.

b. Análisis económico de la reparación del daño moral. Debate sobre la conveniencia o no de reparar el daño moral de fuente contractual.

Sobre la conveniencia de indemnizar el daño moral contractual no existe consenso, e incluso amplia literatura se manifiesta en contra. Según Feliú, *“La literatura sobre el análisis económico del derecho también se pronuncia en contra de indemnizar el daño moral contractual, con el argumento de que la indemnización del daño moral equivaldría a garantizar a su receptor un seguro, cuyo precio (las primas) no estaría dispuesto a pagar antes del incumplimiento prácticamente en ningún caso. Indemnizar el daño moral en estas condiciones supondría una suerte de sobre-compensación”*.⁵⁸

A esto se le debe agregar que el accionar doloso del incumplidor no cuenta con una sanción efectiva, siendo irrelevante si el incumplimiento se produjo por culpa o dolo del deudor, salvo por lo previsto en el 1346 y 1611 del Código Civil, que son de infrecuente aplicación. La sanción por el incumplimiento siempre es la reparación del daño previsible, ni más ni menos.

En una visión similar Gómez Pomar y Marín García, haciendo un análisis económico del daño moral en los contratos, también sostienen el argumento de que las partes no estarán

⁵⁷ Domínguez Hidalgo, Carmen: “Reparación integral de daño y su contenido. Algunas consecuencias para el derecho chileno.” Estudios de derecho civil. V. 5 (2009, p. 671)

⁵⁸ Solé Feliú, Josep: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”.INDREAT. (feb, 2009a, p. 7).

dispuestas a pagar por un seguro por incumplimiento contractual y por tanto rechazarían incluir el daño extrapatrimonial en un contrato.⁵⁹

En definitiva, lo que nos dicen los autores españoles es que no siempre el comprador informado está dispuesto a asumir el costo de una cobertura total por los posibles daños que le pueda causar la adquisición del bien o el servicio. En su opinión, si las partes tuvieran que optar libremente por prever la indemnización por daño moral en caso de incumplimiento, en la gran mayoría de los casos decidirían no hacerlo, ya que esto implicaría un aumento del costo del bien (producto o servicio).

En este punto sin duda la lógica económica del ámbito contractual se diferencia notablemente del análisis extracontractual ya que cualquier decisión sobre eventuales consecuencias afecta el costo del producto o servicio, por lo que la teoría económica no es unánime en aceptar al daño moral contractual como remedio conveniente en caso de incumplimiento.

En lo personal, no comparto los argumentos esgrimidos por los autores citados ya que con ese criterio tampoco encontraríamos multas ni daños liquidados en contratos, y sin embargo, su presencia es más que habitual.

Por otro lado, no pueden ser asimiladas los contratos de consumo, en los que una de las partes tiende a contar con poca información, ni se genera un ámbito de negociación entre las partes, con contratos civiles y comerciales, donde las partes suelen contar con mayor información y negociar precio en función de los riesgos asumidos.

Claramente el razonamiento expuesto precedentemente puede tener lugar cuando estamos ante compradores informados, pero no ante consumidores. A mi juicio, la

⁵⁹ “La observación de la práctica contractual en la realidad parece mostrar que los contratantes sofisticados e informados (las empresas de cierto tamaño contratando en su ámbito de actividad) no solo no incluyen los daños no patrimoniales en la indemnización contractualmente debida, sino que típicamente excluyen en sus contratos negociados con otros contratantes de similares características una buena parte de los daños patrimoniales (lucro cesante, daños indirectos), lo cual sin duda refleja una actitud favorable al rigor y la contención en la inclusión de partidas de daño en las indemnizaciones contractuales. La razón es fácil de atisbar: al contrario que en el ámbito puramente extracontractual, cuando hay una relación contractual entre, de un lado, quien pagará la indemnización y, de otro, quien la recibirá, el valor esperado de las indemnizaciones en caso de incumplimiento constituyen un coste para el vendedor o proveedor, que tendrá que cubrirse con el precio del contrato. En otras palabras, que al adquirir un bien o servicio, el comprador está también comprando –y pagando, por tanto– la «cobertura de seguro» que implica la indemnización de daños que tendrá derecho a percibir en caso de incumplimiento por la otra parte.”. Pomar y García: “El daño moral y su cuantificación”. (2017, p. 91)

indemnización del daño moral en caso de incumplimiento resulta necesario a la hora de contar con adecuados incentivos para lograr un cumplimiento voluntario y por tanto eficiente de los contratos. Sin embargo, al objeto de este trabajo, no es posible eludir la opinión de destacados autores en la materia.

En conclusión, por más que la teoría económica entiende que los incentivos para el cumplimiento de los contratos no siempre son suficientes con la reparación material como única sanción, no es conteste en aceptar el daño moral contractual como remedio eficiente en caso de incumplimiento.

4. El daño moral contractual: distintas posturas históricas.

Tal como ha sido mencionado han existido, y aún persisten, posturas negativas en relación con la aceptación del daño moral de fuente contractual, fundamentalmente basado en el carácter esencialmente patrimonial de la prestación de un contrato. Todo contrato cuenta con una prestación en dinero, lo que le da un carácter esencialmente patrimonial a la prestación debida.⁶⁰

Por tanto, existen dos cuestiones a determinar:

- a. Si el carácter patrimonial de la prestación es inherente y excluyente en una convención.
- b. Si al existir algún interés moral o extrapatrimonial, este tiene alguna relevancia jurídica.

Por tanto, se debe determinar en primer lugar, si existiendo una prestación no patrimonial, su incumplimiento puede derivar en la producción de un daño moral; y en segundo lugar, estando ante prestaciones exclusivamente patrimoniales, su incumplimiento puede provocar daños no patrimoniales.

A su vez, otro aspecto del debate relacionado con lo anterior está en la posible diferencia entre incumplimiento de obligaciones de fuente contractual y de fuente aquiliana. En efecto, en tanto hoy día nadie pone en duda la pertinencia de la resarcibilidad de los daños de fuente aquiliana, la pertinencia de indemnizar esta clase de daños en materia contractual debería ser una conclusión deducida de la simple lógica. Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas clases de obligaciones que ameritan su estudio.

Para García López no existe razón objetiva y válida que excluya la toma de consideración del daño moral procedente de la infracción de una obligación contractual, una

⁶⁰ *“Fundamentalmente la postura se sustenta en la consideración de que la obligación convencional efectúa su juego dentro del marco de los intereses patrimoniales, de modo que la responsabilidad del deudor no podrá abarcar nunca los intereses extrapatrimoniales que el acreedor tenga en la relación obligatoria concreta”.* García López: “Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia.”(1990, p. 282).

vez que se ha admitido la susceptibilidad de su indemnización en el campo extracontractual.⁶¹ Sin embargo, este razonamiento no puede ser aceptado de manera lineal. Las obligaciones de fuente contractual presentan ciertas características que llevan por lo menos a plantear algunas dudas.

En efecto, una convención tiene como principal premisa la autonomía de la voluntad. O sea, uno asume libremente una obligación y un riesgo. El incumplimiento es parte de las posibilidades de hechos que pueden acontecer, por tanto, el hecho de que alguien sufra una fuerte aflicción por un incumplimiento que puede llegar a preverse por la víctima, es a lo sumo discutible.

De hecho este es el principal argumento para rechazar el daño moral de baja entidad en incumplimientos contractuales, argumento que a mi juicio es pertinente como se verá en el capítulo respectivo, ya que no sería tolerable por la sociedad que todos los incumplimientos contractuales sean susceptibles de provocar un daño moral. Este argumento debe mantener una correlación con el requisito de la entidad mínima del incumplimiento para hacer un reclamo de rescisión y daños (sin perjuicios de los daños moratorios a los que haré referencia oportunamente).

a. Posturas estimatorias de la patrimonialidad como requisito de la prestación.

Savigny, junto a otros autores representantes de la denominada escuela histórica, se basaron en un texto del digesto para afirmar la necesidad del valor pecuniario de la prestación. Basado en el razonamiento de que todas las condenas en el derecho romano contenían cantidades pecuniarias, se concluyó que la prestación también debía tenerlo.⁶²

Para Pothier, *lo que uno se obliga a hacer o no hacer debe ser de tal naturaleza, que, aquel respecto a quien la obligación se contrata, tenga interés en que aquello se haga o no se haga; y ese interés ha de ser un interés apreciable. La razón es evidente: siendo una obligación un lazo de derecho, no puede haber obligación cuando aquel que ha prometido hacer o no hacer una cosa, puede dejar impunemente de hacerlo. Ahora bien, es evidente que puede dejar impunemente de ejecutarla, cuando yo no tengo interés alguno justipreciable de que haga o no lo que ha prometido; pues que de ellos no puede resultar para con él, indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de su promesa, pues la indemnización de daños y*

⁶¹ García López: "Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia." (1990, p. 280)

⁶² Betti, Voz Obbligazione en Dizionario di Diritto privato de Scialoja, pág. 287. Citado en (García López, 1990, p. 284)

*perjuicios no es otra cosa que la estimación del interés que tiene el acreedor en la ejecución de la obligación.*⁶³

Por tanto esta posición tradicional propugna el rechazo a la indemnización de daños extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual fundándose en la patrimonialidad de la prestación según argumentos históricos del derecho romano.

b. Posición que niega que la prestación exija el requisito de la patrimonialidad

Nuevos estudios realizados principalmente por doctrinarios alemanes negaron rotundamente que la patrimonialidad sea uno de los requisitos esenciales de toda prestación. Así Windscheid manifiesta que la decisión “*ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possut*”, sobre la que se sostiene la doctrina, se refiere en realidad a un problema localizado y no a una regla general.⁶⁴

Por otro lado, Ihering, al analizar las fuentes romanas, realizó las siguientes conclusiones:

- a. Es un error afirmar, partiendo del principio de la condena pecuniaria en el procedimiento romano, que el juez no pudiera apreciar más que los intereses y los bienes de valor económico. La condena pecuniaria en sus manos abarcaba, por el contrario, todos los intereses que el derecho reconocía como necesarios y dignos de protección.
- b. El demandante debía recibir reparación no sólo por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones ocasionadas en su bienestar o en sus conveniencias a causa de las incomodidades, las agitaciones, las vejaciones, etc, que se le hubieren ocasionado.⁶⁵

Por tanto, concluyen los autores que no existe argumento histórico para defender la patrimonialidad de la prestación. Dentro de la doctrina francesa, autores como Demogue, Planiol y Ripert, también son partidarios de esta postura.

Gutiérrez Guitián es coincidente con esta interpretación histórica sobre el error de Domat y Pothier al interpretar el derecho romano.⁶⁶ La postura de Domat y Pothier terminó por marcar la opinión de la doctrina durante varias décadas.

⁶³ Pothier, Tratado de las obligaciones, traducido por SM.S.,T.I. Barcelona, pág. 114. Citado por obra *ut supra*. (García López, 1990)

⁶⁴ Windscheid, Diritto delle Pandette, T.II, Torino 1925, pág. 4, nota 2. Citado por obra *ut supra*. (García López, 1990)

⁶⁵ Ihering, Estudios Jurídicos..., pág. 124. Citado por obra *ut supra*, pág. 285.(García López, 1990)

⁶⁶ “Efectivamente, nuestro artículo 1106 del Código Civil se inspira en el Código Civil francés (en su precepto 1149). En este sentido, cuentan Mazeaud (H y L) y Tunc, que los redactores del Código Civil

c. Posición ecléctica.

Desde la doctrina italiana surgió una posición ecléctica o intermedia, sustentada principalmente por Scialoja⁶⁷. Esta doctrina establece que se debe distinguir entre el interés del acreedor y el contenido de la prestación.⁶⁸ Castán afirma que “*si bien el interés del acreedor en la prestación puede tener carácter no económico (moral o religioso, humanitario, científico, etc) la prestación en sí misma debe ser susceptible -por vía directa o indirecta- de valoración económica*”.⁶⁹ Este autor junto a Puig Peña y Espín realizan una fundamentación dogmática sobre la conveniencia de esta distinción y de reservar el carácter exclusivamente patrimonial a la prestación, no así al interés del acreedor. Los argumentos jurídicos expuestos, los que podrían ser trasladables a nuestro derecho positivo, se basan en que no existe norma jurídica que limite el objeto de un contrato ni el interés del acreedor a aspectos exclusivamente patrimoniales.⁷⁰

García López concluye que *no cabe duda de que el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, pero el problema se circunscribe a determinar si cuando tales intereses se integran en una prestación de imposible valoración económica directa, el ordenamiento despliega o no todas las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento por parte de deudor.*⁷¹

Los argumentos expuestos serán desarrollados con mayor detalle en el capítulo 11.

5. El daño moral en las personas jurídicas.

La admisibilidad de la reparación del daño moral a las personas jurídicas depende directamente de la posición que se adopte acerca de su naturaleza. En efecto, si se adopta una

francés eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban categóricamente a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. En realidad se equivocaban, ya que numerosos textos, que ellos ignoraban, demuestran que el Derecho Romano no hizo ninguna distinción en cuanto al daño moral entre la responsabilidad contractual y la delictual. Gutiérrez Guittián, Alma María: “Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual.” (2003, p. 10)

⁶⁷ Scialoja, “*Diritto delle obbligazione*” (Lezioni, 1898-1899), págs. 45 y 73. Citado por obra *ut supra*.

⁶⁸ García López: “Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia”. (1990, p. 286)

⁶⁹ Castán “*Derecho Civil español*”, T. III, pág. 61. Citado por obra *ut supra*. (García López, 1990)

⁷⁰ “Desde el punto de vista del derecho positivo, que el interés puede o no ser patrimonial lo fundamentan estos autores en los arts. 1257 y 1271 del Código Civil; y que la prestación debe ser siempre patrimonial, en el art. 1101 del mismo cuerpo legal, ya que si el incumplimiento de la obligación por el deudor debido a dolo, negligencia o morosidad se traduce en una responsabilidad para indemnizar los daños y perjuicios, al ser ésta de naturaleza económica, necesariamente deberá corresponderse con un valor equivalente -económico, por lo tanto- de la prestación” (García López, 1990, p. 287)

⁷¹ (García López, 1990, p. 288).

posición restringida del daño moral (daño moral subjetivo - fuerte dolor o aflicción), justificar la pertinencia de su indemnización en personas jurídicas será una tarea titánica. Sin embargo, si nos afiliamos al concepto amplio, especialmente el criterio negativo sustentado por Gamarra (daño moral equivale a todo daño no patrimonial) independizándolo de los *pretium doloris*, la tarea resulta más lineal y obvia.

Claramente las personas jurídicas en sí mismas no tienen sentimientos ni sufren dolor alguno ya que este padecimiento es propio de las personas físicas. Sin embargo, podría caber su indemnización en casos de difamación de personas jurídicas sin fines de lucro, siendo difícil justificar su aplicación por fuera de estas fronteras.

Por otro lado, si se acepta el criterio amplio de daño moral (extrapatrimonial) en base a una noción negativa, no existe barrera lógica alguna que obste su reparación. Al respecto me remito a los argumentos de Vaz Ferreira sobre el punto. Al decir de Gamarra: “Además de todas las consideraciones teóricas, la noción no restringida es ventajosa, ya que amplía el área del daño resarcible, incluyendo el daño moral a la persona jurídica.”⁷²

Desde el punto de vista estrictamente jurídico no existen argumentos de dogmática para restringir la aplicación del instituto ya que ni el 1611 ni el 1341 del Código Civil restringen su accionar a las personas físicas.

Realizando un razonamiento algo distinto, pero alcanzando conclusiones similares, Beatriz Venturini también dice: “Una tercera línea de pensamiento en este tema, plantea que, si bien el daño no patrimonial implica dolor en todos los casos, el daño extrapatrimonial de la persona jurídica existe en cuanto afecta a cada uno de los integrantes de ella”⁷³

También Carmen Domínguez comparte esta postura. “De este modo, si las personas jurídicas son personas, sus atributos requieren de la especial protección que importa la procedencia del daño moral cuando concurran sus requisitos. Así, la credibilidad de una sociedad mercantil no solo se relaciona con la posibilidad de desarrollar sus negocios, sino también con su propia existencia; la imputación de actos ilícitos a una universidad o una fundación que, por definición no tiene espíritu de lucro, las afecta seriamente pues de ellos depende su actividad. El daño moral, contrariamente a la comprensión tradicional que se ha impuesto en la jurisprudencia nacional, no es sinónimo sólo de atentados a los sentimientos,

⁷² Gamarra, Jorge . TDCU. (Tomo XXV 1994, p. 21)

⁷³ Venturini, Beatriz: “El daño moral”. (n.d., pp. 36–39) Citado por Andrés Marino López: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho de daños.* (Tomo I 2018, p. 221).

sino de todo atentado extrapatrimonial y la afectación de esa credibilidad o prestigio ciertamente es uno de sus ejemplos."⁷⁴

En conclusión, siguiendo a la mayoría de la doctrina nacional (Gamarra, Mariño, Venturini,) y a la Prof. Domínguez en el extranjero, al adoptar una posición amplia sobre la naturaleza del daño extrapatrimonial no existen inconveniente teórico ni dogmático para aplicar el instituto en estudio a las personas jurídicas, tengan o no fin de lucro.

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS ESPECÍFICO DEL DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL DERIVADO DE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

6. Análisis régimen jurídico nacional.

6.1. Historia.

- a. Un poco de historia.
- b. Un poco de historia nacional.
- c. Derecho comparado.

6.2. Fundamentos jurídicos clásicos.

- a. Fundamento legal nacional del daño extrapatrimonial.
- b. Fundamento clásico para negar la indemnización por daño extrapatrimonial derivado de un incumplimiento contractual.

6.3. Fundamentos jurídicos modernos según las distintas áreas del derecho.

- a. Argumento constitucional.
- b. Normativa basada en acuerdos internacionales que prevén el daño extrapatrimonial de fuente contractual.
- c. Análisis del fundamento jurídico tradicional.
- d. Análisis particular del daño extrapatrimonial en el ámbito del derecho comercial.

6.4. El daño moral en la órbita del derecho contractual. Elementos que debe ser analizados en un contrato para determinar la pertinencia de su indemnización.

6.5. Característica de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Diferencia entre la responsabilidad aquiliana y la contractual.

6. Análisis régimen jurídico nacional

6.1. Historia.

⁷⁴Domínguez Hidalgo, Carmen: *"El daño moral en el derecho chileno: Panorama General"*. (2004a, p. 698)

a. Un poco de historia.

Lo primero que debemos preguntarnos es si el instituto del daño moral o extrapatrimonial es de aplicación en el ámbito de la responsabilidad contractual. Tal como mencioné en capítulo anterior los codificadores decimonónicos en general no miraban con buenos ojos la aplicación del daño moral como remedio ante el incumplimiento contractual ya que seguían los fundamentos de Domat y Pothier.⁷⁵

b. Un poco de historia nacional.

El daño moral o extrapatrimonial en la órbita contractual ya lleva varios años. En nuestro país, uno de los primeros casos es el conocido como "El vestido de la novia", según el cual se condenó a una modista a indemnizar el daño moral ocasionado a la novia que no recibió su vestido en fecha para su casamiento⁷⁶. Sin embargo, son ya de larga data los casos de condena a profesionales por su actuación, especialmente médicos, contratos de transporte por daños a pasajeros o a empresas por despidos abusivos, lo que también configura casos de responsabilidad contractual.

Al nivel nacional también el tema fue objeto de arduos debates. Beatriz Venturini hace un breve resumen en el que nos cuenta: *“La doctrina nacional, ya a partir de AMEZAGA (’), planteó el problema en forma orgánica, admitiendo que existen perjuicios que no tienen repercusión patrimonial y que también deben ser reparados. La indudable dificultad en hallar una precisa y justa reparación no puede hacernos inferir que no corresponde indemnizar en manera alguna, y descubre este autor en nuestro derecho positivo el art. 1611 del C.C. que habla en sede de prueba del valor de afección —un valor de carácter netamente Extrapatrimonial—. ARAMENDIA en su estudio monográfico (’) parte del concepto de daño (art. 1319 C.C.), definiéndolo en su sentido natural y obvio. La excelente sentencia de primera instancia de la Dra. BATISTELLA, toma idéntico punto de partida indicando que se trata del “efecto de dañar, causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”. PEIRANO» indica en su obra (ˆ) el art. 1878 inc. 2” realizando del mismo una interpretación a contrario*

⁷⁵ *“los redactores del Code eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban de modo categórico a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano”.* Gutiérrez Guitián, Alma María: *“Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual.* Anuario de derecho civil España. (2003, p. 244). “

⁷⁶ R. de G. M. c/ R. Hnos. Daños y Perjuicios. Ficha: C/171/81. *Daño Moral y su evaluación. Comentario de dos sentencias.* Beatriz Venturini. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. P. 129. Año 1984. En segunda instancia sentencia del TAC 1º del 30/11/1984, sentencia LJU 10445 LaLey Online: uy/jur/32/1984 citada en Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo II. Jurisprudencia. Gamarra, Raúl, De Cores, Carlos, Venturini, Beatriz. p. 425.

sensu e indicando que se trata de una excepción a la regla de principio, y en ese sentido el legislador fue claro, pues cuando quiso privar de toda protección al interés meramente moral, así lo hizo en forma expresa —como en el art. 81 C.C.— que deja sin la posibilidad de accionar por indemnización de perjuicios a novios y novias en caso de frustración de la promesa de matrimonio.”⁷⁷

Actualmente el tema no es objeto de debate ya que nadie cuestiona la pertinencia de indemnizar el daño moral ocasionado, a pesar de la existencia de algunos argumentos contrarios a su aceptación tal como el 104 del código Penal del 34. Sin embargo, aún mantiene relevancia el fundamento por el que se sustente la pertinencia de indemnizar el daño ya que a partir del mismo se podrá determinar el alcance del instituto.

c. Derecho comparado.

Incluso actualmente, la aplicación del instituto en el ámbito de los contratos no es universalmente aceptada. Al decir de Solé Feliú: *“Como en el derecho norteamericano, uno de los argumentos comúnmente alegados en el Reino Unido para justificar dicha regla se basa en el carácter normalmente comercial de las relaciones contractuales, que hace que el sufrimiento psicológico asociado al incumplimiento se considere parte del riesgo empresarial asumido por los contratantes. Según razona Lord Atkinson en la sentencia Addis, “aplicar en su totalidad los principios de valoración del daño propios de la responsabilidad extracontractual a los casos de daños derivados de un incumplimiento contractual produciría confusión e incertidumbre en el ámbito de las relaciones comerciales”*.⁷⁸

Aunque, por otro lado, algunos países como España tienen una visión sumamente amplia respecto a la aplicación del daño extrapatrimonial. Así el Tribunal Supremo Español dijo: *Al mismo tiempo, entiende el Tribunal Supremo español que el daño moral no deriva sólo de la lesión a bienes de naturaleza extrapatrimonial, sino también de la lesión a intereses de naturaleza patrimonial. Así, “los daños originados en el ámbito del patrimonio económico de una persona pueden ser no sólo patrimoniales, sino también morales”, del mismo modo que los daños “que afectan a su patrimonio biológico pueden ser de carácter moral o de carácter patrimonial” y que “los daños producidos en el ámbito del patrimonio moral (...), pueden ser de naturaleza patrimonial (...) y no sólo moral (según admite implícitamente el art. 9.3 de la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal a a la propia*

⁷⁷Venturini, Beatriz: *“El daño moral y su evaluación”*. ADCU. (1984, p. 128).

⁷⁸ Solé Feliú: *“El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”* INDRET (Revista para el análisis del derecho). (feb, 2009a, p. 10).

imagen” (STS 27.7.2006 [RJ 2006\6548])”.⁷⁹

6.2. Fundamento jurídico clásico.

a. Fundamento legal nacional del daño extrapatrimonial.

En todo el mundo podemos ver procesos similares sobre cómo los actores del derecho fueron reinterpretando textos similares para ir ampliando el radio de actuación del daño extrapatrimonial. Así, en Chile, Rutherford nos dice:

*“Quienes propugnan esta tendencia encuentran su fundamentación sustancialmente en una ausencia de la patrimonialidad de la prestación; en los principios generales del derecho; en una adecuada reinterpretación de las normas que reglan las obligaciones; en un ajuste terminológico de la conceptualización de daño emergente y, por último, en razones de justicia.”*⁸⁰

En nuestro país, los fundamentos jurídicos para aceptar la reparación del daño moral o extrapatrimonial están en lo establecido en los art. 1319, 1345, 1611, 1253, 1413, 1321 y 1323 del Código Civil interpretados de manera sistemática, además de las interpretaciones a *contrario sensu* de los arts. 1878 y 81 del Código Civil.

Se debe agregar que la existencia de daño no patrimonial ya cuenta con consagración legal en la ley de relaciones de consumo, 17.250, en su art. 36 que dice: *"El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito e incluyen el daño patrimonial y extrapatrimonial."* Esta norma es de aplicación exclusiva para las relaciones de consumo, aunque podría estudiarse su aplicación extensiva vía interpretación analógica. Sobre los mismos me referiré más adelante.

Por otro lado, al decir de Beatriz Venturini: *“En cambio, el derecho nacional, es de aquellos en los cuales no haya configuración expresa para la contiguación del agravio extrapatrimonial y su resarcibilidad, debiendo el mismo inferirse del principio general de reparación integral del perjuicio que rige tanto en materia contractual como aquiliana.”*⁸¹

b. Argumentos clásicos para negar la indemnización por daño extrapatrimonial derivado de un incumplimiento contractual.

El principal argumento de carácter general utilizado por los negacionistas está en el aparente carácter esencialmente patrimonial de una prestación contractual. O sea, si estoy

⁷⁹ Sentencia citada por Solé Feliu: *“El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”* INDRET (Revista para el análisis del derecho). (feb, 2009a, p. 19).

⁸⁰ Rutherford: *“La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”*. Revista chilena de derecho. (2013). p.2.

⁸¹ Venturini, Beatriz: *“El daño moral en la responsabilidad contractual.”* Tratado Jurisprudencial y doctrinario. (2015, p. 963).

adquiriendo un bien o un servicio a cambio de dinero, es porque la prestación cuenta con valor pecuniario y por tanto es incompatible con la naturaleza extrapatrimonial del daño que se pretende resarcir.

Este argumento no es recibo ya que la reparación en dinero es siempre una compensación y nunca el cumplimiento exacto de una obligación. Con ese criterio tampoco se repararía el daño extrapatrimonial de origen extracontractual. El argumento negacionista sería aplicable a toda la responsabilidad civil, algo que no es sustentado en estos tiempos.

Un segundo argumento, que busca apoyar al primero, está en el sentido histórico que los codificadores franceses otorgaron a los contratos. Así se entendió el simple interés moral o de afección del acreedor no es suficiente para condenar al deudor el pago de daños y perjuicios, si esta no es apreciable en dinero. Esta habría sido la opinión de Pothier, remontándose a los romanos y seguido por los codificadores del siglo XIX.⁸²Sobre este argumento ya me referí a los estudios de Ihering y Wisthleheim, citados por García -López, donde demuestran el error histórico de Domat y Pothier al asumir esta postura respecto al derecho romano.

Esta postura es fácilmente contestable en que el sentido de los términos de un código no puede quedar estático sino que varía según las costumbres y sensibilidades de los intérpretes de cada época. Pero además esto no puede ser la opción sustentada por los codificadores uruguayos, ya que sino no se explica la redacción del art. 1611 que hace expresa alusión al valor de afección del año y hasta otorga ventajas probatorias por sobre los daños puramente patrimoniales.

El tercer argumento, de corte claramente normativo, refiere a que nuestro artículo 1345 dice: *“Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro del que se le ha privado, con las modificaciones de los artículos siguientes”* Claramente el artículo referido realiza únicamente referencias de contenido patrimonial, sin alusiones a prestaciones extrapatrimoniales.

A este argumento se le han brindado dos respuestas. La primera, refiere a que no existe norma que prohíba la indemnización del daño moral o extrapatrimonial. La segunda, entiendo que es un argumento de mayor contundencia, refiere a que el daño extrapatrimonial se encuentra dentro del concepto de *“daño emergente”*, concepto no definido por nuestra ley y que permite su reinterpretación para incluir categorías no consideradas originalmente por el

⁸² Rutherford: *“La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”*. Revista chilena de derecho.(2013). p.3.

legislador. Finalmente, reiterando concepto vertido anteriormente, este argumento también sería válido para la responsabilidad extracontractual, algo que no es aceptado por nadie. A este se le debe agregar que la redacción de nuestro código habla de “*mal directamente causado*” (1323) y “*pérdida que ha sufrido*” (1345), conceptos que perfectamente pueden incluir pérdidas o males extrapatrimoniales.⁸³

Otro argumento contrario a la reparación del daño moral se ha invocado el art. 104 del Código Penal (“*El daño como fundamento de la indemnización civil*) *Todo delito que se traduzca, directa o indirectamente por un mal patrimonial, apareja, como consecuencia, una responsabilidad civil*”) lo que es un error ya que el artículo no obsta la reparación del daño extrapatrimonial. En todo caso este argumento no es de aplicación para el objeto del presente trabajo ya que refiere únicamente a delitos por lo que estaríamos en el campo de la responsabilidad aquiliana.

Este argumento utilizado por la doctrina décadas atrás, actualmente ha perdido vigencia ya que se encontraría tácitamente derogado por las normas del Código Civil que fuera aprobado en 1994. A esto se le debe agregar el argumento de que a partir de la aprobación de la ley 16162 las materias penales y civiles son independientes.

Por tanto, actualmente no hay dudas que lo dispuesto en el art. 104 del Código Penal no modifica la aceptación a reparar el daño moral, igualmente es perfectamente comprensible que la aprobación del Código Penal haya provocado dudas en los actores del sistema para la aplicación del instituto estudiado, especialmente en sede aquiliana.

6.3. Fundamentos jurídicos modernos según las distintas áreas del derecho.

a. Argumento constitucional.

Nuestra constitución protege a la persona humana como derecho fundamental, por lo que todo derecho relacionado con la persona humana debe contar con especial consideración para un intérprete del derecho.

Esto no quiere decir que las relaciones contractuales no puedan ser objeto de acuerdo y renuncia, pero ante el silencio de las partes, el mismo debe ser protegido por nuestra norma y justamente esto sustenta el siguiente argumento, pudiendo renunciarse a un derecho por vía de contrato y no habiéndolo hecho, corresponde sea protegido por el ordenamiento jurídico de manera absolutamente integral.

⁸³ Al respecto me remito a la evolución histórica sobre este debate que tuviera lugar en Chile y cuya versión realizada por la prof. Carmen Domínguez se hace referencia en el capítulo sobre Chile de este trabajo.

b. Normativa basada en acuerdos internacionales que prevén el daño extrapatrimonial de fuente contractual.

El mismo también cuenta con reconocimiento en convenciones internacionales existentes.

- *Principios UNIDROIT,*
- *Proyectos de armonización del derecho Privado europeo y la*
- *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería.*

El daño moral cuenta con reconocimiento expreso en los principios de UNIDROIT y en el Proyecto de Armonización de derecho privado europeo. Lamentablemente ninguno de los dos cuenta con la condición de ley para nosotros, sin embargo, esto no obsta a que sus criterios (especialmente los UNIDROIT) puedan ser recogidos por la jurisprudencia como doctrina más recibida, máxime si los mismos son desarrollados por la doctrina local.⁸⁴

En los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (2010) el daño moral está reconocido en el artículo 7.4.2. Punto 2) que establece que el daño causado por el incumplimiento puede ser no pecuniario e incluye el sufrimiento físico y la angustia emocional. En este caso tendría un alcance restringido el daño moral, lo que es coherente con el hecho de que aún muchos países (especialmente anglosajones) mantienen una concepción restringida del daño moral.

Por otro lado, en Europa han sido varios los intentos por armonizar el derecho privado de los diversos países que componen la Unión Europea. Probablemente las diferencias en cuanto a las tradiciones jurídicas han sido un obstáculo difícil de salvar, aunque con la próxima salida del Reino Unido esta situación puede cambiar.

En los Principios de los Derechos Europeos de los Contratos (2000) tenemos una referencia expresa al daño no patrimonial en el art. 9: 501 2 (a) al decir “*Las pérdidas que cubren esta indemnización incluyen pérdidas no pecuniarias*”.

Por otro lado, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, en su art. 164 admite la reparación de daño moral contractual pero restringiéndolo a tres hipótesis: a. *Grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio cultural, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un*

⁸⁴ “*La reparación del daño moral contractual goza de reconocimiento expreso en la mayoría de textos de derecho internacional y proyectos de armonización del derecho privado europeo, con excepción de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías...Pomar y García: “El daño moral y su cuantificación”..(2017, p. 210)*

cónyuge difunto; b. Padecimientos psíquicos que condicionan sufrimientos corporales; c. daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables.

Finalmente, el Borrador del Marco Común de Referencia para el derecho privado europeo adopta un concepto amplio de daño moral al hacer referencia a los “*daños no económicos.*”

c. Análisis del fundamento jurídico tradicional.

En todos los códigos decimonónicos, el análisis de las prestaciones no patrimoniales, así como del daño de esta naturaleza, no era parte de las categorías conceptuales habituales. Por esto es que no existen previsiones expresas en relación con la reparación de los daños de corte no patrimonial. Más aún en la materia contractual, siendo que estos eran vistos como instrumentos de una economía que necesitaba ser desarrollada, por tanto, la prioridad era fomentar los agentes económicos que producían bienes y servicios.

Los intérpretes (doctrina y jurisprudencia) tanto de nuestro país como del extranjero, han debido seguir un largo camino para fundamentar la legalidad de indemnizar los daños extrapatrimoniales, tanto los derivados de un deber genérico (extracontractuales), como de una obligación (contractuales).

Así, el primer argumento legal para fundamentar la indemnización del daño extrapatrimonial está en la regla general establecida en el art. 1319 del CC de que: “*Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de pagarlo*”.

Este artículo, situado en materia extracontractual, actualmente es considerado de plena aplicación también en sede contractual, debido a que la norma no distingue dos clases de responsabilidad, sino que reconoce una sola. El mismo recoge el denominado principio de reparación integral del daño al que me referiré en el capítulo respectivo, ya que diversos autores le han incluido argumentos de carácter constitucional, a mi juicio relevantes, para su interpretación.

Es claro que es un principio de aplicación general sea que estemos ante un deber genérico o frente a una obligación. El término “todo hecho ilícito” es muy claro, sin embargo, no es menos relevante el hecho de que el artículo se encuentra en sede aquiliana, no existiendo su símil para el capítulo de contratos.

También la doctrina ha hecho referencia a argumentos de corte constitucional. Al respecto Gamarra nos dice que: “*Los textos constitucionales (arts 7 y 72) ...también sustentan la reparabilidad del daño moral.*”

A nivel legal el debate es más complejo. Dentro del propio Código Civil, tenemos una norma que hace expresa alusión a la posibilidad de existencia de un daño en virtud de la aflicción o daño psicológico. Este es el 1611 que se encuentra en sede de prueba de las obligaciones (al que me referiré específicamente en el capítulo de prueba). Este artículo, pocas veces analizado por doctrina y/o citado por la jurisprudencia y del que no he podido encontrar símiles en el derecho comparado, es una referencia expresa a que Narvaja sí tomaba en cuenta la posibilidad de indemnizar los daños morales (tomado en un sentido tradicional y casi literal).

Dice el art. 1611: *“En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, o cuasidelito o dolo, puede el juez deferir el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes:*

1º El delito, cuasidelito o dolo han de resultar debidamente probados.

2º La duda del juez ha de recaer sobre el número o valor real y de afección de las cosas o sobre el importe de los daños y perjuicios.

3º El juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada del demandante sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio (artículo 1217).

Claramente Narvaja previó la posibilidad de que los bienes (materiales o inmateriales) puedan tener un valor patrimonial y otro de afección, según carácter subjetivo que cada persona le pone a un bien. Por lo que el valor de indemnización por el daño en razón de la destrucción de una cosa o el no cumplimiento de una prestación, se debe determinar por el valor de la prestación en sí y por la aflicción ocasionada a la parte por la destrucción o el incumplimiento.

Y en caso de no ser posible la prueba de su valor se prevé el procedimiento conocido como Juramento decisorio o estimatorio. A mi juicio, al alcance de esta previsión no puede ponerse en duda que nuestro derecho específicamente prevé la posibilidad de indemnizar el daño de afección ocasionado por un ilícito.

Este artículo también tiene consecuencias en materia de prueba (ya que la simplifica)⁸⁵ y de atribución subjetiva, ya que, para el caso en la responsabilidad contractual, únicamente es de aplicación en los casos en los que exista dolo (no así en los casos de responsabilidad extracontractual en los que se aplica tanto para delitos como para cuasidelitos) que serán analizadas en los capítulos respectivos. Pero como resumen podemos adelantar que este artículo le otorga una consecuencia al incumplimiento doloso del contrato.

También el 1323 del Código Civil ha sido utilizado para justificar la reparación del daño moral o extrapatrimonial, en este caso proveniente de un hecho lícito (abuso de derecho).

⁸⁵ Mismo criterio al utilizado en el art. 684 del CC.

Por otro lado, puede realizarse el siguiente razonamiento: estando ante un contrato cuyo objeto sea una prestación de contenido exclusivamente no patrimonial que no sea susceptible de ejecución forzada, en caso de no aceptar la indemnización del daño no patrimonial el acreedor sería libre de cumplir o no con el contrato, con lo cual se desvirtuaría el contrato en sí ya que este nunca puede quedar al arbitrio de una de las partes (art. 1253 y 1413 del C.C.) y siempre se debe asegurar la diligencia mínima para el cumplimiento (art. 1344). Un ejemplo sería el caso del vestido de la novia. El valor económico del vestido es irrisorio para la novia en comparación con el valor afectivo que tenía la realización de su boda en tiempo. Permitir la indemnización únicamente del valor material del vestido implicaría que en los hechos se indemnice una ínfima parte del valor objeto del contrato. Por tanto, no es concebible un contrato en el que una parte pueda decidir si cumple o no. Lo otro sería no aceptar como objeto lícito de un contrato una prestación de contenido exclusivamente no patrimonial, lo que no sería coherente con el texto legal.⁸⁶

También al analizar el Código Civil como un cuerpo orgánico de normas, podemos encontrar que el legislador cuando buscó excluir el daño moral del daño indemnizable lo hizo expresamente. Así ocurre en los art. 1878 inciso 2° y 81. Por lo tanto, es claro que el concepto de daño moral no era para nada ajeno al codificador, sino que lo previó expresamente, dejándolo fuera de la materia resarcitoria de manera expresa cuando así lo entendió pertinente. Esto viene a reforzar el próximo argumento.

Otro argumento favorable a la legalidad de indemnizar el daño moral de fuente contractual está en el significado de *daño emergente*. En efecto, cierta parte de la doctrina, especialmente chilena, entiende que el mayor argumento para indemnizar el daño moral está en que el mismo se encuentra incluido dentro del concepto del daño emergente que el 1344 manda indemnizar. El concepto de daño emergente, para cierta doctrina, incluye el daño psicológico o de afección ocasionado. Así podemos verlo en los autores chilenos relevados e incluso en la nueva normativa europea sobre la materia. A mi juicio este argumento puede ser de recibo pero no es claro ya que tanto el concepto de daño emergente como el de lucro cesante (más este segundo) cuentan con un fuerte contenido patrimonial. Por otro lado, el daño moral nunca puede provocar un daño cuantificable, algo esencial en el daño emergente, por lo que el argumento principal para su aceptación debería ir por otro lado.

A mi juicio, este argumento tiene relación directa con el debate sobre la función del daño moral o extrapatrimonial. Una postura, la mayoritaria entiende que tiene función

⁸⁶ Ordoqui, Gustavo: “*Abuso de Derecho*”. (2009, p. 247).

reparatoria del daño y una minoritaria le atribuye función satisfactiva o compensatoria del daño ocasionado. Si partimos de atribuirle una función reparatoria al daño moral, es razonable entender que pueda ser incluido dentro del rubro de daño emergente previsto en el 1344. Ahora, si le atribuimos una función indemnizatoria o compensatoria ya el salto argumentativo se vuelve notoriamente más complejo, por no decir imposible.

El daño emergente implica dañar algo cuantificable que debe ser reparado, por el contrario, el valor de afección no precisa ser reparada, solo compensada o indemnizada. Así es que si le atribuimos un carácter indemnizatorio al daño moral entiendo que el mismo quedaría por fuera del denominado daño emergente.

Más reciente en el tiempo tenemos la nueva normativa sobre consumidor, que es de aplicación únicamente cuando existe una relación de consumo (art 2° de la ley 17250). Esta ley prevé en su artículo 36 que dice: *“El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito e incluyen el daño patrimonial y extrapatrimonial.”*

Por tanto, para el caso de una relación de consumo no existen dudas sobre la indemnizabilidad de los daños extrapatrimoniales ocasionados por el incumplidor.

e. Análisis particular del daño extrapatrimonial en el ámbito del derecho comercial.

Finalmente, queda analizar el tema de los daños extrapatrimoniales en la órbita del derecho comercial. Acá la situación es sustancialmente diversa. No existe en el Código de Comercio artículo similar al 1319 del Código Civil por lo que no contamos con un principio general de reparación integral del daño. A su vez, el art, 191 que establece una remisión específica a ciertas normas del código civil, no remite ni al 1319, ni al 1611.

El daño ocasionado por un incumplimiento contractual deberá ser reparado según las reglas previstas por el propio código de comercio, las que reproducen lo previsto en el 1342 y siguientes del código civil. Debemos recordar que el ámbito de aplicación del código de comercio es aquellos contratos de objeto comercial, el que solo incluye compraventa habitual de mercaderías muebles y actividades accesorias (seguro, transporte, depósito, etc).

Por tanto, varios de los principales argumentos jurídicos para aceptar la indemnización del daño moral en contratos civiles, no son de aplicación en la órbita comercial. Únicamente podría ser de aplicación el argumento que incluye el daño moral dentro del concepto de daño emergente, con las limitaciones argumentativas expresadas en párrafos anteriores.

Además, en una prestación comercial resulta más que escasa la presencia de aspectos extrapatrimoniales, por lo que debido a la propia naturaleza de la prestación siempre estaríamos ante prestaciones exclusivamente patrimoniales.

Ahora, en mi experiencia la realidad resulta un poco más compleja que la teoría dogmática, la que de ninguna manera desmerezco. Así es que podemos encontrar infinidad de casos en los cuales la actividad económica de un comerciante depende casi exclusivamente de un cliente que tiende a establecer reglas donde el pago de los daños en caso de incumplimiento son irrisorios, generando situaciones de enorme aflicción a los comerciantes cuando su único cliente cesa en el cumplimiento del contrato. El daño moral causado al pequeño empresario resulta del sentido más estricto y tradicional del término, a pesar de no contar con normas legales expresas que lo amparen.

Como veremos más adelante estaríamos ante un caso de daño moral por las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, el carácter extremadamente patrimonial de las relaciones comerciales colocan un fuerte signo de interrogación sobre la pertinencia de esta clase de indemnización.

Analizando el daño moral en las marcas (Instituto tradicional del derecho comercial), en razonamiento que resulta aplicable al caso en estudio, Chijane nos dice que: *“El daño moral, en el que converge un estado de aflicción psicológica del damnificado (pretium doloris), no tiene cabida en la insensibilidad, no constatándose sentimientos o estados aflictivos. En cambio, tratándose de empresarios individuales, el stress generado por una fuerte reducción de la facturación puede concretar el perjuicio moral, como cuando la marca se corresponda con el nombre del empresario y pueda haber afectación de reputación personal. Pero bien vistas las cosas, los ataques a la imagen de la empresa o su reputación, más que conformar daño moral, producen un daño económico directo”*.⁸⁷

A mi juicio la postura de Chijane es inconsistente en sí misma y no ofrece una respuesta razonablemente válida para el caso planteado (empresario único) desde el punto de vista jurídico. Lamentablemente nuestro orden legal no ofrece soluciones razonables para casos como el comentado, a pesar de que la jurisprudencia tiende a no diferenciar contratos según su naturaleza comercial y civil, aplicando los mismos principios para ambos, lo que a mi juicio es un error.

En doctrina comparada también podemos ver que el tema ha sido objeto de debate en el viejo continente y por más que los argumentos aquí esgrimidos para rechazar el daño extrapatrimonial en contratos comerciales tiene una base jurídica muy específica, ello no descarta que no deban analizarse algunos casos de manera particular al igual que lo hace Chijane (ej. caso de pequeños empresarios regulados en su actividad principal por contratos

⁸⁷ Chijane, Diego: *“La defensa judicial de las marcas”*. (2017, p. 265).

leoninos). El abuso de derecho podría ser un principio también de aplicación en la especie (especialmente en contratos sin plazo), sin embargo, tampoco tenemos referencias a este principio en el código de comercio.

Esta misma línea de razonamiento es seguida por Solé Feliú que al analizar la jurisprudencia española nos dice que: *“El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual. Este resultado no ha sido admitido por el Tribunal Supremo español quien, en diversas sentencias, ha rechazado indemnizar ese tipo de daños, en especial en contratos cuyo contenido tiene una naturaleza fundamentalmente económica y el acreedor actúa como comerciante. Sin embargo, de ello tampoco cabe extraer una negativa automática a indemnizar el daño moral en contratos celebrados entre empresarios, pues con frecuencia el propio Tribunal Supremo concede indemnización por el daño moral, entendido como “perjuicio a la imagen” comercial de un contratante, a causa del incumplimiento contractual de la otra parte (así, por ejemplo, las SSTs 15.3.2005 [RJ 2005\2806]; 29.4.2005 [RJ 2005\4552]); o bien por la lesión al “prestigio y sensibilidad de [una] artista, como consecuencia de una lesión al derecho de marcas o por la infracción a la legislación sobre competencia desleal...”⁸⁸*

Habiendo descartado la posibilidad de fundamentar la indemnización de daño moral en contratos comerciales por las disposiciones del 1319, 1321 y 1611, únicamente restaría fundamentar el mismo en el art. 222 del Código de Comercio (equivalente al 1344 del Código Civil) como parte del daño emergente que dicho artículo manda indemnizar, siguiendo la postura de la doctrina chilena que fuera fundamentada por Carmen Domínguez y Rutherford y que es seguida por la Corte Suprema de Chile.

Veremos en próximos capítulos como nuestra jurisprudencia suele acoger reclamos de daños morales de pequeñas empresas a las que se les rescindió el contrato comercial que daba razón a su existencia, pero sin profundizar mayormente en los fundamentos teóricos o dogmáticos esgrimidos.

En lo personal entiendo que no es posible aceptar que una prestación no patrimonial puede ser objeto de un contrato comercial. La naturaleza eminentemente patrimonial de la prestación también descartaría que la misma sea definida por el interés del acreedor. Ahora, en

⁸⁸ Solé Feliu: *“El daño moral por incumplimiento contractual: principios, modelos y derecho español”*. INDRET.Revista para el análisis del derecho. (feb, 2009a, p. 30).

ciertos casos en los que las consecuencias del daño pueden provocar daños morales en los titulares de pequeñas empresas regulados en su negocio principal por contratos leoninos, sí podemos encontrar un interés de un acreedor no patrimonial respecto a una prestación patrimonial de origen contractual, aunque claramente serán excepciones.

En conclusión, desde un punto de vista legal la reparación del daño extrapatrimonial por incumplimiento de un contrato solo es factible en contratos civiles y de consumo, no así en contratos comerciales, salvo situaciones excepcionales.

6.4. El daño moral en la órbita del derecho contractual. Elementos que debe ser analizados en un contrato para determinar la pertinencia de su indemnización.

Para determinar si corresponde indemnizar el daño moral ocasionado en virtud de un incumplimiento son varios los temas que deben ser abordados.

En primer lugar, se debe tener claro los riesgos asumidos por las partes ya que no todo incumplimiento es susceptible de ocasionar daño extrapatrimonial. Cuando uno celebra un contrato implícitamente está asumiendo el riesgo de que la contraparte incumpla. Dicen que “*los contratos están para cumplirse*”, pero siempre debe estar prevista la posibilidad de incumplimiento.

Es así que no todo incumplimiento trae aparejado un daño extrapatrimonial y cuanto más adentro del derecho comercial nos encontremos, menos factible será que podamos encontrar una prestación incumplida que sea factible de ocasionar un daño extrapatrimonial. Incluso en contratos eminentemente comerciales, pero leoninos con pequeños comerciantes y por tanto susceptibles de ocasionar daño moral (*pretium doloris*) al pequeño comerciante afectado, el argumento de que esta situación pudo haber sido previsto es incuestionable. Siempre un incumplimiento puede ser previsto.

Así, para determinar la presencia de daño extrapatrimonial a partir de un incumplimiento contractual debemos analizar en cada caso:

- 1) El riesgo asumido por las partes.
- 2) La prestación a la que se obligaron.
- 3) El interés del acreedor.
- 4) El valor de la prestación.
- 5) El nivel de confianza existente entre las partes.
- 6) Si estamos en presencia de un contrato de colaboración continuada o de intercambio instantáneo.
- 7) El elemento subjetivo del accionar del incumplidor (dolo o culpa).
- 8) El daño previsible al momento de la celebración.

- 9) La determinación del daño por acuerdo de partes.
- 10) La existencia de multas.
- 11) Las consecuencias del incumplimiento (cumplimiento total, defectuoso, parcial, tardía, vicios ocultos)

El análisis de estos elementos podrá surgir de aspectos específicos del contrato (como una cláusula penal) como de su propio contexto, los usos y costumbres y hasta las expectativas generadas en la contraparte, especialmente mediante publicidad en el área de relaciones de consumo. Algunos de estos elementos serán objeto de próximo análisis.

En general el análisis de estos elementos lleva a separar los contratos de consumo del resto, ya que en los primeros es escaso el nivel de información con el que cuentan los consumidores, siendo este campo propicio para abusos.

6.5. Característica de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Diferencia entre la responsabilidad aquiliana y la contractual.

Uno de los argumentos utilizados a nivel internacional para aceptar la pertinencia de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual está en la inexistencia de diferencias conceptuales entre las dos clases de responsabilidad civil, la aquiliana y la contractual. La Prof. Carmen Domínguez insiste en este punto (*ver capítulo ut supra*).

Sin embargo, estas diferencias no han sido suficientes para que parte de la doctrina no entienda injustificada la diferencia existente entre ambas clases de responsabilidad. Al respecto se refirió Gamarra: "*La responsabilidad es una sola y ello es patente cuando observamos la identidad funcional existente en los dos órdenes (contractual y extracontractual) dado que ambos persiguen un mismo fin, de desplazar la carga del daño, y desempeñan la misma función.*"⁸⁹ "*La relevancia del daño moral, no queda circunscripta a la responsabilidad aquiliana, también el incumplimiento de una obligación puede causar un perjuicio moral, tal como sostiene la jurisprudencia uruguaya. La doctrina en general acompaña este criterio.*"⁹⁰

Como diferencias relevantes entre ambas clases de responsabilidad podemos encontrar:

- 1) la voluntaria asunción de riesgos,
- 2) el obligatorio contenido económico de un contrato, por lo menos para una de las partes.
- 3) la posibilidad de prever el incumplimiento, siendo este una hipótesis siempre plausible.

⁸⁹ Gamarra, Jorge: TDCU. (Tomo XXV 1994, p. 41).

⁹⁰ Gamarra, Jorge: TDCU.(Tomo XIX 1994, p. 257)

4) La posibilidad de determinar previamente el daño o fijar multas.

A mi juicio, las diferencias no son menores como para ser olvidadas por la doctrina. El análisis de las consecuencias del incumplimiento necesariamente debe tener presente el carácter volitivo de un contrato, a diferencia de la responsabilidad aquiliana, basada en una obligación genérica.

Sin embargo, la conclusión final permanece inalterada. No indemnizar el daño extrapatrimonial es como no indemnizar parte de los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, a mi juicio este razonamiento refuerza notablemente el carácter reparatorio-compensatorio del instituto (por oposición al carácter punitivo), a pesar de algunas críticas a este punto, ya que dar el paso hacia un régimen punitivo haría desnaturalizar el contrato como instituto.

Algunas de estas diferencias son utilizadas por la jurisprudencia anglosajona para restringir o directamente negar la indemnización de daño moral por incumplimiento contractual. Actualmente existe una importante tendencia a ampliar el alcance del instituto del daño moral o extrapatrimonial, habiendo ya sentencias que condenan a la reparación de daños en situaciones que hasta hace pocos años hubiese sido impensado.

Sin embargo, no es posible analizar el daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual con la misma metodología y criterios que el derivado de la responsabilidad contractual, ya que cumplen funciones distintas en nuestra sociedad.

Sin pretender ahondar en las diferencias de cada uno de los tipos de responsabilidad es claro que cumplen funciones distintas, en una se está reparando/compensando el daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación genérica que todos tenemos por vivir en sociedad, en otro se está reparando/compensando el daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación libremente asumida, de la que incluso pudo haber obtenido un beneficio.

Ambas conductas son “sancionadas” (sin pretender otorgarle carácter punitivo principal) con la reparación/compensación del daño, pero los fundamentos teóricos (*ratio legis*) presentes en ambas responsabilidades son diversos y por tanto no pueden ser asimilables. Los principios que gobiernan la responsabilidad contractual son sustancialmente diversos a los de la responsabilidad extracontractual ya que cumplen funciones distintas.

En términos estrictamente dogmáticos la única diferencia sobre el alcance de la reparabilidad del daño se encuentra en el límite previsto en el art. 1346, el que establece que el incumplimiento no doloso no alcanzará el daño que no haya podido ser previsto al tiempo de celebración del contrato. Esta diferencia tiene consecuencias importantes en materia de daño extrapatrimonial que será analizado en capítulo específico. Esto sin contar que los art. 1319 y

1321 se encuentran únicamente en sede aquiliana, por más que ambos son considerados de aplicación como principios generales de toda la responsabilidad civil.

En conclusión, es unánime en doctrina considerar a la responsabilidad como única, independientemente de su fuente contractual (obligación) o extracontractual (deber genérico) por lo que es perfectamente aplicable la reparación de los daños extrapatrimoniales ocasionados por incumplimientos de contratos, cuando esto corresponda. Sin embargo, el análisis de ambos institutos debe realizarse según criterios distintos ya que cumplen funciones en nuestra sociedad y basan en principios diversos.

7.1. Criterios para cuantificar el daño moral.

- a. Criterios generales habitualmente utilizados en materia aquiliana.
- b. Elementos típicos del derecho contractual que deben ser tenidos en cuenta para determinar el daño extrapatrimonial.
 - i. Riesgo libremente asumidos por las partes.
 - ii. Buena fe negocial.
 - iii. Equidad
 - iv. Grado de relacionamiento entre las partes.
- c. Relación entre la naturaleza del daño moral y el criterio de cuantificación.
- d. Aceptación de la inclusión de elementos subjetivos en la determinación del daño.

7.2. Principios contractuales a tener en cuenta en el presente estudio.

- a. Principio de obligatoriedad del contrato (*pacta sunt servanda*).
- b. Principio de reparación integral del daño.
- c. Principio de Buena fe.

7.1. Criterios para cuantificar el daño moral.

a. Criterios generales habitualmente utilizados en materia aquiliana.

Se han propuesto variados criterios para liquidar el daño moral ocasionado, pero siempre razonando desde la óptica de la responsabilidad aquiliana. A continuación, realizaré un breve resumen de los más importantes a efectos de preparar su adaptación para la responsabilidad contractual.

Todos los criterios analizados parten de la premisa de la función resarcitoria del daño moral o extrapatrimonial. .

Los criterios que nos propone Matilde Zavala de González son: 1. Irrelevancia de los daños patrimoniales. 2. La gravedad objetiva del menoscabo y las circunstancias de la víctima. 3. El tiempo de extensión del daño. 4. Pluralidad de intereses lesionados. 5. Pluralidad de

víctimas. 5. Resarcimiento justo, aunque no sea integral. 6. Indemnización suficiente y posible. 7. Prontitud en el pago. 8. El destino de la indemnización. 9.⁹¹

En la misma línea, Mosset Iturraspe propone diez reglas: 1. No a la indemnización simbólica 2. No al enriquecimiento injusto 3. No a la tarifación con “piso” o “techo” 4. No a un porcentaje del daño patrimonial 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes 9. Sí a los placeres compensatorios 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general “standard” de vida.⁹²

Estos criterios, pensados para la responsabilidad aquiliana, son el intento más serio que he podido encontrar de establecer criterios objetivos para fijar una indemnización por daño moral que frecuentemente presenta amplias disparidades en los criterios jurisprudenciales, lo que atenta contra la igualdad ante la ley, pudiendo en algunos casos cruzar la línea de la arbitrariedad. Sin embargo, de manera alguna esto puede ser llevado al punto de no analizar cada caso en concreto.

Mosset Iturraspe nos dice que la Suprema Corte de Argentina tachó de arbitrarias decisiones fundamentadas únicamente en la prudencia, prescindiendo de parámetros tales como: la edad de la víctima, su ocupación, sus proyectos de vida, sus gastos personales y familiares, sus ingresos, etc.⁹³ Por más que estos criterios están pensados para el ámbito aquiliano, también en la responsabilidad contractual debemos analizar la situación de las partes. Solo así podremos saber el daño realmente ocasionado.

Respecto al rechazo de Mosset Iturraspe respecto a buscar fijar el daño moral como un porcentaje del patrimonial también Gamarra ha sido muy claro en la misma posición, invocando la naturaleza de la sanción reparatoria dispuesta en nuestro código.⁹⁴

⁹¹ Zavala de González, Matilde: “*Cuánto por daño moral*”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016, p. 405).

⁹² Mosset Iturraspe: “*Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*” El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016a, p. 439)

⁹³ Mosset Iturraspe: “*Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*” El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación (2016b, p. 440)

⁹⁴ Este es un de los argumentos que utilizó Gamarra para sostener el carácter reparatorio del daño moral. Gamarra estudió la polémica descartando la posibilidad de que estemos ante una pena. “*La circunstancia de que el daño moral no se calcula sobre la base de la entidad de la lesión sufrida, sino arbitrariamente, en un porcentaje de la indemnización patrimonial, puede hacer pensar que, en este ámbito del art. 23 de la ley 14068, el legislador le asigna naturaleza de pena privada. Pero tampoco la solución es convincente, encarada en este plano, porque el metro de la pena privada no puede ser jamás la entidad del daño patrimonial (que atañe al*

En mi opinión estos criterios son un avance notable y de aplicación secundaria en materia contractual ya que fueron pensados para su aplicación en sede aquiliana y principal para la determinación del *quantum debeatur*. En materia contractual primero debemos pensar criterios para establecer si corresponde o no indemnizar el daño extrapatrimonial (*an debeatur*), ya que en virtud de la libre asunción de riesgos, no todo incumplimiento o daño es susceptible de reparación o compensación. A esto me referiré a continuación.

La armonización de las reparaciones en casos semejantes debe ser un objetivo común. Lamentablemente existe una enorme disparidad en la jurisprudencia en los criterios aplicables ante casos semejantes, lo que provoca serias dudas acerca del carácter del daño moral que aplican los jueces. En los últimos tiempos ha existido una cierta uniformización de algunos criterios en materia aquiliana, pero no así en materia contractual.

Por otro lado, Andrés Mariño, realiza una crítica a la postura tradicional de la jurisprudencia de nuestro país de liquidar el daño moral mediante un monto global y propone un método de liquidación del daño moral mediante categorías independientes que se deben sumar. *“La liquidación global no determina adecuadamente el daño moral o no patrimonial. Es necesario analizar cada categoría de éste para poder estimar el monto correspondiente a dicho ítem. La cuantificación del daño moral o no patrimonial es muy compleja por la incidencia de múltiples factores. Como consecuencia, el acotamiento de la estimación en cada categoría y subcategoría beneficia la exactitud y equidad de la reparación”*.⁹⁵

Las categorías que propone Andrés Mariño son: *“1. Daño a la vida en relación: 1.1. estético 1.2. sexual 1.3. juvenil 1.4. social 1.5. recreativo 2. Dolor o aflicción.”*⁹⁶

Beatriz Venturini nos dice que los criterios deben ser la entidad del daño respecto a la situación de la víctima, y aboga por descartar otros criterios que lo relacionen con el daño patrimonial.⁹⁷

*daño sufrido por el ofendido), sino, por el contrario, el comportamiento del ofensor”*Gamarra, Jorge: TDCU (Tomo XIX n.d., p. 260)

⁹⁵ Mariño, Andrés: *“Liquidación global o específica del daño moral”* El daño moral o extra-patrimonial y su cuantificación. (2016b)

⁹⁶ Mariño, Andrés: *“Liquidación global o específica del daño moral”* El daño moral o extra-patrimonial y su cuantificación. (2016c)

⁹⁷ *“Sin embargo, hay otros criterios que a veces se utilizan pero que deben descartarse de plano, como fijar el daño moral en proporción al daño patrimonial sufrido (Cód. mexicano donde el daño moral no puede exceder de 1,/3 del daño patrimonial sufrido).”* Venturini, Beatriz: *“Daño moral y su evaluación”*(1984, p. 128)

Como conclusión parcial podemos extraer que toda la doctrina especializada es conteste en rechazar cuantificar el daño moral mediante cualquier relación con el daño patrimonial. Ambos conceptos son independientes y no deben ser relacionados.

b. Elementos típicos del derecho contractual que deben ser tenidos en cuenta para determinar el daño extrapatrimonial.

A estos criterios, se le debe agregar elementos típicos de la relación contractual que generalmente se encuentran ausentes en el relacionamiento aquiliano. Me refiero a:

1. la voluntaria asunción de riesgos
2. La buena fe negocial.
3. La equidad
4. El grado de relacionamiento existente entre las partes.
 1. Asunción voluntaria de riesgos.

Respecto a la voluntaria asunción de riesgos el mismo está en la esencia del instituto. Las partes deben ser conscientes de los riesgos que asumen y las consecuencias del incumplimiento de la prestación prometida. Es por esto que nuestro código estableció a la previsibilidad como límite indemnizable, para que las partes sean conscientes de los riesgos que asumen y deban comunicarlo a la contraparte para que esta pueda preverlo como riesgo antes de celebrar un contrato. Si no se manifestó previamente en el contrato dependerá de las circunstancias y antecedentes establecer si el riesgo era previsible o no. Por esto siempre es aconsejable dejar establecido los riesgos que las partes asumen.

Tal como mencioné en capítulo anterior, la voluntaria asunción de los riesgos es uno de los elementos característicos de la contratación civil y comercial y, según la visión que uno tenga sobre los contratos (filosófica, económica, ética, social) y la posición que uno defienda dentro de esta visión (liberal o intervencionista) se le otorgará mayor o menor preeminencia a este punto.

En mi opinión es un punto central, especialmente para el desarrollo de un país. La producción de bienes y servicios está fuertemente relacionada con el ánimo emprendedor de las personas y este a su vez se relaciona con la posibilidad de asumir riesgos que le permitan ganar o perder. La posibilidad de medir los riesgos asumidos resulta cardinal para fomentar el espíritu emprendedor, el que incluye aceptar que uno puede perder en una contratación. Este aspecto tan básico del sistema no siempre es cabalmente comprendido por los actores del sistema.

Ahora, si aceptamos este criterio de manera absoluta, nunca habría daño moral por incumplimiento contractual ya que siempre estaría dentro de los riesgos asumidos por las

partes. Entonces para determinar cuando estamos ante un riesgo razonable y cuando no debemos recurrir a otros criterios a los que me referiré a continuación, todos los cuales de manera conjunta permitirán saber si estamos ante un caso en que corresponderá indemnizar el daño moral.

En mi opinión, el solo incumplimiento de un contrato no necesariamente es susceptible de indemnizar los daños extrapatrimoniales. Para esto debemos sumar otros elementos como el dolo, la buena fe negocial, la equidad y el grado de relacionamiento entre las partes, junto al análisis de la prestación, el interés del acreedor y las consecuencias del incumplimiento. Ninguno de estos elementos determinará por sí solo que deba indemnizarse un daño extrapatrimonial, pero la presencia de varios de estos elementos puede llevar a que el mismo deba ser indemnizado.

2. Buena Fe negocial.

Sobre la buena fe negocial, la misma está prevista en el art. 1291 inciso 2° del código civil. Los términos de un acuerdo generalmente se encuentran previstos en el propio contrato. Sin embargo, existe una enorme cantidad de hechos anteriores y concomitantes al contrato que permiten comprender la intención de las partes en el contrato, especialmente las expectativas que una parte generó sobre la otra y que no necesariamente quedaron reflejadas en el texto del acuerdo. Existiendo un daño extrapatrimonial, especialmente relacionada con el *pretium doloris*, estas expectativas incumplidas pueden exacerbar el daño ocasionado.

3. Equidad.

En relación con la equidad la misma también se encuentran prevista en el art. 1291 inciso 2° del Código Civil y es un concepto que no ha merecido mayor elaboración ni por la doctrina ni la jurisprudencia. Sin embargo, en este punto puede ser de aplicación. En primer lugar, tratemos de definir la equidad como concepto jurídico. Existe una visión que relaciona la equidad con la justicia en el valor de las prestaciones: o sea, si se pagó caro o barato la prestación debida. Sobre este aspecto no me ocuparé por considerarlo un tema eminentemente económico.⁹⁸

Por otro lado, está la equidad como poder negocial al momento de elaborar las condiciones del contrato. Es habitual que la diferencia de tamaño entre las partes (especialmente si son empresas) permite a las grandes imponer las condiciones jurídicas de

⁹⁸ En un paralelismo que puede realizarse nuestra ley de relaciones de consumo expresamente excluye al precio de las consideradas cláusula abusivas (art. 30 de ley 17250). Esto se relaciona con la concepción de que el precio es regulado por las leyes del mercado, no así las condiciones de contratación, por lo que estas han sido excluidas de la autonomía de la voluntad.

contratación a las pequeñas. Nuestro derecho no invalida estos acuerdos por más abusivos que sean siempre que cumplan con las condiciones de un contrato (art. 1253 y 1261).

Ahora, el uso abusivo de este poder de negociación sin duda que puede aumentar el daño que se ocasione al incumplir un contrato. No solamente el grande impuso condiciones que quiso al pequeño, sino que además no se las cumplió. Este accionar va contra principios de equidad que puede ser tomados en cuenta por el juez a la hora de determinar el monto del daño a indemnizar.

4. Grado de relacionamiento entre las partes.

Finalmente, se encuentra el grado de relacionamiento existente entre las partes. Las partes de un contrato suelen arraigar un cierto grado de *affectio* que en alguno caso supera el lógico y obvio interés contractual o *affectio societatis* para el caso de las sociedades comerciales. Al quebrarse este relacionamiento por el accionar (especialmente si es doloso y malicioso) de una de las partes suele ocasionar enormes dolores a su contraparte que pueden adquirir el rango de indemnizables si superan cierta entidad a criterio del juez.

En este punto adquiere relevancia el ámbito subjetivo del incumplimiento, o sea, si se incumplió el contrato con culpa leve, grave o dolo. Esto será estudiado con más detenimiento en el capítulo relacionado al ámbito subjetivo, pero a mi juicio sin duda este elemento debe ser tomado en cuenta al momento de determinar y cuantificar el daño moral de fuente contractual.

c. Relación entre la naturaleza del daño moral y el criterio de cuantificación.

Desde el punto de vista teórico el debate sobre la naturaleza del daño moral se divide mayormente entre quienes defienden la naturaleza reparatoria y la indemnizatoria, existiendo amplio consenso en rechazar la naturaleza punitiva. Sin embargo, se puede apreciar un proceso de traslación de conceptos típicamente punitivos, en el daño moral.

Este fenómeno, por más que no es homogéneo ni unánime, estaría mostrando que los actores del derecho están buscando nuevas herramientas y conceptos para responder a situaciones que nuestro sistema civil no alcanza a resolver, pero que la conciencia de este siglo no permite dejar exento de indemnización (y/o condena).

d. Aceptación de la inclusión de elementos subjetivos en la determinación del daño.

La principal diferencia jurídica existente entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual está en el requisito de previsibilidad del daño (art. 1346 cc) al momento de la celebración del contrato para poder proceder a indemnizar el mismo, salvo si el ilícito fue precedido de dolo, en cuyo caso deberá indemnizar todo el daño ocasionado.

Esta diferencia tiene un origen histórico más clásico de la familia romano-germánica, primero en Justiniano, luego Dumoulin, Domat y Pothier y de ahí al Código Civil Francés-.

Así, la exigencia de previsibilidad en los daños introduce una diferencia fundamental entre ambas responsabilidades, pues la aquiliana será generalmente más extensa que la contractual. A ello se suma que el principio de reparación integral de los perjuicios, parámetro básico en la determinación de los daños resarcibles, recibe una importante restricción en materia contractual.

Por último, la distinción determina que la indemnización no se fija siempre en relación con la importancia del daño únicamente como lo impone la función resarcitoria asignada a la responsabilidad, sino que, en materia contractual, adquiere relevancia la gravedad de la culpa.⁹⁹

7.2. Principios contractuales a tener en cuenta en el presente estudio.

El estudio del instituto en cuestión requiere a su vez el estudio de algunos de los principios del contrato. A saber:

- a. Principio de obligatoriedad del contrato (*pacta sunt servanda*).
- b. Principio de reparación integral del daño.
- c. Principio de Buena fe.

Todos estos principios diferencian nítidamente la responsabilidad contractual de la extracontractual. Analizaré a continuación otros elementos que pueden ser utilizados para determinar si corresponde indemnizar daño extrapatrimonial.

a. Principio de obligatoriedad del contrato (pacta sunt servanda).

Primero que nada debemos recordar cuales son los principios que rigen al derecho contractual: en primer lugar, está el principio de autonomía de la voluntad, principio que es de plena vigencia incluso para la determinación del daño indemnizable e incluso de la pena, con el único límite que alguna doctrina y jurisprudencia otorga al asignar carácter de orden público a la proporción prevista en el art. 1367 entre la pena dispuesta y el daño ocasionado¹⁰⁰, por más que dicha prohibición no esté establecida a texto expreso.

El principio de autonomía de la voluntad en materia contractual es vital para el estudio del tema propuesto, máxime con lo dispuesto con el art. 1346 del Código Civil, el cual habilita a las partes a establecer el monto de los posibles daños que pueda ocasionar un incumplimiento contractual; junto al 1367 en sede de cláusula penal.

La presencia de normas que habilitan a las partes expresamente a determinar el monto de los daños y perjuicios e incluso una pena (recordemos que en el derecho anglosajón esto no

⁹⁹ Domínguez Hidalgo, Carmen: "La reparación del daño moral derivado del contrato en el derecho chileno: realidad y límites". (2004c, p. 239)

¹⁰⁰ Sentencia 253/2008. TAC 2°. Pérez Brignani, Chediak González, Sosa Aguirre.

está permitido), dejan un carácter residual a la determinación de daños y perjuicios extrapatrimoniales.

Este principio es el fundamento o contracara del carácter residual de la indemnización del daño extrapatrimonial, al primar la autonomía de la voluntad la indemnización por daño moral únicamente corresponde cuando no ha sido previsto otro método de indemnización alternativo, sea liquidación convencional de daño o cláusula penal.

Los daños y perjuicios previstos en un contrato están primero sometidos a la voluntad de las partes que cuentan con la más amplia libertad de fijar los mismos, sea en carácter de liquidación convencional como de cláusula penal (sin pretender ingresar al debate sobre la naturaleza jurídica de la cláusula penal), con el único límite (para alguna doctrina y jurisprudencia) de la irrenunciabilidad a la proporcionalidad de la cláusula penal.

En conclusión, sólo corresponderá indemnizar daños morales o extrapatrimoniales en caso que no haya sido pactado algún mecanismo para determinar daños y perjuicios, o una cláusula penal, primando siempre el principio de autonomía de la voluntad. A esta característica también se le denominará carácter residual.

b. Principio de Reparación Integral del daño (alterum non laedere).

El principio de reparación integral del daño es la base jurídica principal de la presente tesis. Al decir de Beatriz Venturini: “*En cambio, el derecho nacional, es de aquellos en los cuales no haya configuración expresa para la contiguación del agravio extrapatrimonial y su resarcibilidad, debiendo el mismo inferirse del principio general de reparación integral del perjuicio que rige tanto en materia contractual como aquiliana.*”¹⁰¹

En efecto, no es jurídicamente aceptable que un daño quede sin reparación. Más allá de la existencia del concepto de *daño resarcible*, desarrollado por Gamarra y que no es plenamente coincidente con el *daño ocasionado*, especialmente para la responsabilidad contractual, la reparación integral del daño debe figurar en el horizonte de todo jurista que pretenda hacer cumplir las leyes con un mínimo de equidad.

Es real que existen algunos elementos que quitan el carácter de indemnizable a ciertos daños, tal como la imprevisibilidad en ausencia de dolo, la exigencia de una entidad mínima de daños o la aplicación del deber de minimizar los daños, entre otros, pero esto no obsta que siempre se debe buscar reparar todo el daño ocasionado.

Estando ante principios constitucionales en pugna, la limitación a la reparación integral

¹⁰¹Venturini, Beatriz: “*El daño moral en la responsabilidad contractual*”. Tratado jurisprudencial y doctrinario. (2015, p. 963)

del daño ocasionado debe contener base jurídica concreta y específica y no ser el fruto de elaboraciones doctrinarias más parecidas a opiniones de mesa que argumentos jurídicos.

Coincidente con esta visión nos dice Gamarra: *“El resarcimiento debe ser integral; esto significa que ha de repararse todo el daño y nada más que el daño, o sea, que el resarcimiento no debe ser una pena para el autor del daño ni servir de lucro al damnificado”*.¹⁰²

Este principio tiene una fuerte base argumentativa en principios constitucionales. Aceptar que una persona puede dañar a otra sin estar obligada a una justa compensación, claramente es ir contra cualquier principio de convivencia republicana. Esto es indudable en materia extracontractual, pero no tan claro en materia contractual en la cual se agrega un nuevo elemento, esto es la asunción de un riesgo por parte de ambas partes. El incumplimiento de una prestación libremente asumida es un riesgo que ambas partes conocían previamente a la celebración del contrato, por lo que el grado de aflicción no puede estar a la misma altura que el de un hecho inesperado.

Esto de manera alguna puede implicar que el daño no exista, existe, pero en un grado menor que al de un hecho inesperado. El riesgo de incumplimiento en materia contractual es una contingencia siempre posible, no así la muerte de una persona que circula por la calle, la que nunca es esperada.

Los contratos como instituto tienen un fundamento más económico que ético, a diferencia de la responsabilidad aquiliana en la que predomina su carácter de equidad por sobre la económica.

Respecto a la constitucionalidad de este principio, Blengio estudió el punto al decir: *“Así, mientras el derecho a la reparación (o sea el género) tendría un claro rango de principio constitucional, que suele fundarse en el art. 4 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano.”*¹⁰³ *En cambio, no sucedería lo mismo con el principio de reparación integral. Por lo cual la doctrina para demostrar que tiene esa cualidad, suele recurrir al concepto de principio derivado (precisamente del de reparación), al principio de igualdad, en particular frente a las cargas públicas y a la figura del orden público...Nuestra Suprema Corte ha reconocido el rango constitucional del principio, fundándose en el art. 7 de la misma y en los*

¹⁰² Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XVIII Gamarra, n.d., p. 18)

¹⁰³ *La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser limitados por la ley.”* cita de Blengio a Coutant-Lapalus ob, cit, p. 114 y ss.

*tratados de derechos humanos.*¹⁰⁴ Para Blengio, la única excepción está en la previsibilidad del daño, siempre que el incumplimiento no sea doloso.¹⁰⁵

Por otro lado, en nuestro país en una visión algo distinta, Larrañaga, siguiendo a Viney, realizando un análisis de tipo económico del derecho nos dice que: *“la protección integral de la víctima pone en peligro la extensión sin límites en cuanto a las responsabilidades y riesgos, lo que tornaría insoportable la actividad de las empresas, desestimulando su actividad económica, aumentando el costo social e incrementando los montos indemnizatorios”*. Pero, por otro lado, al referirse al daño moral en sentido estricto acepta su base constitucional. Ahí nos dice que: *“No obstante, la jurisprudencia admite que este tipo de perjuicios puede ser reparado en su integridad y tiene rango constitucional, lo que estimo admisible en virtud de la aplicación de los art. 7 y 72 y 332 que tutelan la vida e integridad física de las personas”*.¹⁰⁶

Por tanto, en nuestro país, podemos encontrar ambas visiones, la de Blengio, que acepta la aplicación del Principio de reparación integral, y la de Larrañaga, quien entiende que implicaría la asunción de demasiados riesgos para el sector emprendedor de nuestro país.

En Argentina el tema fue parte del debate reciente del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.¹⁰⁷

En conclusión, el principio de reparación integral del daño no es de plena aceptación en nuestro derecho, existiendo posturas teóricas contrarias (Larrañaga y Blengio) además de posturas que tienden a matizar en los hechos su aplicabilidad (como la de quienes aceptan la necesidad de un mínimo de daño para proceder a su reparación). Sin embargo, todos son contestes que el derecho a la reparación del daño sí cuenta con rango constitucional y por tanto todos tenemos derecho a ser reparados e indemnizados por los daños ocasionados por hechos ilícitos o abusos de derecho.

c. Principio de Buena fe.

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el análisis del elemento

¹⁰⁴ Sentencia n° 443/2014

¹⁰⁵Blengio, Juan: *“El principio de reparación integral del daño”*. Doctrina y jurisprudencia de derecho civil. (2016, p. 36)

¹⁰⁶ Larrañaga, Luis: *“El principio de reparación integral del daño”*. Doctrina y jurisprudencia de derecho civil. (2016, p. 143).

¹⁰⁷ *“A ello cabe agregar que la regulación del resarcimiento del daño moral (que tantos contrapuntos había generado, en especial en el terreno del incumplimiento obligacional— art. 522 del Cód. Civil) también ha quedado comprendida en el Principio, sin más limitaciones que las generales (esto es, el elenco de consecuencias indemnizables), y las propias emergentes de las limitaciones en la legitimación activa, que en el nuevo Código ha sido ampliada (art. 1741), en comparación con la regulación del art. 1078 del Cód. Civil (t.o. ley 17.711).”* Ossola, Federico: *“El principio de reparación plena en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema”*. Thomson Reuters. (2018, p. 23)

subjetivo del incumplimiento contractual. En efecto, los contratos deben ejecutarse de buena fe, así lo establece el 1291 del Código Civil.

Ahora la ausencia de buena fe en la ejecución de un contrato trae aparejado la posibilidad de rescisión del mismo. La pregunta que debemos hacernos es si el accionar de mala fe por sí mismo es capaz de provocar un daño moral en la contraparte.

En mi opinión esto es perfectamente factible en la hipótesis en que existe un alto grado de confianza entre las partes. En este caso el accionar de mala fe de una de ellas es factible de ocasionar una enorme aflicción a la contraria, la que debe ser indemnizada.

Finalmente, también tiene cabida en el marco del Art. 1107 CC la indemnización del daño moral contractual cuando éste deriva de la infracción de los llamados deberes secundarios o de prestaciones accesorias incorporados al contrato, bien por efecto de la voluntad de las partes, o bien como consecuencia del efecto integrador de los usos y la buena fe conforme al Art. 1258 CC. Aunque estas prestaciones y deberes secundarios operan en una órbita más distante de la prestación principal, no es extraño que su lesión provoque perjuicios inmateriales a una de las partes, que puedan considerarse consecuencia necesaria del incumplimiento y fuesen previsibles en el momento de contratar, en los términos del Art. 1107."¹⁰⁸

Esta obligación de actuar de buena fe tiene su principal expresión en la obligación de información que ambas partes deben mantener sobre la ejecución del contrato. Esto también encuentra fundamento en la obligación de minimizar los daños en caso de un eventual incumplimiento. Las partes deben comunicarse entre sí sobre las diversas dificultades que la ejecución del contrato está planteando de manera que un eventual incumplimiento pueda ser prevenido y de esta manera disminuir sus consecuencias dañosas.

Por el otro lado, si las partes esperan una ejecución de buena fe del contrato y por el contrario se encuentran con un incumplimiento doloso, esto de por sí puede implicar un daño moral, máxime en aquellos casos en que existía una cierta confianza o relacionamiento entre las partes.

Al decir de Benítez Caorsi: *“De manera admirable el jurista francés GORPHE enseñaba que el principio de la buena fe como hijo de la justicia exige que las partes se comporten recíprocamente con un mínimo de confianza y lealtad, protegiendo al co-contratante débil que puede ser víctima del abuso de inescrupulosos. Por eso las partes no*

¹⁰⁸ Solé Feliu: *“El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”*. INDRET. (feb, 2009b, p. 34)

pueden actuar inmoralmente en perjuicio del otro, extremo que jamás constituirá el ejercicio regular de un derecho. No puede asombrar a nadie que el principio de la buena fe, se constituya en la puerta de entrada de la solidaridad en el negocio jurídico, en la medida que desde antaño, la buena fe fue concebida como un correctivo a la contractualidad. La buena fe-probidad constituye un supuesto ineludible de la celebración y eficacia de los actos jurídicos, el ejercicio de derechos individuales, cualquiera sea su fuente u origen, no escapa a este principio que fluye lo mismo aquí que en otros terrenos, como ley ineluctable.”¹⁰⁹

En conclusión, la obligación de ejecutar los contratos de buena fe extiende sus efectos en materia contractual al relacionamiento leal que las partes deben mantener, informándose acerca de las dificultades que la ejecución plantea. Su inobservancia puede ocasionar daños morales en la contraparte en aquellos casos en que la confianza de las partes resultaba en pilar fundamental de la existencia de estos contratos.

8. Análisis de la graduación de la culpa en la fijación del quantum indemnizatorio del daño moral.

- a. Criterio general para la cuantificación del daño moral.
- b. Decadencia de la culpa en la responsabilidad civil. Principio “*favor victimae*”.
- c. Hipótesis en las cuales adquiere relevancia el comportamiento del ofensor.
- d. El dolo y la mala fe en el incumplimiento contractual.
 - i. Concepto de dolo contractual. Dos posturas.
- e. Obligaciones de medios y de resultado.
 - i. Análisis de caso jurisprudencial.

a. Criterio general para la cuantificación del daño moral.

En materia de responsabilidad civil, y a diferencia de lo que ocurre en la materia penal, la graduación de la culpa no es un elemento determinante para establecer su cuantificación. Para la responsabilidad aquiliana prácticamente no existen consecuencias si el accionar es doloso o culposo, siempre se debe reparar el daño causado y nada más que el daño, quedando el ámbito subjetivo para el análisis de eventuales ilícitos penales, cuando estos concurren. En el derecho anglosajón podrían también configurarse los denominados *torts autónomos*.

Rara vez podemos encontrar una sentencia en la cual el elemento subjetivo sea determinante para la existencia de daño reparable e incluso su cuantificación. Habiéndose cometido un hecho ilícito, corresponde reparar el daño ocasionado, independientemente de si

¹⁰⁹ Benítez Caorsi: “*Solidaridad contractual*”. (2013, p. 138)

el mismo fue ocasionado con malicia e intención de dañar, o simplemente por un descuido. La consecuencia siempre es la misma, el daño debe ser reparado. El ámbito subjetivo quedará reservado para la eventualidad de un análisis penal.

En materia contractual, respecto a la aquiliana, podemos encontrar una diferencia que adquiere cierta entidad para el daño extrapatrimonial según se analizó oportunamente. Este es el límite de la previsibilidad del daño previsto en el art. 1346, analizado en capítulo anterior, según el cual en ausencia de dolo solo serán reparados aquellos daños que pudieron ser previstos al momento del incumplimiento.

Otra diferencia normativa entre el dolo y la culpa está en lo previsto en el art. 1611 ya que el mismo únicamente es de aplicación para los casos en que se configuró delito, cuasidelito o dolo. El delito y el cuasidelito están previstos para la responsabilidad aquiliana, por lo que el juramento estimatorio solamente puede ser aplicado al daño ocasionado por incumplimiento contractual en los casos en que exista dolo. Es cierto que rara vez la jurisprudencia hace referencia al art. 1611 para fundamentar sus fallos en materia de daño moral, algo que a mi juicio sería deseable.

En relación con la culpa en sentido estricto (culpa leve y culpa grave) nuestro Código establece que en un contrato siempre se está obligado a la culpa leve, lo que puede ser interpretado como un requisito constitutivo del contrato también derivado del art. 1253 del Código Civil.

Sin embargo, no surge claro en qué se diferenciaría el incumplimiento con culpa leve del accionar con culpa grave, cuando la consecuencia del incumplimiento siempre es la reparación integral del daño, y no una sanción susceptible de ser graduada en función de la culpa (entre otros criterios).

Este aspecto adquiere particular importancia en materia de daño moral, donde la fijación del quantum indemnizatorio es el resultado de una apreciación subjetiva del dolor acaecido, por lo que como toda apreciación subjetiva, es susceptible de ser influenciada por el accionar de las partes tanto en el cumplimiento del contrato como en el proceso.

La Prof., Carmen Domínguez, por su parte, nos dice que todos los criterios de valuación del daño no deben ser considerados para la fijación del daño moral: *"Asumido el que entre nosotros la indemnización cumple un rol estrictamente resarcitorio, deben adoptarse como criterios de evaluación aquellos que permiten precisar la única medida del monto indemnizatorio que es la extensión del daño. Ello implica descartar los criterios punitivos antes referidos, esto es facultades económicas del ofensor o víctima o gravedad de la conducta tenida por el responsable y otros como "el grado o intensidad del descuido en que hubiere*

incurrido el ejecutor del daño" que, indudablemente, constituye una consideración de la gravedad de la culpa en que el eventual responsable haya incurrido o "el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia del mismo...Celebramos en tal sentido las decisiones que así lo han advertido al resolver que "la cuantía de la indemnización se determine por la extensión del daño y no por la gravedad del delito"¹¹⁰

Por más que oportunamente fundamenté el carácter múltiple de las funciones del daño moral, fui claro en sostener que la función principal y excluyente es la compensatoria, la que a su vez deriva de su naturaleza jurídica reparatoria (indemnizatoria), por lo que comparto el criterio sustentado por la Prof. Domínguez.

En la misma línea Matilde Zavala de González nos dice que: *“En principio en la indemnización de los daños morales debe ser indiferente el factor de atribución de la responsabilidad, ya que la directiva en el resarcimiento completo de todo perjuicio innecesario. Los factores de atribución demuestran la justicia de la atribución de la responsabilidad, pero en principio no inciden en su cuantía, regida por la causalidad adecuada.”¹¹¹*

En Argentina el nuevo código Civil y comercial de la nación previó en el art. 1741 que *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*.

En conclusión: el aspecto subjetivo (grado de culpa) no guarda relación con la indemnización, el que únicamente se relaciona con la extensión del daño, salvo el límite de la previsibilidad. Sin embargo, veremos como en algunos casos prácticos se justifica la condena a indemnizar daños extrapatrimoniales al haberse tomado en cuenta el accionar doloso del victimario.

b. Decadencia de la culpa en la responsabilidad civil. Principio “favor victimae”.

Mucho autores nacionales y extranjeros han desarrollado la idea de que la culpa como concepto se encuentra en franca decadencia. Este hecho cuenta con una explicación racional: la prueba del elemento culpa pasó de ser una garantía ciudadana a un factor de impunidad para quien provocaba un daño, incluso intencionalmente.

¹¹⁰ Domínguez Hidalgo, Carmen: *“Hacia una uniformidad y transparencia de la fijación del quantum indemnizatorio”* (2006).

¹¹¹Zavala de González, Matilde: *“Cuánto por daño moral”* El daño moral o extra-patrimonial y su cuantificación. (2016a)

La prueba de la culpa se transformó en una dificultad de una entidad tal, que la jurisprudencia ha flexibilizado los estándares probatorios para su acreditación, mediante simples presunciones probatorias, en favor de la víctima. El principio de *favor victimae* ha adquirido enorme importancia en materia aquiliana.

Al decir de Lorenzetti: “*El principio de que no hay responsabilidad sin culpa fue superado por la explosión de numerosos factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso de derecho, la equidad, etc.*”¹¹²

La culpa todavía no ha sido eliminada y aun cuenta con un amplio campo de aplicación (ej: responsabilidad profesional) fijándose criterios de “standard” social de comportamiento para cada actividad (ej: buen hombre de negocios, buen padre de familia, buen litigante, buen administrador, etc), lo que facilita la determinación por parte del magistrado de la culpa del demandado.

Si la culpa está en decadencia, el dolo ha pasado al olvido. Pocas veces puede apreciarse en alguna sentencia que un magistrado haga referencia al dolo para atribuir un daño, lo que es perfectamente coherente con nuestro sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, a continuación centraré mi estudio en ciertas hipótesis en las que el dolo, la malicia y la mala fe pueden ser factores de atribución del daño y adquieren cierta relevancia en materia de responsabilidad contractual.

En conclusión, actualmente el centro de gravedad del sistema de responsabilidad civil está en el daño, en aplicación del principio de “favor victimae”.

c. Hipótesis en las cuales adquiere relevancia el comportamiento del ofensor.

Gamarra nos enseña que el comportamiento del ofensor generalmente no es relevante para la determinación del daño.¹¹³ Sin embargo, existen ciertas hipótesis en las cuales adquiere

¹¹² Lorenzetti, Ricardo: “*La responsabilidad civil*”. (2015a, p. 371)

¹¹³ “*Los aspectos subjetivos (dolo, culpa) del comportamiento del deudor, son ajenos al ámbito de la relación de causalidad. Una culpa leve (señala De Cupis) puede tener gran eficacia causal, así como la culpa grave o el dolo, por el contrario, pueden resultar de reducida eficacia. Tampoco influyen en el quantum del daño, porque éste es una entidad objetiva, que no varía en función de los elementos del agente que lo causó. En derecho civil se trata de reparar el perjuicio causado, a diferencia del penal (donde la sanción aumenta o disminuye en función de la culpa o el dolo del delincuente)... El daño resarcible se disminuye cuando está provocado por dolo o culpa del acreedor, en la proporción en que éste incide en la causación del perjuicio También se reduce el monto del daño cuando, conjuntamente con el mismo, la víctima experimenta un beneficio (compensatio lucri cum damno), pero ambos deben derivar del mismo hecho. (Tomo XVIII Gamarra, n.d., p. 22) “La regla de la causalidad se desenvuelve en un ámbito objetivo, a diferencia de la presente, que toma en cuenta un elemento subjetivo (juicio de previsión). La apreciación del criterio subjetivo debe hacerse abstractamente, de acuerdo con lo que hubiera previsto o podido prever un hombre normal*”

importancia que el incumplimiento de un contrato sea realizado con dolo o con culpa. Esto es el caso en cual el elemento personal o de confianza se encuentra presente en la relación contractual.

Así, cuando uno confía en su contraparte más allá de las normales relaciones de un contrato, un incumplimiento doloso puede provocar una grave aflicción. En este caso el dolo adquiere un carácter particular siendo relevante desde el punto de vista jurídico. Estamos en el caso en cual una parte incumple deliberadamente sin argumento mínimamente razonable que permita justificar su incumplimiento. Existiendo alguna justificación deberíamos ver si la misma es catalogada de culpa grave o leve, siendo en cualquier caso irrelevante para el derecho, y quedando únicamente en el campo de la ética, ya que no se prevén consecuencias diversas ya sea que se actuó con culpa leve o grave.

Ej, puede ser el incumplimiento de la entrega de una casa por un contrato de compraventa entre hermanos que ya fuera abonada; el no pago de una deuda de dinero entre familiares contando con fondos para el pago, etc.

La actividad dolosa se relaciona con la ejecución de un acto ilícito a sabiendas (o con intención) de provocar un daño en el patrimonio ajeno. Es una intencionalidad perjudicial, una “voluntad del sujeto de causar daño”.¹¹⁴

El ámbito contractual cuenta con ciertas particularidades que permiten matizar los principios anteriormente mencionados. En efecto, en un contrato se asumen obligaciones específicas (no generales como en la aquiliana) que implican contraprestaciones y riesgos implícitos en toda operación de negocios. Ahora, existen ciertas obligaciones en las cuales las partes alcanzan un grado de confianza que supera una simple relación contractual,

(buen padre de familia), colocado en la misma situación del deudor. Obsérvese que la ley no requiere una previsión real, efectiva, sino la posibilidad de prever”.”Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XVIII n.d., p. 23)”

¹¹⁴ *“En el derecho anglo-americano, los "intentional torts" tienen una variedad de contextos que inciden en el objetivo de la intención y la intensidad (o nivel) de la intención . Esta intención dañina suele abarcar tres áreas: persona, propiedad de la tierra (land) y cosas (good) y requiere de un acto voluntario positivo que interviene en un interés protegido por la víctima. La afectación debe ser un resultado directo de la acción; se ha distinguido entre el resultado directo y la consecuencia eventual de la acción. En "Dodwell v. Burfor" (1669) se sostuvo que no había resultado directo cuando una persona golpeó el caballo de otro, este otro se cayó del caballo y fue, entonces, pisado por el caballo de una tercera parte. En el derecho español en el dolo extracontractual el agente quiere incumplir el deber general de no dañar y además es consciente del resultado material, por más que no haya previsto todos los efectos o consecuencias de sus actos; el dolo consiste en la voluntad de dañar, y bastará con que exista conocimiento del daño como consecuencia probable de la acción u omisión.”* Molina Sandoval: “El dolo en la responsabilidad civil” (2018, p. 3)

especialmente si su medio de vida depende de esta relación de confianza. Es así que una ruptura de la misma puede provocar un enorme dolor a la víctima del ilícito, un dolor que supera la pérdida patrimonial ocasionada, y que se suma a la misma. En este caso, la graduación de la culpa sí importa en tanto la misma determina la medida del daño. Obviamente son casos excepcionales y que deberán ser objeto de prueba estricta.

En Argentina, para Molina Sandoval: *“Los motivos de la conducta dolosa son “intrascendentes”. Si existe intención dolosa de causar un daño, se configura el factor subjetivo más allá de que dicha conducta haya tenido fines benéficos o el daño sea una consecuencia de una finalidad de abnegación. Los fines no justifican los medios. El dolo nunca puede constituir un medio lícito para lograr un beneficio, incluso para terceros.”*¹¹⁵

Con algún matiz comparto plenamente lo expresado por Beatriz Venturini quien otorga cierta influencia al aspecto subjetivo (dolo o culpa grave) en opinión coincidente con lo manifestado previamente. Al respecto dice: *“Debemos aclarar que el dolo o la culpa grave, sí pueden influir agravando el padecimiento sufrido por la víctima, pero en ese caso se indemnizará un dolor mayor, independientemente del dolo o la culpa del ofensor”*¹¹⁶

También Gamarra, citando jurisprudencia, entiende que la maniobra dolosa para perjudicar al pariente o al amigo es susceptible de provocar daño moral.¹¹⁷

A mi juicio, este criterio encuentra un campo fértil de aplicación en la responsabilidad contractual en virtud de que habitualmente existe un vínculo entre las partes, no presente generalmente en la aquiliana. Esto hace que la ruptura de ese vínculo provoque daños más allá de lo patrimonial, siendo la conducta del ofensor un elemento importante para determinar el daño ocasionado.

En Argentina el aspecto subjetivo tiene una nueva función con la aprobación del Código Civil y Comercial. Fundado en el principio de equidad los jueces pueden atemperar una indemnización basado en el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias de hecho, pero esta facultad no es aplicable cuando el ilícito fue doloso.¹¹⁸

¹¹⁵ Molina Sandoval: “El Dolo en la responsabilidad civil”. (2018, p. 4)

¹¹⁶ Venturini, Beatriz: “Daño moral y su evaluación”. (1984, p. 128)

¹¹⁷ Gamarra, Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo. (n.d., p. 74 Tomo XXV)

¹¹⁸ *La equidad tiene consecuencias en los alcances del resarcimiento. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Se trata de una facultad de atenuación (no de incremento) de los montos a reparar. Pero, con el mismo criterio de equidad, la norma señala que “esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable” (art. 1742, Cód. Civ. y Com.).* molina Sanoval: “El dolo en la responsabilidad civil” (2018, p. 8)

Lorenzetti, menciona la hipótesis de “*Apariencia jurídica-confianza*”, muy especialmente aplicable para la responsabilidad profesional, y ejemplifica en el caso que un actuar profesional lleva a tomar decisiones incorrectas que provocan enormes daños (auditores, contadores, inversionistas).¹¹⁹

Finalmente en España, García López comentó un caso que funcionó como *leading case* en materia de reparación de daño extrapatrimonial de origen contractual y concluyó “...*que en punto que esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.1º y 1258 del Cod. Civil).*”¹²⁰

En conclusión, de las categorías de graduación subjetiva propuestas en nuestro código civil únicamente adquieren relevancia real diferenciar el dolo de la culpa, siendo irrelevante la diferencia entre culpa leve y culpa grave. En relación con las categorías de dolo y culpa las diferencias están en la aplicación del 1346 y 1611 debiendo repararse el daño no previsto y pudiendo estimarse el monto del daño en caso de dificultad probatorio para el caso de incumplimiento doloso del contrato.

En la práctica civil la graduación del elemento subjetivo cuenta con poca relevancia, quedando su aplicación relegada a la materia penal o al campo de la ética, pero no de la responsabilidad civil. Sin embargo, estando ante contratos en los que el elemento personal adquiera relevancia, un incumplimiento doloso del contrato sería susceptible de ocasionar daño moral a la contraparte en caso de existir un especial relacionamiento.

d. El dolo y la mala fe en el incumplimiento contractual.

*El propio sistema jurídico no provee elementos de disuasión adicionales que permitan diferenciar al dolo de la culpa como factor de atribución. Ello no significa que el dolo sea neutro. El dolo nunca puede ser ajeno a las bases axiológicas del ordenamiento jurídico.”*¹²¹

Concepto de dolo contractual. Dos posturas.

En materia de dolo contractual existen dos posiciones: una que considera al dolo contractual como la intención de incumplir un contrato, y otra que considera como la intención

¹¹⁹ Lorenzetti, Ricardo: “La responsabilidad civil”. (2015a, p. 372)

¹²⁰ García López: “*Responsabilidad civil por daños. Doctrina y jurisprudencia*”. (1990, p. 330)

¹²¹ Molina Sandoval: “*El dolo en la responsabilidad civil*”. (2018, p. 11)

de dañar. Esta última es defendida por Caumont para quien el concepto de dolo debe ser igual en la responsabilidad contractual y en la aquiliana, por lo que se debe seguir el criterio del 1319 inciso 2°. ¹²² Por otro lado Gamarra sostiene que basta con la intención de incumplir para configurar el dolo en materia contractual. ¹²³

Como vimos en materia contractual se plantea el debate si el dolo debe consistir en la intención de incumplir el contrato o de causar un daño a su contraparte. Podría entenderse que no hay dolo si una parte busca intencionalmente incumplir el contrato, pero bajo el entendido que este incumplimiento no causará daños a su contraparte.

La redacción del 1319 inciso 2° parece bastante clara al respecto, pero no es coherente con la sanción prevista en materia contractual en el 1346 inciso 2°, ya que no se puede tener intención de causar un daño que no se puede prever. La interpretación literal rompe la lógica más elemental.

En mi opinión es correcta la segunda postura en tanto es lógica con la disposición del 1346 que establece una sanción más allá de la previsión de las partes. Si la sanción por el accionar doloso es indemnizar el daño no previsible, no puede ser que el dolo implique la intención de dañar algo que no sabe que puede suceder. En otras palabras, si no se puede prever el daño tampoco puede existir la intención de producir un daño que no se prevé que exista. Es cierto que la previsibilidad debe evaluarse al momento de celebración del contrato y el dolo al tiempo del incumplimiento, pero igualmente la postura del prestigioso profesor Caumont no mantiene lógica con el sistema de sanción del 1346.

Ahora, ¿qué sucede cuando un hecho ilícito contractual, o sea, la violación de los términos acordados en un contrato, es realizado con dolo y mala fe? Ambas circunstancias operando de manera conjunta.

Según nuestro código civil (art. 1291) los contratos deben ejecutarse de buena fe. Nuestra doctrina es conteste en que la obligación de actuar de buena fe no se limita a la etapa de ejecución, sino también a la preparación de este contrato y a todas las consecuencias que del mismo emanan. ¹²⁴

De este principio general de actuar de buena fe se deriva el deber de cooperación o colaboración, del que a su vez deriva la obligación de informar a la contraparte. ¹²⁵

¹²² Caumont A., “Una reflexión crítica sobre el dolo como vicio del consentimiento”, ADCU T. XXXVI, pp 586. Citado en (Mariño López, 2018, p. 479 tomo I)

¹²³ Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XVIII. P.263. Año 2006

¹²⁴ Gamarra, Jorge: “Buena Fe Contractual”. (2011, p. 12)

¹²⁵ Gamarra, Jorge. *Obra citada*.

Esto es plenamente coherente con deberes y fundamentos de carácter tanto éticos como jurídicos. En efecto, cuando alguien celebra un contrato, lo hace de buena fe en el entendido que ambas partes harán lo razonablemente posible para cumplir con el objeto del mismos. Los contratos se hacen de buena fe y para cumplirse, esa es la expectativa general de quienes contratan.

Sin embargo, todos somos conscientes que no existe la certeza absoluta del cumplimiento de los contratos. Todos los negocios tienen asociados riesgos implícitos que escapan hasta la previsión de los más cuidadosos hombres de negocios.

En consecuencia, nuestra jurisprudencia ha entendido de manera casi uniforme que: *“...un incumplimiento contractual cualquiera sea su importancia no crea por si solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y psíquico del otro contratante para que pueda haber derecho a un resarcimiento, porque todo incumplimiento de contrato provoca naturalmente en el contratante afectado sensaciones normales de sorpresa, disgusto aprehensión, ira e incertidumbre, que no llegan a provocar una turbación o desequilibrio emocional que pueda considerarse daño moral (de la Sede sent. Nos. 142/90; 22/96; 41/97; 113/99; 215/04, etc).”*¹²⁶

A mi juicio, una situación de incumplimiento contractual que fue realizada con dolo y mala fe presumiblemente puede provocar angustia, turbación o desequilibrio emocional, no solo por el incumplimiento contractual del que es víctima, sino por el accionar de su contraparte en la cual había depositado confianza, esperanzas e ilusiones. Es cierto que el incumplimiento es una posibilidad plausible en todo negocio, pero lo que no puede ser previsto, (al igual que no es algo previsible que a uno lo pise un auto al cruzar la calle) es que su contraparte o socio busque deliberadamente perjudicarlo y engañarlo, eso no puede ser parte del curso normal de los negocios.

A los casos a los que me refiero es a aquellos en los que el incumplimiento se encuentra precedido por mentiras, contradicciones o reticencias, además de que resulta inexplicable el incumplimiento no existiendo ninguna razón fundada para operar de esa manera, más allá de aspectos comerciales que pudieron o debieron ser advertidos oportunamente, independientemente de si existe o no un especial relacionamiento con la contraparte.

El accionar de todas las partes integrantes de un contrato debe estar fijado por el máximo nivel de colaboración, intercambio e información, siendo el cumplimiento de la

¹²⁶ Sentencia 25/2015. TAC 4º.

totalidad de las prestaciones un objetivo en común. Todo contrato implica una relación de confianza, más allá de la existencia de mecanismos legales para forzar el cumplimiento o conseguir el equivalente. Sino hay confianza, difícilmente se celebre el contrato.

Por tanto, cuando una de las partes toma una actitud contraria al propio contrato que las partes celebraron de buena fe, esto indudablemente causa angustia, dolor y aflicción, en mayor o menor medida según las circunstancias del caso. Anteriormente vimos que los contratos cuentan con una dimensión ética en su conformación debiendo los mismos ser cumplidos de buena fe, por lo que la ruptura de esta regla esencial al instituto y la convivencia social debe contar reglas para la reparación del daño ocasionado por la misma.

Ejemplos de esto puede ser: cualquier incumplimiento del contrato sin previo aviso cuando de las circunstancias del negocio podía preverse razonablemente que no se estaba en condiciones de cumplir. La parte incumplidora en vez de comunicar la circunstancia a su contraparte para que este pueda adoptar medidas tendientes a minimizar daños, simplemente oculta la situación para un día cesar en el cumplimiento de la prestación que estaba obligado.

Finalmente, en relación con la cuantificación del daño moral para los casos en los que operó dolo y mala fe, atento a las especiales particularidades de la hipótesis analizada y probablemente contrariando la opinión casi unánime de doctrina y jurisprudencia, entiendo que debe ser tomada en cuenta el grado de culpabilidad y mala fe con que actuó. Esto no es porque se busque incorporar elementos del derecho penal, contrariando la naturaleza del instituto, sino porque lo que provocó el sentimiento de constricción y aflicción fue la deslealtad de la contraparte con el acuerdo celebrado, por lo que la medida de la deslealtad será proporcional a la medida del daño.

La medida de la indemnización no puede dejar de ser la medida del daño. El tema está en determinar qué elementos influyen en conformar este daño.

En conclusión: a mi juicio cuando estamos ante un incumplimiento de un contrato que cuente con las características de haber actuado con dolo y mala fe, especialmente en casos en que pueda existir alguna confianza entre las partes, ya sea previa al contrato o desarrollada durante el mismo, existe una presunción simple de haber provocado un daño moral en la contraparte, presunción que admite prueba en contrario.

e. Obligaciones de medios y de resultado.

Para analizar el elemento subjetivo no podemos olvidar la clasificación entre las obligaciones de medios y de resultado. La diferencia entre ambos tipos de responsabilidad está en la naturaleza de la obligación, por lo que la división es común a ambos tipos de

responsabilidad.¹²⁷

Lo primero que debemos preguntarnos es si esta clasificación resulta relevante para el tema de estudio. En efecto, el tema de estudio está en la órbita del daño, no de la culpa. En este capítulo hemos visto cómo existen algunos casos en los cuales adquiere relevancia la culpa de la parte incumplidora, pero siempre que esta tenga relación con el daño, que es la medida de todo en responsabilidad civil.

La diferencia estaría en si el acreedor puede exonerarse de responsabilidad frente a un incumplimiento alegando haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia (obligación de medios) o únicamente causa extraña no imputable (obligación de resultado).

En términos prácticos no debería existir relación alguna con la indemnización del daño moral o extrapatrimonial, el que puede provenir del incumplimiento de una obligación de medio como de resultado. Por esto a mi juicio el tema de las obligaciones de medios y de resultado está en la órbita del incumplimiento y no del daño.

Así el caso del “*vestido de la novia*” era claramente una obligación de resultado, sin embargo, las obligaciones derivadas de error médico, en general son de medios, aunque pudimos ver algunos casos en los cuales las intervenciones quirúrgicas de carácter estético son consideradas de resultado.

Sin embargo, para Szafir-Venturini existe una diferencia en relación con el elemento de la previsibilidad. El art. 1346 establece que solo deben indemnizar aquellos daños que hubieran podido ser previstos por las partes al momento de la celebración del contrato. Para Szafir-Venturini, este límite únicamente aplica para las obligaciones de medios, no así para las de resultado.¹²⁸ Sobre este punto y su crítica me referiré a continuación comentando sentencia que considero de interés.

i. Análisis de caso jurisprudencial

En una sentencia publicada por el Tratado jurisprudencial y Doctrinario¹²⁹ (Tomo II De Cores, Venturini, Gamarra, 2015, p. 671), un comprador de una cafetera eléctrica acudió al *service* post venta de la garantía. Posteriormente retira el producto supuestamente arreglado y lo lleva a su casa, encendiéndolo y dejándolo haciendo café mientras el consumidor se retiraba de su casa para ir a la playa. Al volver a la casa se había incendiado y según las pericias el incendio se debió a un defecto eléctrico en el arreglo de la cafetera. La sentencia de primera y

¹²⁷ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XX n.d., p. 70)

¹²⁸ Venturini, Beatriz y Szafir, Dora: “*El indevelado nexo causal y su prueba. Incidencia práctica en los procesos por responsabilidad civil*”. ADCU. (1992, p. 457)

¹²⁹ De Cores, Venturini, Gamarra: “*Tratado Jurisprudencial y doctrinario*”. (tomo 3 2015, p. 671)

segunda instancia condenó a indemnizar el daño moral ocasionado (unos U\$S 300) más los daños patrimoniales efectivamente ocasionados. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia con una discordia fundada en aspectos probatorios que no hacen al objeto de este trabajo.

Por los fundamentos esgrimidos la sentencia es realmente interesante, aunque a mi juicio no ajustada a la normativa vigente al momento de su dictado. En efecto, en primer lugar, ambas Sedes (primera y segunda instancia) comparten la calificación jurídica de encontrarnos el ámbito de la responsabilidad contractual (en este caso post- contractual) y por tanto son de aplicación las disposiciones previstas en los arts. 1342 y siguientes del Código Civil y eventualmente la normativa comercial (especialmente en lo relativo a la relación entre los dos codemandados). A la fecha de este juicio no se encontraba vigente la normativa sobre defensa del consumidor.

Ahora, estando ante un daño provocado en virtud del incumplimiento de una obligación de fuente contractual debe ser de aplicación el límite de la previsibilidad previsto en el art. 1346 del CC. Recordemos que el art. 1346 establece que los daños provocados en virtud de la responsabilidad contractual serán hasta el límite de lo previsible, siempre que el incumplimiento no haya sido realizado con dolo.

La Sede de primera instancia menciona el punto y se adhiere a la posición de Venturini y Szafir¹³⁰ (expresada en artículo que no había sido publicado hasta esa fecha) y dice: "*...el elemento subjetivo psicológico inherente a la noción de previsibilidad va a tener incidencia a los efectos de la determinación de los daños resarcibles sólo con respecto a las obligaciones de medios y no a las de resultado...*" Véase que, es cierto, que a los efectos de la configuración del incumplimiento (hecho ilícito contractual) de la obligación asumida, sólo interesa el comportamiento si la obligación es de medios, y resulta irrelevante si ésta es de resultado, por cuanto el incumplimiento, en este último caso, equivale a la no obtención del fin al que se obligó el deudor". *Cuando la obligación transgredida es de resultado, el comportamiento y el elemento subjetivo (dolo o culpa) no interesa, pero el deudor responderá, sin que incida para nada la noción de previsión, de aquellos daños presumidos como adecuadamente causados y sean directos e inmediatos.*"

Sin perjuicio de reconocer lo bien fundada de la sentencia y lo discutible que un caso de estas características puede traer al querer resolverlo con una legislación del siglo XIX, ya

¹³⁰ Szafir y Venturini "El indevelado nexo causal y su prueba. Incidencia práctica en procesos por responsabilidad civil". ADCU. Obra citada en sentencia Dra. Shroeder del 20 de noviembre del 92.

obsoleta para las problemáticas surgidas en el mundo actual, entiendo que su resolución no estuvo de acuerdo a nuestra normativa y que terminó fallándose por equidad.

En efecto, nuestro artículo 1346 fija un límite indemnizatorio extremadamente claro. Pretender sortear dicho límite acudiendo a la clasificación de obligaciones de medios y de resultados (clasificación no prevista en nuestro código), es pretender vaciar de contenido el límite indemnizatorio previsto en el art. 1346. En el caso en cuestión claramente no existió dolo y no era razonablemente previsible (a mi juicio y sin perjuicio de no ser un técnico en temas eléctricos) que por una falla en la cafetera pueda ocasionarse un incendio. De lo contrario estaríamos cayendo en hipótesis de responsabilidad objetiva que nuestra legislación no preveía hasta ese momento.

Carmen Domínguez nos dice que: *"Por ello en nuestro sistema, la previsibilidad del daño en materia contractual sigue siendo trascendental. En efecto, la importancia del análisis de previsibilidad, si bien es determinante para todo perjuicio, en especial resulta serlo para los daños extrapatrimoniales y, en particular, en la etapa de nuestra evolución en la materia, habida cuenta del tránsito que hemos asistido en la reparación del daño moral derivado del contrato. En efecto, admitida la procedencia de su resarcibilidad en ese ámbito, no por ello debe creerse que se produce una unificación de régimen entre el daño moral derivado de un hecho ilícito y el derivado de contrato, pues queda sujeto a la diferencia que igualmente introduce entre ambos regímenes la exigencia de previsibilidad".*¹³¹

Según Lorenzetti, el instituto de la previsibilidad del daño para la responsabilidad contractual, justamente buscó evitar que las empresas asumieran riesgos imposibles de prever.¹³² Actualmente contamos con legislación en materia de relaciones de consumo y específicamente sobre los daños y perjuicios ocasionados por productos defectuosos. En esta nueva legislación, por más que remite a la normativa general en materia de daños y perjuicios, prevé el art. 36 de manera específica y en el que no se establece el límite de la previsibilidad para los casos de daños causados sin dolo. Por tanto, a mi juicio, a la luz de la nueva legislación sobre defensa del consumidor no existiría este debate. Tampoco sería necesario fundamentar la pertinencia de indemnizar los daños extrapatrimoniales, ya que los mismos ahora están previstos a texto expreso en el propio art. 36 de la ley 17250.

En conclusión: entiendo que este fallo responde más a un principio de equidad que a una adecuación a nuestro sistema jurídico. El principio de reparación integral del daño

¹³¹ Domínguez Hidalgo, Carmen: "La reparación del daño moral derivado del contrato". (n.d.-b) p. 239.

¹³² Lorenzetti, Ricardo: "Fundamentos de derecho privado". (2016)

es pertinente y su aplicación procede siempre que no exista un texto legal que expresamente establezca un límite como lo es el art. 1346 del Código Civil.

CAPÍTULO IV: ELEMENTOS A ANALIZAR PARA DETERMINAR LA PROCEDIBILIDAD DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

9. La prestación, el interés de afección y el daño.

- a. Análisis de la prestación como elemento determinante de la presencia de daño no patrimonial.
 - i. El carácter patrimonial de la responsabilidad.
 - ii. Carácter extrapatrimonial de la prestación y el daño.
 - iii. El objeto del contrato y la obligación.
- b. El interés de afección de la prestación.
 - i. Caracteres del interés de afección.
 - ii. definición
 - iii. consecuencias de su incumplimiento.
- c. Análisis subjetivo del carácter no patrimonial de la prestación.
 - i. El interés del acreedor.
- d. Consecuencia del daño.
- e. Consecuencias prácticas de determinar el origen extrapatrimonial del elemento dañado.

Tanto a nivel nacional como de doctrina y jurisprudencia comparada se han propuesto los siguientes criterios para establecer la indemnización del daño extrapatrimonial ocasionado ante un incumplimiento contractual.¹³³

Estos criterios son:

- a. Análisis de la prestación del contrato.
- b. La entidad del daño extrapatrimonial.
- c. La previsibilidad del daño extrapatrimonial.

A su vez y luego del análisis de este instituto, propongo cuatro criterios más:

- d. La residualidad del daño extrapatrimonial.
- e. La entidad del incumplimiento.

¹³³ Gutiérrez Guitián, Alma María: *"Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual"*. (2003, p. 255)

- f. Análisis del elemento subjetivo del contrato.
- g. La asunción de riesgos por cada una de las partes.
- h. La confianza existente entre las partes.

Finalmente analizaremos diversos criterios de cuantificación estudiados, en principios pensados para la responsabilidad extracontractual, pero que permiten su aplicación en ciertos casos a la responsabilidad contractual.

a. Análisis de la prestación como elemento determinante de la presencia de daño no patrimonial.

i. El carácter patrimonial de la responsabilidad.

Un argumento frecuentemente utilizado para negar la indemnización del daño moral está en la patrimonialidad de los negocios contractuales. Esto a mi juicio parte de una confusión de conceptos.

La responsabilidad es eminentemente patrimonial. De eso no pueden existir dudas tal que se desprende de nuestro art. 2372 del CC. Claramente el derecho no puede mandar a indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado por un hecho ilícito mediante algún método extrapatrimonial (ej: el incumplidor estará obligado a brindarle cariño a los hijos de la víctima). Claramente es imposible, por ridículo, y por no ser eficiente ya que el daño extrapatrimonial ocasionado no puede nunca ser reparado o solucionado, solamente puede ser compensado mediante algo material. Nadie va a devolver el casamiento que no pudo realizarse, ni las vacaciones que se perdieron, etc.¹³⁴

Pero eso no puede ser un obstáculo para el resarcimiento. La responsabilidad patrimonial garantiza el cumplimiento de una obligación, pero no se debe confundir la garantía del cumplimiento con el resarcimiento del daño.¹³⁵

En nuestro país el TAC 1º entendió que sólo en hipótesis excepcionales es posible amparar una pretensión de indemnización por daño moral derivado de una situación de carácter netamente patrimonial: *“Corresponde ahora analizar los agravios de la parte actora, comenzando por los que involucran el rechazo de la pretensión de reparación de daño moral del Dr. Julio Carrere. La Sala irá a su rechazo porque coincide con la sentenciante de primera instancia en el sentido de que solamente en hipótesis excepcionales y con el debido respaldo*

¹³⁴ Al decir de Gil Barragán: *“Las penas con pan son menos.”* (*“Elementos del daño moral”*. (2008c))

¹³⁵ *La responsabilidad es siempre patrimonial, pero ello no quiere decir que las obligaciones a las que sirve como garantía tengan que ser necesariamente patrimoniales.* García López: *“Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia”*. (1990, p. 290)

*probatorio -que no se produjo en autos- es posible amparar una pretensión de indemnización por daño moral derivado de una situación de carácter netamente patrimonial”.*¹³⁶

ii. Carácter extrapatrimonial de la prestación y el daño.

En este capítulo analizaré cuáles son las prestaciones en las cuales ha sido considerado que procede indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado por un incumplimiento contractual.

El punto principal a analizar (aunque no el único) es la prestación principal del contrato. En efecto, procederá indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado cuando la obligación principal esté dada por una prestación con contenido no exclusivamente patrimonial, o cuando de una prestación con contenido patrimonial pueda provocarse un daño moral a partir de su incumplimiento.

iii. El objeto del contrato y la obligación.

Ahora para analizar debidamente el punto deberemos tener presente algunos conceptos relacionados con el objeto del contrato en nuestro Código Civil. Nuestro art. 1282 establece que el objeto del contrato es el objeto de las obligaciones que este produce. La doctrina se ha dividido entre quienes asimilan al objeto de la obligación (y por tanto con el contrato) con la cosa material (Peirano) en contraposición con el objeto que se identifica con la prestación (Gamarra).¹³⁷

Nuestro código establece cuales son las cualidades que debe cumplir el objeto de un contrato para ser válido, y en ninguna se excluye la posibilidad de que la prestación tenga contenido extrapatrimonial. Por tanto, una prestación con contenido extrapatrimonial es perfectamente lícita, por más que no haya estado específicamente prevista por los codificadores decimonónicos. Ahora el tema está en poder establecer cuando estamos ante una prestación con contenido extrapatrimonial cuando todas las prestaciones de un contrato siempre tendrán un contenido económico. Ej, una casa tiene un contenido patrimonial, pero el derecho a habitar una casa es de carácter extrapatrimonial. Así, si compro una casa y no me la entregan, o al entregarme la misma cuenta con vicios ocultos que la hacen inhabitable, la prestación principal se encuentra incumplida y por tanto los daños serán patrimoniales y extrapatrimoniales.

Ahora, lo cierto es que no cualquier prestación con contenido extrapatrimonial puede ser objeto de un contrato. Entiendo no sería válido realizar un contrato donde uno se obliga a “brindar cariño” a otra persona. Eso no es objeto del derecho sino de las relaciones

¹³⁶ Sent. 81/2014. TAC 1° (Salvo López de Alda (red.) Castro Rivera, Vázquez Cruz). Doctrina y Jurisprudencia derecho Civil Tomo II. Año 2014.

¹³⁷ Gamarra, Jorge: TDCU. (Tomo XIV n.d., p. 134).

interpersonales. La prestación debe poder ser valuable en dinero. Ahora que una prestación pueda ser valuable para ser objeto de un contrato, no quiere decir que en la misma no se incluyan elementos morales, e incluso que su incumplimiento pueda ocasionar daños extrapatrimoniales a la víctima. Son dos conceptos distintos y no contradictorios, cuya incomprensión ha llevado a justificar la negativa a indemnizar daños extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual.

Finalmente, el daño ocasionado sobre una prestación extrapatrimonial debe poder ser indemnizada, ya que la indemnización es la consecuencia del incumplimiento y este no puede quedar sin consecuencia ya que de ser así el cumplimiento del contrato sería potestativo de una de las partes (porque obviamente son prestaciones no susceptibles de ejecución forzada), lo que llevaría a contravenir la regla del 1253 del Código Civil. Si es posible que los contratos versen sobre prestaciones no patrimoniales, su incumplimiento debe aparejar consecuencias, ya que de lo contrario se estaría incumpliendo con el art. 1253.

Por tanto, la prestación como interés del acreedor perfectamente puede contener elementos patrimoniales y no patrimoniales y su incumplimiento debe aparejar consecuencias sobre los elementos extrapatrimoniales de la prestación, siendo contrario a la esencia de los contratos que su cumplimiento sea potestativo de una de las partes (parte acreedora).

b. El interés de afección de la prestación.

Todas las prestaciones tienen algún contenido patrimonial, ya que por algo alguien paga por ellas. Si valen un precio, ese precio es el contenido patrimonial del objeto o servicios adquirido. Ahora, la prestación como tal contiene para quien la adquiere un valor diverso al pactado en el contrato. Así, la adquisición de una casa, tiene un cierto valor en el mercado, este es el valor patrimonial, sin embargo, la misma puede tener un valor muy superior para quien la habita, especialmente si se encuentra viviendo en ella hace muchos años, o generaciones en algunos casos.

Al decir de Trevisan Baz: *“Se debe distinguir en cada prestación el carácter patrimonial de la misma con su carácter extrapatrimonial. Ricardo Lorenzetti lo llama “interés de afección”.*¹³⁸ *La indemnización del daño moral de un contrato depende del objeto de ese contrato (p.94)”*.

Así podemos encontrar casos a nivel de doctrina y jurisprudencia comparada en la cual según la prestación objeto del contrato, es admitida la indemnización del daño extrapatrimonial ocasionado en caso de incumplimiento del mismo. En algunos casos, la prestación puede

¹³⁸ Trevisan Braz, Alex: *“Dano moral por inadimplemento contractual”*. (2016, p. 92)

contener aspectos extrapatrimoniales evidentes, como los contratos relacionados con la salud de una persona, la vivienda, la educación o la familia.

Pero otros casos no resultan tan evidentes, e incluso pueden depender de aspectos subjetivos de la parte¹³⁹, y sin embargo la jurisprudencia ha venido extendiendo el ámbito de aplicación de la reparación del daño extrapatrimonial en caso de incumplimientos contractuales, especialmente para contratos de consumo.

Un contrato siempre va a tener como objeto algo material o inmaterial pero valuable en dinero, el problema a resolver es cuando estamos ante la presencia de valores no patrimoniales conjuntamente con los valores patrimoniales, y cuando uno predomina por sobre el otro.

Inés Labat realizó un interesante estudio utilizando la herramienta del análisis económico del derecho donde muestra de manera científica que todo valor material cuenta con un valor no material para la persona propietaria.¹⁴⁰

Para Carmen Domínguez, “*deben entenderse comprendidos en todos los contratos cuya naturaleza esté íntimamente ligada con **intereses no pecuniarios**, con bienes de la personalidad como sucede en todas aquellas convenciones que el common law califica de contratos personales y que se han definido como “ **los que se relacionan directamente con el confort, felicidad o bienestar personal de una de las partes o aquellos cuyo objeto es tal que afectan directamente o tocan al afecto, autoestimación o sentimientos tiernos de esa parte** (cita: así se definen a los personal contracts desde Westervelt vs. MacCullough 68 Cal.. App. 198, 228, 1924, p. 734). En otros términos, se trata de contratos normalmente relacionados con acontecimientos de la vida que envuelven los sentimientos y emociones de las personas, por ejemplo, contratos relativos a funerales...servicios de seguridad...cuidado personal de ancianos...divorcio...contratos relativos a objetos emocionales ”¹⁴¹*

Trevisan Braz (citando a Alesio Liberati) decía que *las obligaciones cuyo incumplimiento puede causar daños no patrimoniales son: obligación de alimentar, obligación de vigilancia y custodia, obligación de salud, el trabajo, sector educación, familia, vivienda,*

¹³⁹ Carmen Domínguez llama estos contratos como de “**objetos emocionales**” como el caso de una joya de familia que es entregada a un joyero para que con ella confeccione otra y que éste la pierde. (Winkler vs. Scheers Jewelrs.) Domínguez Hidalgo, Carmen: “*La reparación del daño moral derivado del contrato*”.(n.d.-b, p. 241)

¹⁴⁰ Labat, Inés: “*La privación de bienes y el daño moral*”. (2017b)

¹⁴¹ Domínguez Hidalgo, Carmen: “*La reparación del daño moral derivado del contrato*”. (n.d.-b, p. 241)

*bienes con valor afectivo, contrato de transporte, obra intelectual y contratos con la administración pública.*¹⁴²

También Zavala de González desarrolla en Argentina el concepto de “interés de afección” y se refiere a la relación entre la persona y el bien cuando esta es diferente del interés meramente pecuniario, generando un interés o valor de afección que de ser dañado tendrá como consecuencia la reparación de un daño moral.¹⁴³

*i. Caracteres del interés de afección.*¹⁴⁴

Matilde Zavala de González nos enseña que el interés de afección debe tener las siguientes características:

- 1) Tiene contenido espiritual.
- 2) Es autónomo del valor económico de la cosa en que reposa.
- 3) Es distinto del valor común o de uso que la cosa representa para cualquier poseedor.
- 4) El interés de afección debe ser legítimo

ii. Definición.

El concepto principal es el de “*interés de afección*” es: la especial relación de un sujeto

¹⁴² Trevisan Braz, Alex: “*Dano moral por inadimplemento contratual*”. (2016, p. 107) “*de todas as obrigações cujo inadimplemento pode causar danos não patrimoniais. São elas: obrigação alimentar, obrigação de vigilância e custódia, contratos do setor da saúde, no mundo do trabalho, no setor educacional, no lazer e esportes, locação de imóvel, contrato de serviço, contratos relativos a bem com valor existencial, contratos de transporte, contrato de obra intelectual, atividade artística e contratos com a Administração Pública*”.

¹⁴³ “*En efecto, el menoscabo de bienes con valor pecuniario es apta para causar un daño moral resarcible cuando media una vinculación con su intangibilidad lo que se denomina un “interés de afección”, es decir, una relación subjetiva entre la persona y el bien, de orden espiritual, diferente, autónoma del interés económico que también representa el objeto. Ese interés no se satisface mediante la sustitución del bien por otro similar, aunque tenga idéntica funcionalidad, características y valía económica, ni por la entrega de la suma de dinero en que se traduce su valor pecuniario. Por consiguiente, el interés de afección condiciona la reparación del daño moral indirecto, es decir, de las implicancias subjetivas que pueden derivar de la lesión de bienes patrimoniales. Ello es sólo la explicitación de principios generales: si bien la sola afectación de un interés humano no es todavía el daño mismo (en el sentido específico de presupuesto de la responsabilidad civil), resulta indudable que todo perjuicio resarcible debe provenir de la lesión de un interés; que en el caso del daño moral es espiritual, y relacionado con la integridad de un bien determinado (patrimonial o extrapatrimonial). Ese interés espiritual, cuya ofensa constituye la causa generadora del daño moral, se califica como interés o valor de afección cuando reside en un bien patrimonial*”. Zavala de González, Matilde: “*Daño moral por lesión de bienes patrimoniales*”. (2016b, p. 859)

¹⁴⁴ Zavala de González, Matilde: “*Daño moral por lesión de bienes patrimoniales*” (2016b, p. 860)

con una cosa o prestación.

iii. Consecuencias del incumplimiento.

Las consecuencias que el incumplimiento de la prestación tenga respecto a esa cosa puede implicar un daño moral en el sujeto que debe ser resarcido o indemnizado.

Ahora, ¿qué sucedería si el incumplimiento pudiera ser solucionado con ejecución forzada? En este caso únicamente podrían ser solicitados los daños y perjuicios moratorios. Es difícil pensar en una hipótesis en la cual la demora pueda ocasionar un daño extrapatrimonial que amerite su indemnización, sin embargo, veremos un caso de nuestra jurisprudencia que así ocurrió.

Para Matilde Zavala de González el “*interés de afección*” es eminentemente “espiritual”, o buscando un elemento más neutral desde el punto de vista filosófico, podríamos catalogarlo de “sicológico”, y desarrolla cuatro características que deben contener. Estas cuatro características resultan fundamentales para luego desarrollar criterios útiles para cuantificar el daño.

En conclusión, para poder aceptar la indemnización de un daño moral, es necesario que exista un interés de afección entre el sujeto y la cosa afectada sea que la misma sea la prestación del contrato o la consecuencia del incumplimiento.

c. Análisis subjetivo del carácter no patrimonial de la prestación.

Habitualmente para uno de los sujetos de la relación contractual la prestación objeto del contrato tendrá un contenido exclusivamente patrimonial, y para la otra será extrapatrimonial o una mezcla de ambas. Así para quien vende paquetes turísticos la prestación del contrato tiene contenido exclusivamente patrimonial, no así para quien adquiere el paquete.

Obviamente que el análisis de la prestación no puede ser realizado desde un punto de vista exclusivamente economicista o patrimonialista. Este argumento es traído a colación a efectos de justificar el mismo, pero de manera alguna pretendo basarme únicamente en aspectos patrimoniales en la argumentación.

Por el contrario, existen elementos de carácter económico, social y cultural que hacen a la preeminencia de aspectos extrapatrimoniales por sobre los patrimoniales y viceversa. Sin embargo, un mismo hecho ilícito puede dar lugar a las dos clases de daños, conjuntamente, aunque no se haya lesionado más que un bien jurídico de la víctima: por ejemplo, la pérdida de una vida humana puede dar lugar a indemnizaciones por daños de las dos clases; igual acontece con el ataque a la reputación de un profesional.

“Por tanto, la división de daños en patrimoniales y extrapatrimoniales no puede ser rígida...Para establecer la naturaleza de la lesión, debe atenderse a los efectos del daño y a

*la preeminencia de lo económico o lo afectivo. La casa de vivienda puede tener un valor material determinado y un valor afectivo quizá de mayor importancia, por haber sido ese hogar el centro de la formación y de la historia de una familia; la herida en el rostro de una mujer joven tiene consecuencias que van más allá del costo de la curación y su más importante efecto puede ser un dolor para toda la vida”.*¹⁴⁵¹⁴⁶

El interés del acreedor.

Tal como se dijo al inicio de este capítulo la responsabilidad siempre tiene que ser patrimonial, pero no así las obligaciones a las que sirve de garantía. Estas pueden o no ser patrimoniales. El tema entonces está en definir cuál es el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación. Incluso los partidarios de la posición ecléctica analizada en el capítulo I de este trabajo, admite la extrapatrimonialidad del interés del acreedor, entre otros argumentos, porque no está abarcado por las limitaciones previstas en el código para el objeto.

Para Messineo, la prestación “*debe corresponder a un interés del acreedor, aun cuando no sea interés patrimonial*”, pero “*la prestación en sí debe ser susceptible de valoración económica; de lo contrario faltaría la posibilidad de ejecución forzada sobre el patrimonio.*”¹⁴⁷

Pacchioni también comparte esta postura.¹⁴⁸

Este concepto presenta aplicación práctica en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de inmueble con destino casa-habitación, en Argentina, la

¹⁴⁵ Gil Barragán: “*Elementos del daño moral*”. (2008d, p. 60)

¹⁴⁶ Matilde Zavala de González nos pone los siguientes ejemplos: “*La muerte de un animal que se posee para la venta o el consumo es reparable económicamente, sin subsistencia ulterior de un quebranto en la personalidad del dueño; la del perro que vive con una persona solitaria, trasciende y repercute en la subjetividad de ésta, aunque su valor pecuniario sea ínfimo. Un anillo de matrimonio no “vale” sólo por el oro que contiene, sino también en tanto objeto afectivo íntimamente conectado con una esfera personal*”Zavala de González: “*Daño moral por lesión de bienes patrimoniales*”.(2016b, p. 860)

¹⁴⁷ Messineo, Derecho Civil Comercial, cit., T. IV, pág. 34. Citado en (García López, 1990, p. 291) obra citada *ut supra*

¹⁴⁸ “*La prestación que constituye el objeto de un deber jurídico cualquiera solamente puede garantizarse por equivalencia sobre el patrimonio del deudor en la medida en que sea exactamente apreciable en dinero; sólo en cuanto tenga un precio mercantil. Si la prestación no es evaluable en dinero, si no tiene, por lo tanto, un precio de mercado, no puede ser realizada por equivalencia sobre el patrimonio del deudor. La cuestión es tan evidente que a primera vista puede resultar incomprensible cómo pudo nacer la controversia, pero, reconsiderándola, de inmediato se aprecia que fue un fatal error la confusión hecha por la doctrina entre los dos elementos constitutivos de la obligación: entre la deuda misma y su garantía. Si no se hubiera producido esta confusión, todos habrían visto y admitido que, como está fuera de duda, pueden existir deberes jurídicos que tenga por objeto prestaciones o intereses no económicos que, sin embargo, son dignísimos de tutela jurídica; también está fuera de toda duda que tales deberes, desde el momento en que no pueden ser garantizados por equivalente económico en el patrimonio del deudor, tampoco pueden pretender ser verdaderas y propias obligaciones*”. Pacchioni, Diritto civile italiano, Parte seconda, Diritto delle Obbligazioni, V.1,3° ed, Padova 1941, págs. 281 a 283. Citado por obra *ut supra*.

jurisprudencia ha entendido que únicamente corresponde indemnizar el daño extrapatrimonial cuando la víctima de incumplimiento sea el arrendatario, no así el arrendador, quien solo tiene derecho a percibir el precio.

Esto es sumamente discutible ya que es cierto que fácilmente podemos encontrar elementos extrapatrimoniales en una vivienda respecto al precio, pero todas las prestaciones incumplidas son valiables en dinero, e incluso es factible descontarlas del alquiler, con lo que el elemento extrapatrimonial rápidamente se relativiza. En el fondo existe una idea de ver al arrendatario como parte débil del contrato de arrendamiento de vivienda, aunque esto no necesariamente es así. Habría que analizar la situación económica del arrendador y cual es la finalidad del dinero obtenido con ese contrato para alcanzar una conclusión certera en este sentido.¹⁴⁹

Igualmente, es perfectamente pertinente la indemnización del daño moral como satisfacción por los perjuicios que debió soportar en el hogar el inquilino, máxime cuando para nuestra constitución es un “*sagrado inviolable*” ya que es la prestación principal la que debe determinar el carácter extrapatrimonial de la prestación por más que existan diferencias entre las partes, con las peculiaridades de cada caso.¹⁵⁰

Como conclusión podemos decir que el incumplimiento de la obligación de pago no puede dar lugar a indemnizar ningún daño moral, sólo los intereses legales previstos. Esta es una ventaja de quien solo debe abonar el dinero en relación a quien debe cumplir la prestación principal.

d. Consecuencia del daño

Por tanto, para determinar si corresponde indemnizar un daño extrapatrimonial se debe analizar, primero la prestación, luego el interés del acreedor y finalmente las consecuencias dañosas del incumplimiento, las que pueden incluir aspectos extrapatrimoniales, a pesar de que no existían elementos morales ni en la prestación ni en el interés del acreedor.

Así, a diferencia de la responsabilidad aquiliana que está fundamentada en el daño como elemento constitutivo (sin daño no hay responsabilidad delictual), no funciona de la misma

¹⁴⁹ Arias Cau y Nieto: “*El daño extrapatrimonial en el contrato de locación. Análisis y prospectiva.*”(2017, p. 3)

¹⁵⁰ “*La jurisprudencia, sin embargo, acogió el daño moral a favor del locatario en diversos supuestos fácticos, a saber: a) los deterioros producidos por filtraciones de humedades (30); b) las irregularidades en la instalación interna de gas en el inmueble arrendado (31); c) inundaciones con aguas cloacales en el departamento (32); d) un departamento cuyas condiciones de habitabilidad eran insostenibles, debido a la existencia de excrementos, plumas y parásitos de palomas (33).*” Arias Cau y Nieto: “*El daño extrapatrimonial en el contrato de locación. Análisis y prospectiva.*”(2017, p. 3)

manera en la responsabilidad contractual, en la que puede existir responsabilidad sin daño (en casos que las partes acepten la inclusión de una cláusula penal), o incluso el daño excede los elementos de la prestación, casos en que un vicio o defecto en el cumplimiento causa un daño que excede los elementos de la prestación (ej. accidente en contrato de transporte).

*Así, la responsabilidad del deudor se extiende más allá de los límites concretos de su prestación, del interés exclusivo que la prestación encerraba para el acreedor. La responsabilidad del deudor, se extiende, en definitiva, a todos los daños que de su actuación se derivaron para el acreedor.*¹⁵¹

Este es el caso por ejemplo de la compra de un auto en el que por un vicio oculto del mismo fallece el comprador o un miembro de su familia. La compra de un auto no tenía ningún elemento extrapatrimonial ni en la prestación ni en el interés del acreedor. Sin embargo, el daño ocasionado excedió el objeto del contrato. En este punto adquiere particular importancia el requisito de la previsibilidad del daño previsto en el art. 1346 de nuestro Código Civil, según se analizará más adelante.

e. Consecuencias prácticas de determinar el origen extrapatrimonial del elemento dañado.

Los elementos no patrimoniales indemnizables de un contrato pueden estar en la prestación, en el interés del acreedor o en el daño propiamente dicho.

1. Cuando se encuentra en la prestación, es de carácter objetivo, el daño es previsible lo que vuelve irrelevante la culpa o dolo; a su vez la prueba podría ser *in re ipsa*, y aplicarse las presunciones judiciales.
2. Cuando se encuentra en el interés del acreedor, es de carácter subjetivo, el daño no es previsible (debe ser comunicado al momento de la celebración del contrato) y las presunciones probatorias dependerá de las circunstancias del caso.
3. Cuando se encuentran en el daño propiamente dicho deberá aplicarse las reglas del 1346 (daño directo, inmediato y previsible al momento de la celebración del contrato), pero se deberá siempre tener presente el principio *favor victimae*.

En conclusión, es el análisis de la prestación es lo que determinará si efectivamente estamos ante la presencia de daños indemnizables. Para esto se debe analizar: la prestación, el interés del acreedor y el daño. En cualquier de los tres podemos encontrar algún interés de afección que deba ser indemnizado en caso de incumplimiento, debiendo respetarse el límite de la previsibilidad del daño.

¹⁵¹ García López: "Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia". (1990, p. 302)

Siempre pueden coexistir elementos patrimoniales y no patrimoniales. En los próximos capítulos veremos ejemplos en los cuales la jurisprudencia nacional y extranjera ha aceptado la indemnización de estos daños.

10. La entidad del daño moral como requisito de aplicabilidad. El problema del daño extrapatrimonial de escasa entidad versus el principio de reparación integral de daño.

- a. Posturas restrictivas. Gamarra, Mosset Iturraspe. Feliu.
- b. Posturas amplias. Mariños. Venturini. Arregui.
- c. Posición de nuestra jurisprudencia.
- d. Particularidades del derecho contractual.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia existe planteado un debate respecto a si debe existir una entidad mínima de daño para que proceda su reparación. El debate está planteado con fuerza en materia extracontractual, no así en materia contractual, probablemente debido a la orfandad de estudios específicos.

Sin embargo, la materia contractual cuenta con algunas particularidades que deben ser tomadas en cuenta a la hora de plantear este debate. En primer lugar, doctrina y jurisprudencia es unánime en aceptar que el incumplimiento debe ser de cierta entidad para ser relevante jurídicamente y habilitar a solicitar algún remedio (rescisión y daños y perjuicios o ejecución forzada). No cualquier incumplimiento habilita a solicitar rescisión y daños y perjuicios. En segundo lugar, en materia contractual el incumplimiento siempre es una posibilidad fáctica, no así en materia aquiliana; a esto se puede responder que también en materia extracontractual uno puede prever futuros daños tales como un accidente de tránsito. Es cierto, pero la previsibilidad no es un elemento de la responsabilidad aquiliana y si lo es en materia contractual según lo establece el 1346 del CC.

Además, razonablemente podemos entender (y así lo hace la jurisprudencia anglosajona) que el incumplimiento de un contrato es una posibilidad cierta en todo contrato celebrado, no así la posibilidad de ser víctimas de un daño aquiliano, ya que por más que estos pueden ser previsibles, si estamos obligados a prever todo daño que nos pueda ocasionar, la vida diaria sería insufrible.

Por tanto, el debate sobre la pertinencia de exigir daño de cierta entidad en materia contractual debe estar enmarcado dentro de las particularidades que presente esta responsabilidad en relación con la aquiliana, sin perjuicio de que el debate alcanza alto nivel de relevancia en ambos tipos de responsabilidad.

a. Posturas restrictivas.

En este punto existen a nivel doctrinario dos posiciones nítidamente marcadas (reitero que pensadas en el ámbito aquiliano): la primera, la de Mosset Iturraspe, seguida en nuestro país por Gamarra, según la cual para que exista daño moral, el mismo debe ser un daño de consideración, Mosset Iturraspe decía que debía tener una determinada "entidad, gravedad o jerarquía".¹⁵² Esta posición ha sido acompañada en nuestro país por Jorge Gamarra quien dijo que:"*se requiere un gran sufrimiento, un dolor intenso, situaciones aflictivas muy profundas. No toda persona tiene sufrimiento espiritual, no todo dolor y cualquier efecto penoso son daños morales para nuestros jueces...*"¹⁵³

También a nivel de doctrina comparada podemos encontrar posturas restrictivas (ya ahora pensadas expresamente para la responsabilidad contractual). Al decir de Feliú ."*una primera condición que debe concurrir para hacer efectiva dicha indemnización es que el daño, además de ser suficientemente relevante o de tener cierta entidad, vaya más allá de las meras molestias o frustraciones típicamente asociadas a todo incumplimiento contractual. Por decirlo de algún modo, el perjuicio tiene que constituir un "plus" o "añadir algo" a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes... Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual."*¹⁵⁴.

b. Posturas de concepción amplia

Esta posición restrictiva es criticada por Beatriz Venturini y Andrés Mariño que al decir de Federico Arregui: "*Es criticable como entendía la Dra. Venturini ya desde su obra de larga*

¹⁵² Citado por Federico Arregui Mondada. Arregui Mondada, Federico: "*El daño moral*". El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016a)

¹⁵³ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XXV n.d., p. 84)

¹⁵⁴ Este resultado no ha sido admitido por el Tribunal Supremo español quien, en diversas sentencias, ha rechazado indemnizar ese tipo de daños, en especial en contratos cuyo contenido tiene una naturaleza fundamentalmente económica y el acreedor actúa como comerciante. Sin embargo, de ello tampoco cabe extraer una negativa automática a indemnizar el daño moral en contratos celebrados entre empresarios, pues con frecuencia el propio Tribunal Supremo concede indemnización por el daño moral, entendido como "perjuicio a la imagen" comercial de un contratante, a causa del incumplimiento contractual de la otra parte (así, por ejemplo, las SSTS 15.3.2005 [RJ 2005\2806]; 29.4.2005 [RJ 2005\4552]); o bien por la lesión al "prestigio y sensibilidad de [una] artista, como consecuencia de una lesión al derecho de marcas o por la infracción a la legislación sobre competencia desleal..." Solé Feliú: "*El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español*". INDRET. (feb, 2009a)

*data, que la denegación de la resarcibilidad del daño moral atendiendo exclusivamente a su entidad no es procedente si bien puede incidir en la estimación del mismo; en tanto que, el Prof. Andrés Mariño distingue que, considerar que el daño moral no es daño porque no es grave, es una "contradicción en los términos". "El daño no se conceptualiza por su entidad sino por la lesión de situaciones jurídicas activas de las que es titular la persona."*¹⁵⁵

Pero este debate no es nuevo, sino que se remonta a los propios inicios del instituto. *"Planiol y Ripert se muestran partidarios de la mayor liberalidad en el reconocimiento al derecho de pedir indemnización por daños, e invocan la legitimidad de una lucha por derecho -expresión de Rodolfo von Ihering a fin de no dejar ninguno sin reparación. Pero, siempre que un derecho ha sido violado injustamente -dicen aun cuando no exista otro perjuicio que las molestias o las inquietudes que resultan de esa violación, la víctima tiene el derecho de obtener la afirmación del mismo y la sentencia condenatoria, aun cuando sólo sea por las costas del juicio a título de daños y perjuicios, y aún, ya que las costas no comprenden todos los gastos irrogados, una suma que cubra la totalidad de estos. Es de general conveniencia que todo el mundo pueda participar de este modo a la defensa del orden jurídico concurriendo a la lucha por el derecho, según la expresión de Ihering".*¹⁵⁶

Federico Arregui, siguiendo la postura de Mariño y Venturini, introduce un argumento de corte neo-constitucionalista: *"Por lo demás, en la debida aplicación armónica de las normas de fuente constitucional, internacional (Pacto de San José de Costa Rica) y principios que informan nuestro derecho, es reparable todo daño padecido por la persona siendo ajena la entidad del mismo como concepto a tener en cuenta. El Prof. Mariño acota "Dichas reglas surgen de un conjunto de disposiciones normativas que fueron referidas antes, como los art. 7, 72, 332 de la Constitución y los artículos 1319, 1323, 1342, 1345, entre otros, del Código Civil, y con respecto a ellas se encuentra de acuerdo la totalidad de la doctrina y de la jurisprudencia." La negativa a resarcir el daño extrapatrimonial de escasa entidad tiene como consecuencia directa que, toda aquella persona que sufre un perjuicio de tal naturaleza, que ve afectado su derecho a que todos los daños padecidos por él, a causa de un hecho ilícito atribuible a otra persona, sean reparados en su totalidad." (Y agrega más adelante resulta violatorio del art. 8 de la Constitución y el derecho de igualdad de las personas (67))."Por un lado, la víctima no es reparada, por el otro, el victimario es exonerado de responsabilidad. Según esta posición jurisprudencial los justiciables deben resignarse a que los daños*

¹⁵⁵ Arregui Mondada, Federico: *"El daño moral"* El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016)

¹⁵⁶ Gil Barragán: *"Elementos del daño moral"* (2008c, p. 67)

*extrapatrimoniales de escasa entidad no tengan reparación. Es una postura contraria a derecho, y como tal, absolutamente injusta. El monto bajo a fijar no debe amilanar al juez. Si el daño moral existe, entonces lo debe indemnizar. Si la entidad del perjuicio extrapatrimonial determina una indemnización de bajo monto, entonces, el sujeto responsable debe abonar esta, y la víctima quedará reparada respecto del daño padecido."*¹⁵⁷

Como puede verse, en el centro de este debate está la preeminencia que debe otorgarse al principio de reparación integral del daño en contraposición con un principio de razonabilidad de escaso desarrollo teórico. Nuestra jurisprudencia, básicamente en materia aquiliana es mayoritaria en entender que debe existir un daño mínimo para aceptar su indemnizabilidad. Esto es objeto de críticas por parte de Venturini y Mariño tal como ha sido analizado previamente.¹⁵⁸

c. Posición de la jurisprudencia.

Nuestra jurisprudencia aclara ante los reiterados pedidos de indemnización del daño moral ocasionado por la parte incumplidora que siempre un incumplimiento contractual supone molestias, perturbaciones, pero ello no apareja, de regla, un daño moral resarcible.

Es reiterada la cita a la sentencia de Malherbe del año 1979¹⁵⁹ la cual concluye que el simple incumplimiento contractual no hace presumir daño moral. Berdaguer cita como ejemplo un fragmento de la sentencia del TAC 2° del 15/2/2012 (red. Franca) que dice: "*Respecto del daño moral la Sala mantendrá su jurisprudencia que entiende que: "las molestias y disgustos que pueda haber sufrido la actora carecen de entidad suficiente para configurar un verdadero daño moral...se requiere de gran sufrimiento, un dolor intenso, situaciones afectivas muy profundas, no toda perturbación espiritual, no todo dolor ni cualquier efecto penoso son daño moral para nuestros jueces..."*¹⁶⁰ Este fragmento de sentencia es reiterado en las sentencias de la mayoría de los tribunales de apelaciones.

d. Particularidades del derecho contractual.

El tema de la entidad del daño como requisito para constituir un daño moral resarcible, adquiere particular relevancia cuando entramos en la órbita del daño moral contractual. En efecto, todo incumplimiento de contrato implica un disgusto para la parte que no recibió su prestación conforme a lo acordado.

¹⁵⁷ Arregui Mondada, Federico: "*El daño moral*". El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016)

¹⁵⁸ (Arregui, 2016) *obra citada ut supra*

¹⁵⁹ ADCU, T. X, c. 235.

¹⁶⁰ Berdaguer, Jaime. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo V. p. 349.(2018)

Pero el tema está en establecer cuándo estamos ante un incumplimiento que provoque un daño moral en la contraparte. Disgusto existe siempre, pero sin duda este es parte de los riesgos que uno asume al celebrar un contrato. Esto tiene una fuerte relación con el siguiente punto del trabajo.

Ahora, los argumentos esgrimidos precedentemente están pensados principalmente para la responsabilidad aquiliana, y más allá del debate acerca de si existe una sola clase de responsabilidad o dos, lo cierto es que, tal como mencioné en capítulo anterior, la responsabilidad contractual presenta una serie de diferencias respecto a la aquiliana que en este punto adquieren particular importancia.

En efecto, la responsabilidad aquiliana está basada en la obligación genérica de no dañar a otro (art 1319), sin embargo, la responsabilidad contractual nace a partir de una convención en la cual ambas partes asumen derechos y obligaciones esperando una mutua satisfacción de sus pretensiones. Pero en toda convención se encuentran implícitos riesgos, tanto en relación con la ventaja o provecho de un negocio, como en relación con el cumplimiento de la contraparte, y siempre existen pequeños incumplimientos de ambas partes, sin embargo, esto no puede ser objeto de análisis judicial, ya que de lo contrario toda convención terminaría bajo la égida del análisis jurisdiccional, lo que no sería posible de administrar. El incumplimiento, así como el daño, debe ser de cierta entidad para ser objeto de indemnización.

Ahora, se debe hacer una salvedad en relación con la entidad del incumplimiento. Este nunca queda ausente de consecuencias. La entidad del incumplimiento puede llevar a que la consecuencia no necesariamente sea la resolución, sino otras previstas como reparación de los perjuicios sufridos, la reducción de la contraprestación, la ejecución forzada por equivalente o la constitución de garantías.¹⁶¹

Sin embargo, existen casos en los cuales el mero incumplimiento puede ocasionar una situación de fuerte aflicción en una de las partes. Esto sucede cuando el carácter asociativo del contrato y la confianza están en la base del instrumento.

Así cuando alguien celebra un contrato con una persona muy cercana, el aspecto afectivo entra en íntimo contacto con lo afectivo por lo que un incumplimiento por parte de una de las partes puede ocasionar una enorme aflicción a la otra, muy superior que la habitual.

A nivel jurisprudencial es clara la preeminencia de la postura de Gamarra, Feliú y Mosset Iturraspe. Ahora, más allá de los argumentos que podemos encontrar en uno u otro sentido, el tema está relacionado con otro tema que no es objeto de este trabajo y esto es la

¹⁶¹ Gamarra, Jorge. ADCU. (tomo XVII n.d., p. 168)

relación entre ética y derecho. Desde que uno comienza con el análisis del derecho aprendemos la relación conflictiva entre ambas nociones y como la ética siempre abarca aspectos de la vida que no están regulados por el derecho. El derecho no puede, y no debe, regular todos los aspectos de la vida de un ciudadano. Aquellos que no regula el derecho, perfectamente pueden ser gobernado por la ética, la que sin duda depende del momento histórico, la sociedad y sus circunstancias, y en algunos casos pueden incluso entrar en contradicción. Un ejemplo es el instituto de la prescripción.

Una deuda tiene un componente jurídico y un componente ético, pero el derecho se ocupa únicamente del primero, de lo contrario no existirían institutos como la prescripción.

En materia de responsabilidad extracontractual es más fácil encontrar este límite. La postura defendida por Mariño y Venturini podría llevarnos a límites insospechados. Ej, ¿puedo demandar a alguien porque su perro no me dejó dormir de noche? ¿O porque su auto sonó la alarma sin razón? ¿O porque deja la ropa a secar en el frente y no en la azotea como debería?

Claramente no todo hecho que provoque un disgusto es susceptible de ser sometida a un proceso judicial. Las mismas deben ser objeto de alguna otra forma de regulación específica o mediación, más eficiente y no tan costosa.

Por otro lado, en materia de responsabilidad contractual el asunto presenta algunas características particulares para el análisis. En primer lugar, el instituto del contrato es un instituto jurídico que cumple objetivos fundamentalmente económicos (crecimiento de la producción, aumento del empleo, etc) además de otros objetivos de carácter social (satisfacción de necesidades personales y familiares), a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde existe un fuerte componente ético de la regulación jurídica. El alcance acerca de su cumplimiento debe necesariamente estar en relación con los objetivos que plantea el propio instituto. En segundo lugar, un contrato implica un acto de voluntad, y por tanto la asunción de riesgos. Este concepto está implícito en la celebración de un contrato.

Es unánime en doctrina y en jurisprudencia que no cualquier incumplimiento es susceptible de provocar la rescisión de un contrato. Ahora, si existe un criterio en relación a la entidad del incumplimiento para considerar una causal de rescisión, ya podemos encontrar un primer límite a la resarcibilidad del daño ocasionado. En otras palabras, si el incumplimiento que ocasiona un daño no es susceptible de provocar la rescisión del contrato, tampoco será susceptible de ocasionar la reparación del daño ocasionado (sin perjuicios de la existencia de vicios ocultos que cuentan con otra regulación). El conflicto no ingresará a la esfera del derecho, quedando exclusivamente en el ámbito de la ética y/o la confianza entre personas o comerciantes para el caso de corresponder.

Son múltiples las referencias al tema que podemos encontrar en nuestra jurisprudencia. Como ejemplo podemos mencionar: *“En cuanto al daño moral, el Tribunal considera que es indudable no opera “in re ipsa” en la especie, sobre todo porque quien reclama no habita en la vivienda (del Tribunal No. 28/15). Requiere concreta prueba de la existencia de una turbación o mortificación espiritual, dolor intenso o angustia de fuste incuestionable que en la especie no puede reputarse probada pues ni siquiera los testigos dan cuenta de ello; por el contrario, requiere prueba plena y suficiente que no fue rendida de manera alguna por quien tenía la carga de ello. Véase que la preocupación que da el agravio no pasa de una mera zozobra, molestia, perturbación menor o disgusto que, sabido es, no resulta indemnizable, pues se requiere un gran sufrimiento, un dolor intenso, situaciones aflictivas muy profundas pues no toda turbación espiritual puede conceptuarse técnicamente como daño moral (más ampliamente y en actual integración, del Tribunal Nos. 137/11, 16/12, 5-63/14, 5-159/15 y 23/17, entre muchas otras; GAMARRA, Trat..., t. XXV p. 84; en similar sentido sentencias de la Sala Nos. 164/94 en ADCU XXV p. 87 c. 235, 199/97 en tomo XXVIII p. 80 c. 168, y No. 18/97 del TAC 7° en tomo XXVIII p. 82 c. 175). A su vez, que “Las molestias y disgustos que pueda haber sufrido la actora carecen de entidad suficiente para configurar un verdadero daño moral. Así ha dicho la Sala desde larga data en términos ‘que la actual integración revalida que como dice Gamarra citando sentencia de esta Sala en anterior integración, la importancia del daño moral es considerada como requisito esencial para la procedencia de la acción indemnizatoria y así se requiere que el infortunio cuya reparación se reclama tenga cierta entidad: los disgustos... no habilitan para ejercer la pretensión reparatoria. El fundamento de este criterio que es acompañado por la doctrina, puede leerse en un fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno: ‘si el daño carece de cierta entidad, su propia existencia se hace dudosa...’ (GAMARRA, op. cit., t. XIX, p.268/269; ADCU XXII, c. 293 y 294, p. 90). En síntesis, la procedencia del daño moral será rechazada y por ende, confirmada la recurrida en el punto”.*¹⁶²

Por tanto, la existencia de un riesgo implícito en los negocios no es un criterio razonable para negar una reparación siendo que tampoco es invocado en la responsabilidad aquiliana.

En conclusión, tanto la postura amplia como la restrictiva cuentan con importantes adeptos en nuestro país, siendo la primera particularmente dominante en jurisprudencia. Por otro lado, el debate está originalmente planteado para el ámbito de

¹⁶² Sentencia 192/2018 del TAC2° <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

la responsabilidad aquiliana, pero, al plantearse el debate en materia contractual, existen mayores argumentos de peso para sostener la limitación de la indemnizabilidad del daño en caso de daños o incumplimientos de baja entidad ya que el riesgo de incumplimiento de la obligación es una variante siempre presente entre las partes.

11. La Previsibilidad del daño.

a. La previsibilidad del daño como límite legal del daño resarcible en caso de incumplimiento culposo.

i. Origen de la norma.

b. La previsibilidad del daño moral como elementos limitantes del daño resarcible surgido de un incumplimiento contractual.

c. La previsibilidad como límite en las relaciones de consumo.

d. La previsibilidad y las obligaciones de medios y de resultado. Posición de Beatriz Venturini.

a. La previsibilidad del daño como límite legal del daño resarcible en caso de incumplimiento culposo.

La previsibilidad como límite legal al daño resarcible adquiere particular importancia en este tema ya que para que pueda ser reparado el daño extrapatrimonial ocasionado, este daño tuvo que haber podido ser previsto por las partes al momento de la celebración del contrato. A su vez, la previsibilidad del daño no patrimonial suele estar cargada de enormes subjetividades, por lo que requiere de análisis particulares para evitar discrecionalidades innecesarias y falta de seguridad jurídica.

La previsibilidad es uno de los pocos elementos diferenciales entre las dos ramas clásicas de la responsabilidad civil (aquiliana y contractual) y del elemento subjetivo de la parte que provoca un daño, ya que el mismo únicamente adquiere relevancia cuando el daño es culposo.

La regla prevista en el art. 1346 del CC dice que cuando estamos ante un incumplimiento contractual que provoca un daño y este incumplimiento no es doloso, no corresponderá indemnizar los daños que no fueren previsibles al momento de la celebración del contrato.

Origen de la norma.

Esta regla es universalmente aceptada en todo el derecho de origen latino e incluso anglosajón, viendo esta tradición ya desde el Código de Napoleón.

Según la Prof. Carmen Domínguez, la idea de buscar un límite a la indemnización de los daños comenzó con Justiniano quien estableció un límite de no más allá del doble del valor de la cosa. Posteriormente, Dumoulin, fue quien estableció el principio que en caso de incumplimiento el daño que éste ocasiona nunca puede exceder el monto de la pérdida de la cosa en la previsión de las partes. Este concepto pasa a Domat quien por primera vez introduce el criterio de la gravedad de la culpa, para luego pasar a Pothier y el Código de Napoleón.¹⁶³

A nivel de derecho comparado esta norma ha tenido algunos cambios, por más que la misma sigue siendo aceptada y utilizada por los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, la normativa europea (ver capítulo sobre derecho comparado) extiende la obligación de indemnizar los daños no previsible también en caso de culpa grave (cuando nuestro derecho civil lo limita al caso de dolo), art. 4503; por otro lado, el nuevo Código Civil de Argentina, limita la aplicación únicamente a los daños previsible al momento del incumplimiento en caso de dolo, pero no los extiende a todos los daños ocasionados.¹⁶⁴ La previsibilidad como límite del daño indemnizable también está presente en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercadería (art. 74) y los principios UNIDROIT (art. 4.4).

En el derecho anglosajón también está presente la misma regla a partir del caso “*Hadley vs. Baxendale*” donde se estableció que se deben distinguir entre aquellas circunstancias que se puede presumir conocidas conforme al curso ordinario de las cosas, y las que son excepcionales o particulares del caso que deben ser comunicadas, cuyo conocimiento no puede presumirse. Las primeras deben resarcirse, no así las segundas.¹⁶⁵ Haré referencias a este criterio al estudiar este punto en particular.

Ahora, surge preguntarse, ¿cuál es la razón de esta norma? ¿Por qué razón se establece un límite a la indemnización del daño diferente para la responsabilidad contractual en relación con la extracontractual?

En primer lugar la razón se debe al principio de respeto a la voluntad de las partes.¹⁶⁶

¹⁶³ Domínguez Hidalgo, Carmen: “*La previsibilidad contractual como límite al pleno resarcimiento del daño: Estado actual*”. Tratado jurisprudencial y doctrinario. (2015, p. 973)

¹⁶⁴ Art. 1728: *Previsibilidad Contractual: En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.*

¹⁶⁵ Lorenzetti, Ricardo: “Fundamentos de derecho privado”. (2016, p. 386)

¹⁶⁶ Carmen Hidalgo citando a Larombiere “*Theorie et pratique des obligations*” 1862, p.229 en “*La previsibilidad contractual como límite al pleno resarcimiento del daño: estado actual*”. (2015, p. 974)

Según Lorenzetti, “*La regla del límite de la reparación de los daños en el incumplimiento culposo se relaciona con la asignación eficiente y razonable del riesgo, y tiene un fuerte impacto en los precios del mercado*”.¹⁶⁷

El objetivo de la regla que fija el límite del resarcimiento en la previsibilidad de los daños es establecer incentivos eficientes para la contratación y de esta manera poder dar la seguridad jurídica necesaria que permita bajar los precios al mínimo de los costos.

En términos generales las partes en un contrato fijan los precios según los costos que tengan y los riesgos del negocio que celebran (riesgo de incumplimiento, de insolvencia, etc). Un aumento de los riesgos repercute directamente en el precio fijado, por lo que la ley buscó limitar lo más posible los riesgos indeterminados, especialmente aquellos ocasionados en la falta de información. Bajar los riesgos permite bajar los precios y por tanto se beneficia a la sociedad.

Esta regla busca incentivar que las partes transmitan a la otra la mayor cantidad de información posible, de forma tal de disminuir el riesgo y por tanto el precio. Según Posner, esto tiende a inducir a la parte con conocimiento del riesgo de pérdida, a tomar medidas precautorias o a informar de ese riesgo a la otra parte.¹⁶⁸

Esta regla busca incentivar que las partes brinden información sobre los riesgos así como también los requieran. De no existir la misma las partes no tendrán mayores incentivos para requerir información ya que estarán bajo el supuesto que los daños le serán reparados de cualquier manera. A su vez, se entiende que si el resarcimiento es total no existe incentivo eficiente para evitar el incumplimiento, por lo que es razonable que solo se reparen los daños de expectativa.¹⁶⁹

Finalmente, siguiendo el razonamiento de Lorenzetti, la regla de la previsibilidad del daño resarcible es perfectamente coherente con el principio de buena fe de los contratos ya que

¹⁶⁷ Lorenzetti, Ricardo: “Fundamentos de derecho privado”.(2016, p. 388)

¹⁶⁸ Citado por Ricardo Lorenzetti en su obra “*Fundamentos de Derecho Privado*”. (2016, p. 388)

¹⁶⁹ “*En la búsqueda del punto óptimo de confianza eficiente se ha señalado que la confianza previsible del receptor de la promesa es igual a la cantidad que el promitente podría esperar bajo esas circunstancias; la confianza imprevisible del receptor de la promesa supera la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente bajo esas circunstancias. Por lo tanto, debe censurarse la confianza excesiva, y no compensarse, que es lo que hace el fallo “HADLEY VS BAXENDALE”. En relación con el resarcimiento, si es total no hay incentivo para evitarlos; por ello se sostiene que debe repararse limitadamente. El límite es reparar los daños de expectativas, porque proveen incentivos para la precaución eficiente del promitente contra el incumplimiento, mientras que los daños del costo de oportunidad y los daños a la confianza proveen incentivos deficientes. El mantenimiento de la ecuación lograda por las partes; si no se mantiene lo acordado al momento de contratar y el deudor es responsable de riesgos no previstos, evidentemente se desbarata la ecuación de precios fijada, con lo cual los futuros contratantes no seguirán este camino. Por esta razón, un apartamiento de esta regla, fijando una reparación integral más allá de lo previsible, puede afectar el funcionamiento de los contratos.. (R. L. Lorenzetti, 2016, p. 389) obra citada ut supra.*

las partes deben informarse de los riesgos que asumen, por lo que más allá del fundamento económico, debe ser tomado como un derivado este principio tan importante en la actualidad.

En conclusión, nuestro derecho moderno, tanto nacional como internacional, es conteste en que únicamente deben repararse los daños de expectativa (daños previstos al momento de la celebración del contrato) de manera de que las partes cuenten con incentivos suficientes para brindar toda la información necesaria a la contraparte, y así disminuir riesgos innecesarios.

b. La previsibilidad del daño moral como elementos limitantes del daño resarcible surgido de un incumplimiento contractual.

La previsibilidad del perjuicio se encuentra prevista en el art. 1346 del Código Civil y 223 del Código de Comercio. La Prof. Domínguez analiza este elemento con particular interés en relación al daño extrapatrimonial del origen contractual.¹⁷⁰ Para esta autora la previsibilidad del daño en el ámbito contractual resulta fundamental para todo tipo de perjuicio, pero muy especialmente para el extrapatrimonial. Carmen Domínguez nos dice que: *"El ordenamiento jurídico impone además una importante excepción a los parámetros puramente resarcitorios, en el ámbito contractual, desde allí que la extensión del deber de indemnizar está legalmente conectada a la gravedad de la conducta desplegada por el responsable, según resulta del art. 1558 CC¹⁷¹. Éste es un aspecto vital a considerar cuando del daño extrapatrimonial, admitido en esa sede hoy en Chile, se trata, pues implica que el principio de reparación integral es allí solo admitido cuando el incumplimiento es doloso y, por lo mismo, es parcialmente aceptado."*¹⁷²

En nuestro país, también Gamarra comparte esta visión.¹⁷³

¹⁷⁰ "Esta diferencia, que tiene un origen histórico más clásico de la familia romano-germánica, como se ha resaltado Justiniano, luego Dumoulin, Domat y Pothier y de ahí al Código Civil Francés-, ha sido considerada como la más importante, atendidas las numerosas consecuencias que su reconocimiento importa. Así, la exigencia de previsibilidad en los daños introduce una diferencia fundamental entre ambas responsabilidades, pues la aquiliana será generalmente más extensa que la contractual. A ello se suma que el principio de reparación integral de los perjuicios, parámetro básico en la determinación de los daños resarcibles, recibe una importante restricción en materia contractual. Por último, la distinción determina que la indemnización no se fija siempre en relación con la importancia del daño como lo impone la función resarcitoria asignada a la responsabilidad sino que, en materia contractual, dependerá de la gravedad de la culpa. Domínguez Hidalgo, Carmen: "La reparación del daño moral derivada del contrato". (n.d.-b, p. 239)

¹⁷¹ nuestro equivalente al 1346

¹⁷² Domínguez Hidalgo, Carmen: "El daño moral en el derecho chileno: panorama general" (2004a, p. 699)

¹⁷³ "Una primera regla, que atañe a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio, establece que es daño resarcible (o daño en sentido jurídico) aquel que es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. A este límite, netamente objetivo, se superpone un segundo criterio, esta vez subjetivo, basado en la previsibilidad del daño; sólo

En efecto, tal como vimos en la parte general dedicada a la regla de la previsibilidad en los contratos, la misma tiene por objetivo evitar que se asuman riesgos de difícil cuantificación y fomentar que las partes intercambien información entre ellas. Esta regla siempre es residual a la potestad de cuantificar los años previamente o establecer cláusulas penales.

El tema está en determinar si estamos ante un contrato cuyo objeto es una prestación extrapatrimonial o no y si este objeto o prestación extrapatrimonial surge explícita o implícitamente del acuerdo de partes. En efecto, muchas veces surge de los propios términos del contrato que existe un objeto no patrimonial en el contrato por lo que su incumplimiento afectará el mismo y por tanto deberá ser indemnizado. En estos casos se cumple perfectamente con la regla de previsibilidad del daño. Pero otras veces esto no surge claramente de los términos del contrato, especialmente cuando el origen de la extrapatrimonialidad de la prestación está en el interés del acreedor, más que en la prestación en sí. En estos casos se vuelve esencial el rol del juez para interpretar el real sentido de la convención.

Ya vimos que un objeto material puede contener un valor patrimonial y uno extrapatrimonial. Sin embargo, la existencia de un valor de afección sobre una cosa material no puede nunca ser objeto de presunción por parte de la contraparte, salvo que surja del propio contenido de la prestación. Así, si alguien acepta en cuidado joyas, y las mismas se pierden, naturalmente deberán indemnizar el valor de las joyas, salvo que se le hubiese comunicado previamente a la celebración del contrato que las mismas contenían un fuerte valor de afección por parte de su titular en virtud de haber pertenecido a su familia por generaciones. Quien recibe el objeto a su cuidado debe poder evaluar los riesgos y costos (eventualmente contratar un seguro) a efectos de fijar el precio del servicio que ofrece.

Por tanto, el carácter extrapatrimonial de la prestación debe de haberse podido prever o debe de haberse previsto efectivamente (ej: mediante la comunicación de una de las partes) al momento de la celebración del contrato.

En algunos contratos, este carácter no patrimonial de la prestación surgirá de manera evidente y obvia de la propia prestación (ej: servicios médicos, fúnebres, casamientos) y en otros requerirán una comunicación expresa por parte del acreedor del servicio (ej: contratos

se indemniza el daño que el deudor pudo prever al tiempo del contrato, excepto cuando el incumplimiento fue voluntario, intencional (vale decir: doloso), en cuyo caso este límite no rige y el deudor debe resarcir todos los perjuicios directos e inmediatos, fueran o no previsibles.”(TDCU Tomo XVIII Gamarra, n.d., p. 18) Luego del acoso a que lo somete la doctrina, el art. 1346 queda reducido al puro esqueleto de la relación de causalidad; se impone al deudor reparar todo daño que sea consecuencia o efecto (necesario, normal, regular) del incumplimiento de la obligación.(TDCU Tomo XVIII Gamarra, n.d., p. 21)

relativos a objetos emocionales o con valor de afección). En otros casos el carácter extrapatrimonial puede surgir de manera evidente para una de las partes y requerir ser comunicada para la otra: piénsese un contrato de arrendamiento con destino a casa habitación; el arrendatario obviamente que no puede ser privado de la misma, no así el arrendador quien puede contar con otras viviendas, salvo que comunique que es su única vivienda y que se encuentra dando en arriendo por alguna circunstancia especial (ej, traslado momentáneo a otra localidad) y por tanto resulta vital que le sea devuelta en plazo.

Por tanto, podemos decir que la previsibilidad como fuente de conocimiento de los daños potenciales puede surgir de dos tipos: objetivo, cuando surge evidente de la propia prestación (ej: contratos de salud); subjetivo (interés del acreedor), cuando los mismos fueron oportunamente comunicados al deudor, de manera que este haya podido preverlos dentro de su esquema de riesgos a asumir.¹⁷⁴

En Chile, en un caso de arrendamiento de un estacionamiento que derivó en la pérdida del automóvil por culpa grave, la Suprema Corte sentenció el pago de daños morales, pero con discordia¹⁷⁵.

¹⁷⁴ García López: "Responsabilidad Civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia." (1990, p. 315)

¹⁷⁵ Rutherford: "La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española (2013). Por su parte, en sentencia del 1° de Octubre del 2012 el voto minoritario se ocupa de desarrollar latamente la problemática a la que nos enfrentamos y esgrime al efecto: "Que 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" . (Considerando Segundo). Añaden los disidentes: " En este contexto, la previsibilidad del daño podrá provenir de la propia naturaleza de la obligación contraída, si ella está directamente vinculada con intereses extrapecuniarios, o de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, si estas conducen natural y razonablemente a suponer que el incumplimiento contractual acarreará consecuencias de orden extrapatrimonial " (Considerando Cuarto). Para razonar como corolario en el fundamento Séptimo que: "**... el contratante incumplidor debe indemnizar el daño moral cuando ha estado en situación de preverlo al tiempo del contrato, atendiendo a criterios objetivos, sea en razón del contenido de la convención, de la naturaleza de las obligaciones contraídas conforme a la buena fe, o en atención a los riesgos que normalmente pueden derivar del incumplimiento.** El voto disidente finalmente concluye que en la situación particular que analiza no concurren los criterios aludidos, argumentando que tratándose "...de un contrato de carácter preponderantemente económico, como es el arrendamiento de un estacionamiento, en que la inobservancia de la obligación de custodia de un automóvil asumida por el arrendador, si bien lo obliga a resarcir todos los perjuicios materiales que de su falta de diligencia hayan derivado, no lo fuerza a responder de situaciones ajenas al contenido del contrato y que no pudo razonablemente prever, como el cuantioso menoscabo moral que al actor reclama a causa de « molestias laborales y de tiempo invertidas en la solución del problema», circunstancias que, al margen de toda otra consideración, tampoco responden al concepto de daño moral elaborado por la doctrina y la jurisprudencia". .Rutherford: "La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española (2013)

En esta discordia se deja claro algunos criterios para aceptar el daño extrapatrimonial en caso de incumplimiento contractual es que: *“el contratante incumplidor debe indemnizar el daño moral cuando ha estado en situación de preverlo al tiempo del contrato, atendiendo a criterios objetivos, sea en razón del contenido de la convención, de la naturaleza de las obligaciones contraídas conforme a la buena fe, o en atención a los riesgos que normalmente pueden derivar del incumplimiento.”*¹⁷⁶

En conclusión, el límite de la previsibilidad previsto para la indemnización del daño adquiere particular importancia respecto al daño extrapatrimonial ya que debe haberse podido prever la presencia de elementos extrapatrimoniales en la prestación objeto del contrato.

c. La previsibilidad como límite en las relaciones de consumo.

Esta regla que limita el daño resarcible y que es tan importante para cierta doctrina no se encuentra prevista en nuestra ley de relaciones de consumo. El art. 36 de la ley 17250 dice que: *“El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito e incluyen el daño patrimonial y extrapatrimonial”*.

Nada dice en relación con el daño previsible y en tanto estamos ante normas de orden público, entiendo que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de parte, aunque el proveedor, podría obligar al consumidor a que informe la existencia de intereses no patrimoniales sobre las cosas objeto de un contrato, bajo pena de no cubrirlos. A mi juicio, sería perfectamente razonable y conforme al principio de buena fe, pero no podría eximirse de indemnizar los mismos si fueron efectivamente denunciados y el proveedor aceptó el contrato.

A mi juicio esta norma tiene su sentido en cuanto la previsibilidad es un elemento típico de la negociación de un contrato, ya que busca el intercambio de información entre partes. Sin embargo, en los contratos de consumo casi son inexistentes las negociaciones previas, por lo que una regla de estas características pierde sentido. En el nuevo Código Argentino existe una regulación similar ya que el límite de la previsibilidad únicamente es de aplicación en los denominados contratos paritarios, no así en los de consumo.

Esta referencia a la norma de defensa del consumidor es de vital importancia ya que la mayoría de los casos analizados son relaciones de consumo, por lo que no sería de aplicación el límite de la previsibilidad del daño.

¹⁷⁶ Rutherford: *“La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española (2013)”*

d. La previsibilidad y las obligaciones de medios y de resultado. Posición de Beatriz Venturini.

Ver capítulo sobre obligaciones de medios y de resultado (punto 8 e).

12. Carácter residual del daño moral indemnizable: no debe existir acuerdo de parte sobre los daños del incumplimiento.

En múltiples ocasiones las partes previamente acordaron cual es el valor del incumplimiento, sea mediante el mecanismo de la liquidación convencional de daños (1347 del CC), del establecimiento de una pena (1363 y 1367 del CC) o ambos mecanismos actuando conjuntamente. Esta característica es un derivado directo del Principio de Autonomía de la Voluntad, tal como oportunamente fue mencionado.

Por más que en los fundamentos para aceptar o rechazar una pretensión de indemnización por daño moral o extrapatrimonial siempre está presente la autonomía conceptual del daño a indemnizar con relación específico daño contractual, hasta el momento no he encontrado sentencia en la cual se condene a indemnizar daño moral cuando las partes acordaron algún mecanismo específico para calcular el daño por incumplimiento, lo que a mi juicio es coherente con el texto legal mencionado.

Esta situación de hecho le da un carácter subsidiario o residual al daño moral por sobre los restantes mecanismos indemnizatorios. El art. 1347 del CC establece que: "*Cuando en la convención se hubiere establecido que, si ella no se cumpliere, se pagará cierta suma por vía de daños y perjuicios, no puede darse en su lugar una cantidad ni mayor ni menor*". A mi juicio, esta previsión es abarcativa del daño moral.

Incluso cuando se fijan multas el 1367 establece que *la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que se irrogan al acreedor*". Por tanto, habiéndose pactado una cifra por daño o una cláusula penal, no corresponderá reclamar el daño extrapatrimonial ocasionado, salvo que se estableciera expresamente algo distinto.

El debate que podría plantearse está en la naturaleza de esta prestación con contenido extrapatrimonial que pasaría a adquirir un "precio determinado". Esto a mi juicio es perfectamente válido ya que las propias normas del código así lo avalan.

Ahora, debemos recordar que la cláusula penal no actúa a modo de contraprestación, sino como accesoria y subordinada a la obligación principal, por lo que para los defensores de la patrimonialidad de la prestación, no sería válido garantizar una prestación extrapatrimonial

con una cláusula penal¹⁷⁷. A su vez la cláusula penal tiene una función liquidadora de daños (1367) y nuestro código civil refiere a la “compensación”, por lo que perfectamente podría otorgarle una función compensatoria o satisfactiva a la a cláusula penal cuando está garantizando una prestación con contenido extrapatrimonial.

En conclusión, la indemnización del daño extrapatrimonial siempre es residual al acuerdo que las partes puedan haber alcanzado ya sea sobre la determinación del daño o la existencia de una cláusula penal sin reserva de daños. Existiendo acuerdo de partes sobre el monto del daño a liquidar o habiendo cláusula penal sin reserva de los daños, no corresponderá debatir judicialmente el monto de la liquidación, sólo la existencia de incumplimiento (en caso de cláusula penal) y la existencia de daño (en el caso de liquidación anticipada).

13. El daño moral en el cumplimiento defectuoso, parcial, tardío, con vicios ocultos o Abuso de derecho

- a. Concepto general.**
- b. Cumplimiento defectuoso y/o vicios ocultos.**
- c. Abuso de Derecho: Diferencia entre contratos de ejecución continuada e instantánea.**
- d. Daños morales moratorios.**
 - a. Concepto General.**

La responsabilidad civil derivada de un contrato no se produce únicamente a consecuencia de un incumplimiento de la prestación, también sucede cuando la prestación debido es realizada de manera defectuosa, parcial, tardía o se encuentra viciada por defectos no conocidos por el acreedor al momento de recibirla.

Esto puede dar lugar a la reparación de daño extrapatrimonial en razón del daño ocasionado por un incumplimiento, con independencia de si el contrato contenía elementos extrapatrimoniales o no.

Esto hace que la responsabilidad pueda generarse aun cuando la prestación era clara y exclusivamente patrimonial, e incluso cuando el interés del acreedor era también exclusivamente patrimonial, siempre que el daño ocasionado sea extrapatrimonial.

Piénsese en el caso de una persona que adquiere un auto con un vicio de fabricación que le provoca la muerte a raíz de un accidente. Tanto la prestación como el interés del acreedor

¹⁷⁷ García López: “Responsabilidad Civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.” (1990, p. 296)

eran exclusivamente patrimoniales, sin embargo el daño extrapatrimonial superará en mucho el daño patrimonial ocasionado.

La indemnización de daños y perjuicios presenta dos facetas:

- 1) La primera busca sustituir el valor de la prestación no cumplida pero no satisface el interés del acreedor, pues éste recae justamente en la prestación incumplida y que ahora se sustituye.
- 2) Sirve para indemnizar los daños que sobre bienes o intereses produjo el incumplimiento de la prestación.

Este segundo punto es el que nos interesa en este capítulo ya que la relevancia está puesta en el daño como elemento de la responsabilidad. En efecto, cuando no encontremos elementos extrapatrimoniales ni en la prestación ni en el interés del acreedor, igualmente podría corresponder indemnizar daños morales cuando el incumplimiento produjo daños extrapatrimoniales que podrían haber sido previstos por parte del deudor.

En este punto adquiere notoria relevancia el elemento de la previsibilidad. Este límite puesto por el legislador resulta de importancia para darle seguridad a los empresarios tal como fue analizado en el capítulo respectivo.

Esto puede producirse a partir de la existencia de un cumplimiento defectuoso, parcial o vicio oculto en tanto sean el nexo causal directo con daños ocasionados que eran previsibles para el vendedor del producto o servicio.

b. Cumplimiento defectuoso y/o vicios ocultos.

Por otro lado, está la posibilidad de que un incumplimiento defectuoso pueda ser susceptible de ser indemnizado con daño moral, a pesar de no haber causado daño alguno. Solamente el haber recibido un producto en condiciones distintas a las pactadas y abonadas.

A continuación, un caso de Inglaterra en el que un cumplimiento defectuoso no ameritaba la indemnización de daños patrimoniales, pero sí de daños morales.

“Aunque el contrato especificaba que la piscina tendría una profundidad de 7 pies, Ruxley construyó una piscina de 6 pies de profundidad. Esta diferencia no suponía ninguna alteración en el valor de mercado de la piscina, ni generaba riesgos adicionales. La House of Lords consideró improcedente indemnizar el coste de reformar la piscina, porque la diferencia de profundidad no tenía entidad suficiente como para justificarla. Sin embargo, en la medida en que el deudor había cumplido de forma defectuosa y quedó acreditado que el demandante se habría sentido más a gusto si la profundidad hubiese sido mayor, concedió una indemnización por daños morales. Al comentar la sentencia, la doctrina inglesa considera dudoso que la prestación principal del contrato consistiera exclusivamente en proporcionar

*bienestar al demandante. Sin embargo, en la medida en que el contrato también conllevaba la satisfacción de ese interés inmaterial “si la fracción contractual impide la consecución de aquel beneficio, debería admitirse la indemnización”.*¹⁷⁸

En nuestro país existe una regulación especial y particular para este tipo de casos que es lo previsto en el art. 1718 con la solución del 1720 del Código Civil, pudiendo pedir rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos. La solución es claramente distinta a la del derecho anglosajón, no siendo de recibo reclamar daños extrapatrimoniales por el cumplimiento defectuoso o por vicios ocultos sin que estos generen daños cuantificables.

En caso que estos vicios o defectos efectivamente produzcan algún daño, estos serán susceptibles de indemnización en caso de cumplir con las condiciones previstas en el art. 1346 del Código Civil o 32 y siguientes de la ley 17250, salvo la posición de Venturini que diferencia entre obligaciones de medios y resultado, haciendo aplicable el elemento de la previsibilidad únicamente a las primeras y descartándolo para las segundas, posición que no comparto según lo expresé en capítulo respectivo. Nuestra normativa sobre consumidor no prevé los procedimientos del 1728 del Código para cumplimiento defectuoso, pero entiendo que podría aplicarse por remisión de norma análoga.

Al decir de Solé Feliú en España: *“Finalmente, también tiene cabida en el marco del Art. 1107 CC la indemnización del daño moral contractual cuando éste deriva de la infracción de los llamados **deberes secundarios o de prestaciones accesorias incorporados al contrato**, bien por efecto de la voluntad de las partes, o bien como consecuencia del efecto integrador de los usos y la buena fe conforme al Art. 1258 CC. Aunque estas prestaciones y deberes secundarios operan en una órbita más distante de la prestación principal, no es extraño que su lesión provoque perjuicios inmateriales a una de las partes, que puedan considerarse consecuencia necesaria del incumplimiento y fuesen previsibles en el momento de contratar, en los términos del Art. 1107.1 CC123.”*¹⁷⁹

Al respecto ver caso ya comentado en capítulo 8 de este trabajo: Jurisprudencia nacional: Contrato de compraventa de cafetera. Sentencia citada en Tratado jurisprudencial y Doctrinario (Carlos de Cores, Raúl Gamarra, Beatriz Venturini), Tomo II, p. 671, comentada oportunamente a lo largo de este trabajo (capítulo 8).

¹⁷⁸ Solé Feliú, Josep: *“El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. INDRET. (feb, 2009c)*

¹⁷⁹ Solé Feliú, Josep: *“El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. INDRET. (feb, 2009b, p. 34)*

Sin embargo, pueden existir algunos casos en los que el debate sea si nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso o un incumplimiento definitivo. Así en España, en *sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de junio de 2002*: “De acuerdo con el tribunal cabe la resolución contractual ex artículo 1124 del Código Civil de un contrato de arrendamiento de obra consistente en el encargo por los novios a un fotógrafo profesional de un reportaje fotográfico de su boda. Los defectos en el cumplimiento de la prestación son de tal entidad que impiden el normal fin del contrato: el resultado del trabajo no cubre mínimamente las racionales expectativas de quien contrata a un profesional para que realice el reportaje de su boda...Parece que se trata además de un perjuicio de cierta entidad, como se desprende de la resolución, tanto por la gravedad del incumplimiento (defectuoso que hace imposible cumplir el fin perseguido por las partes) como por las circunstancias del caso (se trata de un momento único para la vida de una persona, que ya no puede repetirse).”¹⁸⁰

En este caso se contrató un servicio para un evento que no va a volver a ocurrir. La prestación fue cumplida, aunque de manera claramente insatisfactoria. El debate en nuestro derecho sería si considerar el trabajo final del fotógrafo como incumplimiento del contrato, en cuyo deberá abonar los daños y perjuicios, o cumplimiento defectuoso en cuyo caso se aplica lo previsto en el 1720 en el que ninguna de las dos opciones habilita a reparar los daños, (únicamente los gastos en caso de rescisión o la diferencia de valor).

A mi juicio, cuando la prestación es cumplida de manera tan claramente insatisfactoria que no alcanza a cubrir las mínimas expectativas de la contraparte, debería ser considerado como un incumplimiento contractual, habilitando la reparación según el sistema general.

c. Abuso de Derecho: Diferencia entre contratos de ejecución continuada e instantánea.

El abuso de derecho merece un análisis especial ya que presenta alguna particularidad que debe ser analizada con detenimiento. El fundamento del instituto está en lo previsto en el art. 1321 del Código Civil, el que se encuentra en el capítulo de delitos y cuasidelitos (no en el capítulo de contratos), igualmente es considerado un principio general de la responsabilidad civil por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Al decir de Gustavo Ordoqui: “La regla que exige no actuar con exceso (art.1321 del C.C.), anormalidad, irracionalidad, falta de interés...en el ejercicio de un derecho subjetivo, representa un principio general del derecho derivado del principio general de la buena fe, de

¹⁸⁰ Gutiérrez Guitián: “Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual”. Anuario de derecho Civil de España. (2003, p. 13)

las buenas costumbre y de la equidad...Como principio general de derecho no es una consecuencia o derivación de otras normas sino que tiene su justificación en su propia verdad y opera sí como fundamento de otras disposiciones. Lo que caracteriza a los principios generales es que no tienen referencia concreta a un supuesto de hecho en su aplicación. Los principios generales del derecho son la manifestación de la conducta debida que se impone por su propia fuerza sin referir a hecho concretos.”¹⁸¹

En primer lugar, no estamos ante un hecho ilícito. Sino ante un hecho lícito, pero que a consecuencia del mismo se genera un daño. Esto hace que, sobre todo en materia contractual, siempre sean casos opinables y especialmente excepcionales ya que, ambas partes conocen sus derechos y obligaciones.

La hipótesis de “exceso” en el uso de un derecho ha sido aplicado por la jurisprudencia para los casos de rescisión de contratos de ejecución continuada ante la inexistencia de plazo y de previsión sobre la rescisión del mismo.

Esta situación se presenta con enorme frecuencia entre empresas que presentan un poder de negociación claramente dispar, buscando la empresa grande poder rescindir el contrato a su conveniencia. Para evitar esta clase de abusos, la jurisprudencia ha interpretado que esta rescisión intempestiva, cuando no exista justa causa, debe realizarse con un mínimo plazo de preaviso, que en general es de tres meses. El fundamento de este requisito está tanto en la normativa sobre abuso de derecho como de ejecutar los contratos de buena fe y la obligación de mitigar daños como derivado de los dos primeros.

En la doctrina es unánime la visión acerca de que el ejercicio del derecho de receso (art. 1291) tiene como límite el abuso de derecho y la buena fe.¹⁸² También nuestra jurisprudencia es conteste en afirmar que el derecho de receso debe ser ejercido de tal manera que no provoque daños a la contraparte.¹⁸³

Este abuso de derecho en la rescisión de un contrato tiene como consecuencia la reparación del daño ocasionado, pudiendo provocar enormes daños en pequeños empresarios

¹⁸¹ Ordoqui, Gustavo: “Abuso de derecho”.(2009, p. 76)

¹⁸² Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIV, pág. 241; Berdaguer, “La justa causa del receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado”. ADCU, T. XXXIII, pág. 469; Caumont, “Desistimiento unilateral” ADCU, T. XIX, pág. 202; Bergstein ADCU, T. XXVI, pág. 538; Merlinsky, *Modernas formas...*, pág. 36; Fernández Larrañaga, “Limite del receso unilateral”, ADCU, T. XXX, pág. 571; Mantero Chalar, “Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada”, ADCU T. XXXII, pág. 755. Ordoqui, Gustavo: “Abuso de derecho” (2009, p. 324)

¹⁸³ “Pero nuestra jurisprudencia se ha encargado de sostener que el que ejercita esta facultad contractual debe hacerlo sin excesos para evitar incumplimientos que ameriten la condena al resarcimiento de daños (Suprema Corte de Justicia, sentencia n°21 de 15 de marzo de 1989; LJU, t. 99, c. 11.311). *Idem* en la jurisprudencia nacional: TAC 2 do, sent. 87 de 19 de mayo de 2004, LJU, T. 132, c. 1508.”(Ordoqui, 2009, p. 325) obra citada ut supra.

en los que su sustento depende directamente de la actividad de esta empresa. En estos casos la jurisprudencia ha aceptado la indemnización de algunos meses de ganancia de la empresa y, en algunos casos, el daño moral ocasionado al pequeño empresario.

Lo particular de estos casos está en que prácticamente no se cumple con ninguna de las reglas analizadas en este trabajo en materia de daño extrapatrimonial de fuente contractual. No estamos ante un hecho ilícito, no estamos ante una prestación con contenido patrimonial, ni ante un interés del acreedor con contenido patrimonial. Sí podemos decir que puede existir un daño de contenido extrapatrimonial cuando el sustento de la víctima se encontraba directamente relacionado con el derecho emergente de dicho contrato. Esto deberá ser analizado en cada caso por la jurisprudencia tomando en consideración elementos tales como: el porcentaje de facturación de la empresa que rescindió respecto al total, las circunstancias previas (comunicaciones, incumplimientos parciales, etc), la situación de la empresa particular de la empresa que sufrió este accionar ilícito y el grado de conocimiento de su contraparte.

Según Ordoqui; *“Podemos decir que el preaviso es esencial para el ejercicio del derecho de receso pues de lo que se trata es de no dañar injusta o injustificadamente o de mitigar en lo posible el daño. Aquí el receso aunque no esté regulado expresamente en el contrato aparece como derecho fundado en la no perpetuidad de los contratos.”*¹⁸⁴

d. Daños morales moratorios.

Este punto plantea la cuestión de si corresponde abonar daños morales ante una demora en el cumplimiento de una obligación, o incluso ante la solicitud de ejecución forzada e indemnización de daños moratorios.

A mi juicio es perfectamente aplicable debido a que como regla general la ley no limita la indemnización de daños a los patrimoniales solo por ser moratorios según se desprende del art. 1341 inciso 2° del CC. En cambio, sí los limita ante la demora en el cumplimiento de pagar suma de dinero, pero claramente la limitación tiene como alcance esa clase específica de obligación prevista en el art. 1348 del CC.

Al respecto a continuación resumen de sentencia del TAC 3° sobre el punto¹⁸⁵. En este caso la Sra A arrendó un inmueble rural con destino al esparcimiento. El arrendador no cumplió con el contrato y no le permitió el uso del mismo en las condiciones pactadas. Así fue que la Sra A inició demanda de cumplimiento específico de contrato de arrendamiento y daños y

¹⁸⁴ Ordoqui, Gustavo: *“Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro”* (2011).

¹⁸⁵ Sentencia 175/2018 TAC3°

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

perjuicios, dentro de los que se encontraba el daño moral en razón de no haber podido disfrutar del inmueble prometido.

Respecto al daño moral, el tribunal manifestó que: *“El incumplimiento ha provocado una sensación anímica disvaliosa en el demandante, que ha visto frustrado su proyecto de tener un lugar de esparcimiento para disfrutar con su familia y amigos, tal como demostró que lo hacía al principio del arrendamiento del campo.- Haber realizado una inversión con objeto de explotación agrícola ganadera y no residir en el lugar, no quita que además contara con el predio de inmensa belleza natural, para disfrutarlo.- No obstante, se vio impedido de ello, por el accionar de la arrendadora, que por obtener un beneficio económico, permitiera a terceros (Elvory S.A.) explotar un yacimiento de balastro, desconociendo groseramente el contrato de arrendamiento rural inscripto que celebrara con el actor, con precio integrado por adelantado.- La Sala reserva el resarcimiento del daño moral -con base contractual- para situaciones de entidad, y la presente la verifica, dado que excede la normal perturbación que cualquier persona deba soportar ante situaciones adversas como arrendatario rural.- Es indudable lo excepcional del caso en análisis”*.

Esta sentencia es pasible de críticas importantes especialmente porque no se identifica con claridad cuál es el elemento de la prestación que cuenta con contenido extrapatrimonial. Lo curioso del caso es que el Tribunal mandó cumplir con el contrato e indemnizó con daños moratorios por la demora en la ejecución del mismo, sin identificar claramente cual fueron esos elementos morales violentados.

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA.

14. Estudio de casos específicos y jurisprudencia nacional.

Casos en los que la jurisprudencia acepta indemnizar el daño extrapatrimonial en la responsabilidad contractual.

A. Pérdida de bienes materiales

- d. Contrato de arrendamiento de Cofre Fort.
- e. Contrato de Hospedaje.
- f. Automotores.
- g. Contrato de Transporte internacional terrestre de cosas.

B. Abuso de derecho.

- h. Contrato de Distribución.

C. Derecho a la vivienda.

- i. Compraventa (promesa de enajenación).

j. Reparaciones de vivienda

k. Arrendamiento

D. Derecho al descanso y disfrute de un viaje.

l. compraventa de servicios de viaje combinados.

E. Arrendamiento de Servicios Personales.

F. Contratos con características comerciales.

G. Derecho al trabajo.

H. Daño moral por incumplimiento de una obligación de seguridad.

m. Contrato de transporte de pasajeros

n. Contrato de casa de salud

I. Derecho a la salud

J. Análisis de algunos criterios jurisprudenciales nacionales y extranjeros.

o. Doctrina sobre jurisprudencia extranjera.

p. Doctrina nacional

q. Análisis de jurisprudencia nacional.

a. Casos en los que la jurisprudencia acepta indemnizar el daño extrapatrimonial.

Tradicionalmente fueron dos los tipos de contratos en los cuales se aceptó que en caso de incumplimiento de la prestación, o de daño provocado por negligencia o dolo en cumplimiento de la misma, se deba indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado a la víctima. Estos dos contratos fueron los de transporte y los médicos¹⁸⁶. Para Gamarra en estos casos estamos ante un caso de cúmulo o concurso de responsabilidades.¹⁸⁷

Ambos contratos se encuentran generalmente enmarcados en relaciones de consumo. Puede haber algunos ejemplos de contratos de transporte que no estén dentro de este marco jurídico (ej: contratos de transporte eminentemente de mercadería para el comercio), pero en estos casos sería difícil acreditar la presencia de algún daño extrapatrimonial.

Fuera de estos dos ejemplos mencionados, hasta hace poco tiempo eran escasos los ejemplos de indemnizaciones por daño moral, especialmente en contratos civiles y comerciales (no así en contratos de consumo en los que podemos encontrar ejemplos desde hace más tiempo). Uno de los primeros ejemplos en tiempos recientes fue el mencionado caso del vestido de la novia (hoy sería una relación de consumo), siendo el matrimonial junto a expensas

¹⁸⁶ Berdaguer, Jaime: *"Fundamentos de derecho civil"*. (2018, p. 349)

¹⁸⁷ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XX n.d., p. 51)

funerarias, nacimientos y otros eventos únicos en la vida de las personas fuente constante de reclamos de daño moral a nivel comparado.

También en las últimas décadas se sumó la pérdida de vacaciones en familia, algo que probablemente hace un siglo no fuera siquiera considerado, no existiendo conciencia de la importancia del debido descanso y disfrute del tiempo en familia en la vida de las personas.

Actualmente podemos encontrar sentencias que condenan a indemnizar daño moral cuando está presente en un contrato: una vivienda, el negocio de la familia, un bienpreciado, un evento de características especiales (casamiento, entierro, velorio, evento religioso), vacaciones familiares.

Como veremos más adelante, en algunos casos no se aprecia ninguno de los ejemplos anteriormente mencionados.

A continuación, un breve análisis de algunos de los temas que pueden ser objeto de una indemnización por daño extrapatrimonial junto a sentencias relevantes. Todas las sentencias nacionales han sido extraídas de la base de jurisprudencia nacional on line del Poder Judicial.¹⁸⁸

b. Pérdida de bienes materiales.

Este tema es particularmente polémico debido a que implica agregar al valor material de un objeto el valor extrapatrimonial que el mismo pueda tener, y argumentar que un elemento material puede tener valor afectivo no resulta de un razonamiento lineal.

Inés Labat, estudia el daño moral ocasionado por la privación de bienes materiales, con una perspectiva de análisis económico del derecho. En su estudio nos muestra como el valor de los bienes materiales, tiene además del precio de mercado, un plus que cada individuo puede darle. Por tanto su pérdida, ocasiona daños que exceden los meros daños materiales y que por tanto deben ser indemnizados.

Al respecto nos dice que: *“Las investigaciones realizadas en el marco de la Economía de la Conducta y Derecho en relación al efecto dotación fueron útiles para mostrar que efectivamente, en ciertos casos, hay un “valor” adicional al valor de mercado de un bien, el cual es asignado a ese bien únicamente por su propietario. Esto significa que puede haber una pérdida inmaterial asociada a una pérdida material. En consecuencia, y siempre que se acepte que la finalidad de la reparación en sede de responsabilidad civil es compensar al damnificado de la forma más integral posible, es correcto otorgar una reparación en concepto de daño moral por la pérdida de bienes materiales. La segunda utilidad que ofrecen los hallazgos de la ECD es la de proveerle al juez de un elemento adicional de análisis al momento de*

¹⁸⁸ <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

*determinar si en un caso concreto corresponde una reparación por este rubro o no. Este elemento es justamente el de sustituibilidad del bien destruido o dañado, el que se podrá buscar tanto en las características intrínsecas del bien dañado (señaladas en este trabajo como elementos objetivos), como en la particular relación del propietario con ese bien (elemento objetivo)."*¹⁸⁹

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar casos específicos en los cuales se condenó al obligado al cuidado de estos a indemnizar el daño moral ocasionado por su pérdida. Así figura un caso de violación de cofre fort y otro de robo en hospedaje.

Contrato de arrendamiento de Cofre Fort. Sent. N° 43/2007.

Se promueve demanda contra titular de banco que alquilaba servicio de cofre fort, y que los mismos fueron violados. En primera instancia se condenó al pago de los daños morales por el incumplimiento, la que fue revocada en segunda instancia (TAC 5°; simón, Presa y Fiorentino) por falta de pruebas del daño.

Contrato de Hospedaje. TAC 1°. 113/2011.

En este caso se reclamaba la reparación del daño debido al robo de un reloj a inquilinos de un contrato de hospedaje, y donde se condenó al hotel a abonar el daño moral sufrido por los hospedantes en virtud de dicho robo, el Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno dijo: "*Corresponde explicitar que no se trata de reparar un daño sino de ofrecer un paliativo o compensación, que se cuantifica en relación con la gravedad del daño y en forma comparativa con daños más leves, daños de similar entidad y daños más graves, que son aquellos donde hay padecimientos o menoscabos psíquicos de mayor entidad.*"¹⁹⁰

Automotores.

Matilde Zavala de González realiza un estudio en Argentina sobre la aceptación del daño moral en caso de pérdida de automotores. En la misma concluyó que en la jurisprudencia Argentina es de franco rechazo la solicitud de daño moral por pérdida de un automóvil, salvo casos especiales en los que los adquirentes vieron frustrada la posibilidad de realizar su viaje de bodas en el rodado; si el dueño del automotor, taxista, padre de familia, se vio privado por dos meses de ganar su sustento.¹⁹¹

¹⁸⁹ Inés, Labat: "*La privación de bienes y el daño moral*". Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. (2017b, p. 87)

¹⁹⁰ Sentencia de segunda instancia n° 130/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno.

¹⁹¹ "*Cuando como consecuencia de un accidente de tránsito o de cualquier otro hecho fuente de responsabilidad (por ejemplo, un incumplimiento contractual) se ocasiona la destrucción, menoscabo o privación, temporal o permanente, de un automotor, sin efectos de otra índole, no se configura, en principio un daño moral resarcible, "por cuanto entre el titular del dominio o su poseedor y el vehículo, no existe por lo común un vínculo afectivo que el derecho proteja especialmente y cuya conculcación*

Personalmente entiendo que en este punto adquiere particular importancia el elemento de la previsibilidad del daño a efectos de determinar si corresponde indemnizar esta pérdida, ya que lógicamente un auto (por más fanático que uno pueda ser de los mismos) no es destinatario de afectos humanos.

Contrato de Transporte internacional terrestre de cosas. Sent: 73/2007.

En este caso el demandado había contratado servicio de transporte a la actora con el objetivo del traslado de sus pertenencias personales hacia Fox de Iguazó, ciudad en la que reside próximamente.

Existieron demoras en el arribo de la mercadería a destino que ambas instancias establecen como responsable a la empresa de transporte debido al profesionalismo (a pesar de la existencia de debate sobre el punto ya que aparentemente el camión alquilado no cumpliría con las dimensiones requeridas para el traslado de los objetos). El daño moral fue rechazado en ambas instancias (TAC 4º: Araquistain, Larrieux y Tobía).

A mi juicio, en este caso surge de la propia naturaleza de la prestación que el plazo para el cumplimiento de la misma es esencial y susceptible de ocasionar daños por la mora en su cumplimiento. Por más que razonablemente la familia que contrató el servicio no solicitará la rescisión del contrato, si podría reclamar el daño extrapatrimonial ocasionado por la mora en el cumplimiento.

Daño moral por incumplimiento de contrato de compraventa de automóvil. (Rechazo por no ser in re ipsa.) Sentencia 135/2018 del TAC 3º.

“Amén de ello, advierte el Tribunal que la demandante no ha cumplido con la carga de la debida afirmación, en tanto asevera y reitera una accionar malicioso y temerario del contrario, sin explicitar en modo alguno cuál sería la razón por la cual Hyundai Fidocar S.A. en la segunda instancia de la causa IUE 293-171/2013, habría querido perjudicarla.- Y tampoco logra probar el daño moral y patrimonial alegado.- Así, no siendo en el caso in re ipsa el daño moral, no produjo prueba que lo avale. Respecto al daño patrimonial no se acreditó en modo alguno la relación causal entre que se haya visto coartada la línea de crédito convencional de la actora que se alega y el embargo específico de la camioneta”.

Respecto a considerar al daño como *in re ipsa* me referiré en el capítulo sobre aspectos procesales.

c. Abuso de derecho.

afecte el aspecto moral de la personalidad del dueño. “Zavala de González, Matilde: “Daño moral por lesión de bienes patrimoniales”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016b, p. 864)

Contrato de Distribución. Sent. N° 234/2012

En este caso, una sociedad y su titular demandan por incumplimiento contractual de un contrato de distribución a su contraparte, la primera por daños y perjuicios patrimoniales, el segundo por daño moral en razón del daño ocasionado por el incumplimiento del contrato.

Lo interesante de este caso es que la sociedad que había contratado no realizó reclamo por daño moral, sino que lo hizo su titular, probablemente siendo consciente que al ser persona jurídica, las chances de obtener una indemnización era bajas. A esto se le agrega una segunda curiosidad y es que en primera instancia se aceptó el daño extrapatrimonial provocado a causa de la rescisión del contrato, pero se rechazó la pretensión de indemnizar el daño patrimonial por incumplimiento del contrato.

Pero respecto estrictamente al reclamo de daño moral, este lo realizó el titular de la sociedad quien estrictamente no era parte del contrato, por lo que podría exceder el carácter estrictamente contractual de este trabajo. Sin embargo, la sentencia es sumamente pertinente en virtud de que como causa de un contrato, una Sede de primera instancia condenó a indemnizar los daños extracontractuales a pesar de determinar la inexistencia de incumplimiento. Realmente el caso es curioso y habría que tener acceso a la demanda para poder comprenderlo a cabalidad.

Posteriormente, la alzada (TAC 7°: Eitlin, Couto, López Úbeda), revocó por considerar que se estaba ante los naturales inconvenientes que pueden traer aparejados los negocios, pero no hace mención al hecho de que al no existir incumplimiento contractual, el daño moral no sería de recibo.

Dijo el tribunal de alzada: *“En efecto, aun cuando no puede desconocerse que toda la situación involucrada –sin perjuicio de las cláusulas contractuales de rigor-, pudo provocar un daño al Sr. Alonso, tal daño comporta o se inscribe en los naturales contratiempos, disgustos y molestias que el fin de toda relación contractual de tal envergadura determinan, pero no son suficientes para configurar un daño moral resarcible, conforme al criterio que se sostienen pacíficamente en doctrina y jurisprudencia sobre el particular, en tanto no significa un sufrimiento espiritual relevante...”*

A mi juicio, condenar a indemnizar el daño moral ocasionado simplemente por la rescisión de un contrato, cuando en la propia sentencia se aclara que dicha rescisión fue realizada de manera lícita es toda una curiosidad, por más que la alzada lo haya revocado, ya estaríamos ante un daño moral provocado por un hecho lícito.

Sent: 131/2017. TAC 3°: Alonso, Opertti, Kelland

En este caso el actor reclama indemnización por daño moral en virtud de la no renovación del contrato de arrendamiento de servicios que mantenía con el INAU. Alega el actor que la no renovación del contrato se debió a denuncias que oportunamente formulara contra el propio organismo. En primera instancia se acogió la pretensión condenando al INAU a indemnizar el daño moral y el lucro cesante por la no renovación del contrato. Este caso será objeto de análisis más adelante.

d. Derecho a la vivienda.

Contrato de Promesa de Compraventa. Sent: 52/2013

En este caso las partes habían celebrado un contrato de promesa de compraventa (al que denominaron “boleto de reserva”, pero que contenía todos los elementos de una promesa). La parte promitente vendedora incumplió y no vendió el inmueble a la promitente compradora según lo oportunamente pactado.

En este caso la promitente vendedora no era la titular del inmueble, y se obligó a obtener el consentimiento de la titular para hacer efectiva la venta acordada. De autos surge que nada hizo al respecto.

En primera instancia condenó a la promitente vendedora (demandada) que incumplió el contrato, a abonar los daños extrapatrimoniales estimados en la cifra de U\$S 8100, pero segunda instancia (TAC 1º: Castro, Salvo, Vázquez) revocó parcialmente y condenó además a pagar los daños patrimoniales, lo que los estimó en el valor del inmueble, sin poder superar la suma reclamada. Esta condena, parece excesiva a la luz de los elementos que obran en la sentencia, pero dejan traslucir una fuerte condena al accionar doloso de la demandada.

Reparaciones de una finca.

En un caso argentino (no obtenido de la base de jurisprudencia uruguaya) “...*el hecho generador fue la entrega por el contratante de una reforma edilicia pésimamente concluida, que obligó a vivir durante años en un ambiente lastimoso y hasta inhumano...*” (CIº Mar del Plata, sala II, 23/11/73., J.A. Reseñas 1974, p. 109, núm 55) ¹⁹²

Daño moral por vicio de construcción de vivienda para habitación.

Se manda liquidar el daño moral por el procedimiento de liquidación de sentencia ante la insuficiencia de insumos probatorios planteados en la demanda. Sentencia: 58/2018 del TAC 6º.

¹⁹² Zavala de González, Matilde: “Daño moral por lesión de bienes patrimoniales”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (M. Zavala de González, 2016b, p. 860).

“Capítulo aparte merecen los daños reclamados. A) Daño Moral: En primer lugar corresponde precisar que la procedencia del daño moral no se cuestiona, ha resultado probada en estas voluminosas actuaciones y no ha sido objeto de impugnación alguna. Hecha esta aclaración, este Tribunal, excepcionalmente, mandará liquidar el monto del daño moral. En tal sentido corresponde tener presente: 1) La pretensión del actor dirigida a indemnizar el daño moral respecto de las personas físicas accionantes, reclamándolo por núcleo familiar, teniendo en cuenta el sufrimiento padecido por éstas, la ubicación de las viviendas (no indicándose sin embargo donde están situadas –sobre qué calles-cada una de las viviendas en las que habitan o habitaron los demandantes), número de integrantes, edades, las continuas inundaciones sufridas, no solo de aguas pluviales sino también cloacales y el temor de su ocurrencia, así como por las rajaduras y vicios de la construcción, las secuelas en la salud de algunos de los habitantes de la Cooperativa.En la medida en que el daño moral se solicitó por núcleo familiar alegando que habrían sufrido distinto, debiendo tenerse presente las circunstancias específicas de cada núcleo familiar y buscando que la reparación de este rubro sea integral, se mandará liquidar a la vía prevista en el art. 378 del C.G.P., ocasión en la cual deberán establecer con precisión en que se basan las diferencias en el monto en los distintos núcleos familiares.”

Lo interesante de esta sentencia, más allá del aspecto sustancial en el cual nadie cuestiona la procedibilidad de indemnizar el daño moral en virtud de los vicios de construcción de las viviendas, es el hecho de que el Tribunal, ante una deficiencia procesal probatoria para la determinación del quantum del daño, remite la determinación al procedimiento del 378 del CGP lo que permite incorporar nuevos medios probatorios y aclarar la pretensión.

Daño moral por humedad que afectó viviendo de copropietario (propiedad horizontal).

Sentencia 192/2018 del TAC 2°.

“En cuanto al daño moral, el Tribunal considera que es indudable no opera “in re ipsa” en la especie, sobre todo porque quien reclama no habita en la vivienda (del Tribunal No. 28/15). Requiere concreta prueba de la existencia de una turbación o mortificación espiritual, dolor intenso o angustia de fuste incuestionable que en la especie no puede reputarse probada pues ni siquiera los testigos dan cuenta de ello; por el contrario, requiere prueba plena y suficiente que no fue rendida de manera alguna por quien tenía la carga de ello. Véase que la preocupación que da el agravio no pasa de una mera zozobra, molestia, perturbación menor o disgusto que, sabido es, no resulta indemnizable, pues se requiere un gran sufrimiento, un dolor intenso, situaciones aflictivas muy profundas pues no toda turbación espiritual puede conceptuarse técnicamente como daño moral (más ampliamente y

en actual integración, del Tribunal Nos. 137/11, 16/12, 5-63/14, 5-159/15 y 23/17, entre muchas otras; GAMARRA, *Trat...*, t. XXV p. 84; en similar sentido sentencias de la Sala Nos. 164/94 en ADCU XXV p. 87 c. 235, 199/97 en tomo XXVIII p. 80 c. 168, y No. 18/97 del TAC 7° en tomo XXVIII p. 82 c. 175). A su vez, que “Las molestias y disgustos que pueda haber sufrido la actora carecen de entidad suficiente para configurar un verdadero daño moral. Así ha dicho la Sala desde larga data en términos ‘que la actual integración revalida que como dice Gamarra citando sentencia de esta Sala en anterior integración, la importancia del daño moral es considerada como requisito esencial para la procedencia de la acción indemnizatoria y así se requiere que el infortunio cuya reparación se reclama tenga cierta entidad: los disgustos... no habilitan para ejercer la pretensión reparatoria. **El fundamento de este criterio que es acompañado por la doctrina, puede leerse en un fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno: ‘si el daño carece de cierta entidad, su propia existencia se hace dudosa...’**” (GAMARRA, *op. cit.*, t. XIX, p.268/269; ADCU XXII, c. 293 y 294, p. 90). En síntesis, la procedencia del daño moral será rechazada y por ende, confirmada la recurrida en el punto”.

En este caso se encuentra presente el elemento ya analizado de la entidad del como requisito para proceder a su indemnizabilidad. Al respecto me remito a lo ya analizado en punto 10 de este trabajo.

Daño moral derivado de receso de contrato de arrendamiento de obra.

Sent. 23/2013 del JLC 15° (Teresita Macció)

Antes de ahora esta proyente, ha adherido, y adhiere, a la posición que entiende que en hipótesis de responsabilidad contractual –en conclusión que se considera trasladable al sublite- “...el criterio de que un incumplimiento contractual cualquiera sea su importancia, no crea por sí solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales, que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y psíquico del otro contratante, para que pueda haber derecho a un resarcimiento. Todo incumplimiento provoca naturalmente en el otro contratante, sensaciones normales de sorpresa, disgusto, aprehensión, ira e incertidumbre que no llegan a provocar una turbación o desequilibrio emocional que pueda considerarse daño moral..” (cfr. ADCU, t. XXXVII, c. 192, y en igual sentido *ob. cit.*, c.193 y c.194). Y se estima que en el supuesto de autos se dan esas “características muy especiales” requeridas en la sentencia citada para que proceda su acogimiento, las que se acreditaron en los presentes. Así tenemos la declaración de los testigos Pastorin a fs. 1180, Bello a fs. 1180 vto., Genta a fs.1184, y fundamentalmente testigo Labraga médico psiquiatra que trata al actor desde fines de 2008, y depone a fs. 1305 y ss., quien da

cuenta de la depresión que sufriera el actor, que fuera tratada con medicamentos y psicoanálisis, quien manifiesta además que “...Clínicamente el no tenía antecedentes de que pudiera llegar a ese cuadro depresivo, en su personalidad no había algún terreno fértil como para desarrollar esto...” –fs. 1305 vto. y 1306-.Entonces corresponde dar por probada la existencia del daño y su nexa causal con el receso ejercido por la accionada, siendo de señalar que Larrañaga- Fernández, se pronuncian a favor de su procedencia –cfr. ob.cit., p. 584-”.

e. Venta de servicios turísticos combinados.

Caso específico: Viaje Combinado.

Puede llamar la atención que un contrato de características tan específicas pueda ser objeto de tratamiento particularizado. Es que el contrato de viaje combinado, o servicios turísticos o las vacaciones arruinadas como las llama Ordoqui, ha adquirido particular importancia en función de la necesidad que la vida moderna otorga a poder descansar y aprovechar el tiempo para estar en familia.

En efecto, estos viajes suelen ser planificados con mucho tiempo de anticipación, requieren la coordinación de varios familiares, amigos, compañeros de trabajo, etc, además de importantes erogaciones de dinero.

La pérdida de la oportunidad de realizar un viaje puede causar un enorme sufrimiento a quienes venían planificando el mismo desde hacía tanto tiempo y que probablemente deberán esperar otro tanto para poder repetirlo, especialmente en el caso de vacaciones familiares debido a la dificultad moderna de coordinar licencias. Por lo que su cancelación o frustración por dolo o culpa de las agencias de viaje suele ser objeto de airados reclamos ante los tribunales.

Desde el punto de vista, jurídico estamos ante una relación de consumo por lo que no existen dudas acerca de que corresponde indemnizar el daño no patrimonial ocasionado en virtud de una cancelación intempestiva, o su frustración por quedar varado en otro país, aeropuerto, etc.

El contrato de viaje combinado es más que un contrato de transporte, ya que implica la organización del descanso y disfrute al que todas las personas tienen derecho por su vacación anual.

En nuestro país, las agencias de viaje son objeto de especial regulación mediante el art. 12 de la ley 14.335, el decreto 3/97, sin embargo, nada establece sobre criterios para liquidar daños y perjuicios, por lo que debemos remitirnos al régimen general.

Así, el incumplimiento de los denominados “viajes combinados”, mediante los cuales un consumidor adquiere un paquete turístico para poder disfrutar de sus vacaciones, solo o en

familia, actualmente es objeto de protección por parte de jurisprudencia y doctrina en varios países. Claramente estamos ante una prestación de la que hace algunos pocos años ningún juez podría haberla considerado como susceptible de ocasionar una fuerte aflicción a alguna de las partes.¹⁹³

A nivel internacional el punto fue objeto de especial regulación mediante el art. 5.1 de la directiva comunitaria 90/134. Existe jurisprudencia comparada en la cual se condenó a indemnizar los daños extrapatrimoniales en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de viaje combinado en ocasión de vacaciones. En nuestro país no me fue posible encontrar sentencias que hayan recogido este tema de manera específica, sólo una sentencia que se relacionaba con el incumplimiento de una adquisición de los denominados “tiempos compartidos”.

Incumplimiento de contrato de venta de tiempo compartido (sentencia n° 139 del 2017; TAC 5°: Pera (red), Simón, Gradín:

“Se ha considerado la existencia de un daño moral cuando se provoca una turbación o desequilibrio emocional de cierta entidad, o trascendencia que no se limita a la molestia, disgusto ocasional o trastorno relativo... Como ha señalado la Suprema Corte de justicia la determinación del daño moral es resorte del propio magistrado de mérito según las circunstancias de cada caso en particular, y conforme a su prudente arbitrio, o sea conforme a las facultades discrecionales, actuando con moderación, sabiduría y sensatez”.

El Sr. Blasina veraneó durante años con su familia en el complejo esturión haciendo uso del derecho uso y goce que tenía en régimen de “tiempo compartido” La actora había

¹⁹³ Feliú es conteste con esta visión ...” *parece lógico que cuando la prestación principal que constituye el objeto de un contrato, cuyo objeto consiste en tutelar un interés de naturaleza inmaterial (como proporcionar bienestar, placer, o evitar ciertas molestias inmateriales) la eventual producción de un daño moral se considere “condición necesaria” y “previsible” del incumplimiento. El contrato de viaje combinado constituye uno de los ejemplos típicos de esta categoría. En la medida en que la prestación principal consiste, precisamente, en proporcionar bienestar, placer o tranquilidad, a la parte acreedora, su incumplimiento o defectuoso cumplimiento, conlleva un perjuicio inmaterial inevitable, en forma de pérdida del bienestar o de tranquilidad esperados... En otros casos, la tutela de un interés inmaterial no constituye el objeto principal del contrato, pero el tipo de prestación o la forma en que el deudor debe ejecutarla, conlleva el deber de respetar determinados intereses inmateriales de las partes, de modo que el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento del contrato implicará necesariamente la lesión de aquellos intereses inmateriales. En tales casos, el daño moral resulta ser también condición necesaria y previsible del incumplimiento, en tanto que se encuentra ligado de forma indisociable con la lesión de intereses de naturaleza inmaterial tutelados por el contrato, que el deudor debió respetar.” Solé Feliú: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español” (feb, 2009d, p. 33)*

abonado a la demandada USD 2000 por 1/26 de una vivienda que, a raíz de una maniobra de la demandada, nunca le fue transferida la propiedad, pero además perdió el derecho de seguir usufructuando la unidad “junior jardín” de dicha unidad” .

Para el tribunal una situación de esas características “*provoca una situación de molestias y disgustos superiore a las meras molestias y disgustos que se deben tolerar en la vida en relación. Por tal razón se considera que tales daños son “in re ipsa”, es decir, surgen de la propia naturaleza de las cosas y no cabe exigir prueba alguna de su existencia. De conformidad con lo viene de expresarse, y atendiendo a los parámetros jurisprudenciales, se habrá de justipreciar este rubro en la suma de U\$S 3000.*”

f. Arrendamientos de servicios personales.

Contrato de Arrendamiento de Servicios con el Estado (INAU).

A) Sent: 131/2017. TAC 3°: Alonso, Opertti, Kelland

En este caso el actor reclama indemnización por daño moral en virtud de la no renovación del contrato de arrendamiento de servicios que mantenía con el INAU. Alega el actor que la no renovación del contrato se debió a denuncias que oportunamente formulara contra el propio organismo. En primera instancia se acogió la pretensión condenando al INAU a indemnizar el daño moral y el lucro cesante por la no renovación el contrato.

El Tribunal de alzada revocó el fallo condenatorio en base a aspectos propios del caso en cuestión que no son objeto de estudio. Lo relevante es que en todos los fundamentos esgrimidos, nunca se argumentó que no corresponda a derecho la aplicación del instituto, de haberse comprobado los extremos alegados por el actor.

En otras palabras, de haberse confirmado que la no renovación del contrato de arrendamiento de servicios se debió a las denuncias formuladas por el actor, esta circunstancia hubiera ameritado la indemnización por daño moral, a pesar que la renovación o no de un contrato vencido es una potestad que queda a la discreción de ambas partes y no de una sola de ellas. Igualmente es importante aclarar que el Tribunal de alzada no ingresó al análisis sobre el daño moral, por lo que este último comentario es meramente especulativo.

B) Contrato con el Estado de arrendamiento de servicios (chofer). Sentencia 25/ 2015.

En este caso se condenó en primera instancia (TAC 4°) al Estado a indemnizar a un particular con quien había celebrado contrato de arrendamiento de servicios para desempeñar tareas de chofer. El Estado incumplió el contrato rescindiéndolo antes del plazo. En primera instancia se condenó a indemnizar al particular por el lucro cesante y U\$S 3000 por daño moral. Segunda Instancia (TAC 4°: Gatti, Turelli, Maggi) revocó por falta de pruebas del daño moral.

Al respecto dijo el tribunal:

En relación con pertinencia del instituto del daño moral en sede contractual: “*Respecto al daño moral en sede contractual, el Tribunal sostiene el criterio de que un incumplimiento contractual cualquiera sea su importancia no crea por sí solo una presunción de daño moral resarcible, debiendo estar revestido de características muy especiales que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y síquico del otro contratante para que pueda haber derecho a un resarcimiento, porque todo incumplimiento de contrato provoca naturalmente en el contratante afectado sensaciones normales de sorpresa, disgusto, aprehensión, ira e incertidumbre, que no llegan a provocar una turbación o desequilibrio emocional que pueda considerarse daño moral (de la Sede sent. Nos. 142/90; 22/96; 41/97; 113/99; 215/04, etc).*”

En relación con la prueba necesaria para acreditar su existencia: “*Igualmente se tiene admitido que el daño no patrimonial debe ser acreditado por quien lo propone en su existencia y monto de conformidad con los principios generales (arts. 137, 139, 140 y conc. CGP) sin perjuicio de la utilización de elementos presuncionales que deben ser calificados de “iuris tantum” o presunciones simple por admitir prueba en contrario, sin que pueda disponerse limitación en los medios probatorios a ser implementados, y por demás, que deben exigirse características muy especiales en tal especie de daño para fundar el derecho al resarcimiento, quedando reservada la especie a situaciones de especial gravedad, trascendencia, etc.*”

En relación con los fundamentos para su rechazo en el caso concreto. “*Y en el caso, debe convenirse que no se ha producido prueba suficiente acerca de los extremos requeridos para reparar el daño moral requerido, razón por la cual, la postulación al efecto no puede ser recibida; se observa que las declaraciones testimoniales recibidas solo logran delinear en forma genérica las molestias propias que sufre quien se ve enfrentado a un incumplimiento, a la vez que no se ha acreditado afectación a la imagen del accionante y en todo caso, era breve el período pervivencia natural del contrato que restaba lo que permite inferir que el cese en un futuro cercano debía estar en la mente del accionante, lo que descarta la aflicción que se alega al producirse éste aunque lo fuera algunos meses antes de lo previsto.*”

g. Contratos con características comerciales.

Contrato de arrendamiento de local comercial con destino a cantina por parte de un banco. Sentencia n° 7/2015.

En este caso un particular promovió demanda contra el BBVA de acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato por el cual disponía de un local y prestaba servicios de cantina cobrando un precio al demandado y obteniendo ganancias por las ventas a

sus dependientes. El demandado rescindió unilateralmente el contrato sin respetar el plazo de pre-aviso que se establecía.

En primera instancia se amparó parcialmente la demanda condenando al demandado a pagar los perjuicios patrimoniales causados por la rescisión anticipada. En segunda instancia (TAC 1º: Castro, Vásquez, salvo) se revocó parcialmente la sentencia condenándose a abonar también el daño extrapatrimonial. Ya en casación la Suprema Corte casó la sentencia, volviendo al criterio de primera instancia, pero en virtud de la falta de prueba sobre el daño moral reclamado.

En relación con la procedencia y prueba del reclamo de daño moral dijo el Tribunal de apelaciones de segunda instancia: *“También se considera de recibo la pretensión reparatoria del daño moral causado por el intempestivo cese contractual, en la medida en que hay prueba de que la situación afectó de modo inesperado y grave el plan de vida del actor: en ese sentido consta que tuvo que pedir una reducción de cuota al Colegio Santa María para que sus dos hijos pudieran culminar el año escolar (f. 50) y los testigos Rey (fs. 113/114) y Pacciello (fs. 114/115) dan cuenta de que la situación también afectó los ingresos de la cónyuge que trabajaba con él, causando serias complicaciones a la vida familiar, con la explicable secuela de angustia y depresión”*.

En relación con la cuantificación del monto del daño moral: *“Por lo que habrá de ampararse el rubro y se ordenará una compensación por daño moral, pero deberá determinarse en el proceso incidental de liquidación de condena, dado que todavía no puede fijarse la cuantía puesto que el actor ha pedido en tal concepto un porcentaje del 20% del daño patrimonial. La Sala no comparte el criterio de fijar un porcentaje y entiende que debe estimarse una cantidad líquida, pero no puede hacerlo ahora dado que cualquier cantidad que se fije tiene como tope el porcentaje pedido.”*

Posición de la Suprema Corte de Justicia en cuanto a la existencia del daño moral: *“La reparabilidad del daño moral en el proceso como el que nos ocupa está condicionada siempre e inexorablemente, a la prueba de su existencia, constituyendo una máxima en nuestra jurisprudencia y doctrina, que la prueba in re ipsa queda limitada únicamente a específicas situaciones, entre las cuales, no está comprendido el daño moral causado por incumplimiento contractual, supuesto en el que se requiere prueba a cargo de la parte que invoca. Como sostiene Gamarra (T.D.C.U. T. 25, pags. 69 y ss), la jurisprudencia uruguaya postula que el daño moral no resulta irresarcible porque le falte cierta entidad cuantitativa; no lo es porque en esos casos de ausencia de una entidad mínima no existe el daño moral” ...No estamos frente al aspecto de cuantificación o medida de la importancia del daño moral, sino en el ámbito de*

su definición...En suma, en el caso no se afirmó la irrogación de perjuicio patrimonial ni se probó la causación de daño moral reparable...Analizado el punto en sede de contrato de mutuo o préstamo (como es el caso de autos) el TAC 7º, sent n° 94/04 señaló: “La Sala, en mayoría, sustenta un criterio restrictivo en punto a la reparación por daño moral en hipótesis de responsabilidad contractual, en que el daño no se verifica in re ipsa, sino que debe estarse a las especiales circunstancias de hecho y a las prueba efectiva y eficiente del daño que se invoca. En el caso, consideramos que la razón fundamental para desestimar el daño moral radica en la ausencia absoluta de prueba de su existencia. Como claramente se pone de relieve en la sentencia de primera instancia: la posibilidad de una rescisión anticipada del contrato era algo que el propio actor conocía y asumió al consentir el contrato libremente, por lo que era una hipótesis previsible (más aún para quien se ha dedicado y se dedica a brindar un servicio como el prestado el Alejandro Rego)...”

Daño moral por vicios (humedad) de local comercial arrendado.

Sentencia: 106/2018 del TAC 3º.

“Rubros objeto de condena: a) Los daños por deterioro y pérdida de mercaderías fue constatado mediante actas notariales que no fueran debidamente impugnadas, más el monto no fue acreditado y por lo tanto debe liquidarse por vía incidental, b) Restitución de alquileres pagados, que corresponden desde que se le interpela a la demandada la rescisión del contrato y se niega, hasta la efectiva extinción del mismo. Atento a lo solicitado y limitado por el principio de congruencia, la condena asciende a \$ 360.000, c) El reclamo de pañales por acopio se admite, d) De la situación comprobada en autos surge el daño moral sufrido por los actores el cual queda acreditado in re ipsa, fijándose en US\$ 600 para cada uno....Daño moral: se confirma en el monto fijado, no existiendo agravio de la parte actora para modificarlo a su favor. Si bien la Sala comparte con el apelante que el daño que nos ocupa no es in re ipsa, considera que sí existe prueba que avala el sufrimiento padecido por los actores como consecuencia de haber tenido que trabajar dos años en malas condiciones. **Tampoco se soslaya que estamos en el ámbito de la responsabilidad contractual, más la Sala tiene posición que el mismo procede cuando se prueba el nexo causal y es de entidad suficiente como ocurre en este caso.** Nuevamente el apelante trata de minimizar los problemas de humedad, filtraciones de agua, sus incumplimientos en general. Sin embargo, de la prueba testimonial recibida surge que los problemas no eran menores como ya se dijo anteriormente. Eran de entidad suficiente como para que los actores se vieran afectados emocionalmente y laboralmente tal cual lo relatan. La testigo Garrido, encargada del Edificio (fs.151) declaró que había goteras, manchas de humedad, que los demandados sabían de los problemas de

humedad. Otros testigos pusieron de manifiesto el dolor que experimentó la actora por la pérdida de mercadería. Otro testigo (fs.152) refirió a que tuvo que ir a sacar agua del local tres veces, también vio la mercadería dañada. Otro testigo relató que vio llorar a la actora (fs.151 vto). Sin lugar a duda todos esos hechos constatados en el contexto de gran impotencia donde ocurrieron provocaron un daño moral que debe ser indemnizado.”

Lo realmente curiosos de este caso es que daño moral surge a partir de vicios en cumplimiento del contrato que la arrendadora no estuvo dispuesta a reparar, debiendo la arrendataria continuar en el cumplimiento de su prestación (precio). Acá no existe ningún elemento extrapatrimonial, ni en la prestación ni en el interés del acreedor. Eventualmente podrían existir en las consecuencias del vicio, pero estando ante un contrato con contenido tan eminentemente patrimonial quedan serias dudas acerca de su pertinencia desde el punto de vista legal. Igualmente lo acotado del monto que se condena a pagar muestra la prudencia con que el Tribunal aplica la norma.

Daño moral por incumplimiento de un contrato de arrendamiento rural destinado a turismo. (Daños morales moratorios.)

Sentencia 175/2018 TAC3°.

En este caso la Sra A arrendó un inmueble rural con destino al esparcimiento. El arrendador no cumplió con el contrato y no le permitió el uso del mismo en las condiciones pactadas. Así fue que la Sra A inició demanda de cumplimiento específico de contrato de arrendamiento y daños y perjuicios, dentro de los que se encontraba el daño moral en razón de no haber podido disfrutar del inmueble prometido.

Respecto al daño moral, el tribunal manifestó que: *“El incumplimiento ha provocado una sensación anímica disvaliosa en el demandante, que ha visto frustrado su proyecto de tener un lugar de esparcimiento para disfrutar con su familia y amigos, tal como demostró que lo hacía al principio del arrendamiento del campo.- Haber realizado una inversión con objeto de explotación agrícola ganadera y no residir en el lugar, no quita que además contara con el predio de inmensa belleza natural, para disfrutarlo.- No obstante, se vio impedido de ello, por el accionar de la arrendadora, que por obtener un beneficio económico, permitiera a terceros (Elvory S.A.) explotar un yacimiento de balasto, desconociendo groseramente el contrato de arrendamiento rural inscripto que celebrara con el actor, con precio integrado por adelantado.- La Sala reserva el resarcimiento del daño moral -con base contractual- para situaciones de entidad, y la presente la verifica, dado que excede la normal perturbación que cualquier persona deba soportar ante situaciones adversas como arrendatario rural.- Es indudable lo excepcional del caso en análisis”.*

Este caso tiene la particularidad que el daño moral como parte de los daños moratorios ocasionados y no por los daños y perjuicios surgidos a partir de la rescisión de un contrato. Acá podríamos plantear la cuestión de si corresponde indemnizar el daño moral surgido ante la mora en el cumplimiento del contrato. A mi juicio es perfectamente aplicable debido a que como regla general la ley no limita la indemnización de daños a los patrimoniales solo por ser moratorios según se desprende del art. 1341 inciso 2°. En cambio sí los limita ante la demora en el cumplimiento de pagar suma de dinero, pero claramente la limitación tiene como alcance esa clase específica de obligación prevista en el art. 1348.

Compraventa de paquete accionario.

Este caso sucedió en España en 1966, en el mismo se acogió el principio de resarcibilidad, aunque se negó la pretensión por aspectos procesales. El mismo El Corte Inglés S.A. había adquirido las acciones de Grandes Almacenes El Siglo S.A., según el cual este último se había comprometido a dejar expeditos los locales. Posteriormente El Corte Inglés incumple su obligación de abonar las acciones y El Siglo S.A. inicia juicio por rescisión de contrato y daños y perjuicios que comprenden lo de índole patrimonial y el daño moral por el desprestigio que la sociedad supuso el haber mantenido cerradas las instalaciones durante un lapso de tiempo. El Tribunal Supremo admite la resolución del contrato y la indemnización de los daños patrimoniales, pero *...respecto al daño moral como no se ha probado que el incumplimiento tradujera en descrédito o difamación de la entidad actora, ni influyó en su desgraciada situación económica dado que reconoce en la demanda que ésta no existía, y que fue el estímulo para la celebración del contrato cuya resolución se pide, no es posible apreciarlo...*¹⁹⁴

Incumplimiento de contrato de cuenta bancaria.

Este caso también ocurrió en España en el año 1977. Una persona abre una cuenta corriente en un Banco de plaza, el que es absorbido por el Banco Central al poco tiempo. Como consecuencia de este hecho esta persona no pudo disponer del dinero depositado por algún tiempo lo que le ocasionó daños y perjuicios a su honor.

La justicia en tres instancias absolvió al banco de plaza, pero condenó al Central a abonar por concepto de daño moral una cifra equivalente a la depositada. En síntesis, el fundamento fue el siguiente:¹⁹⁵

¹⁹⁴ García López: “*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.*” (1990, p. 324)

¹⁹⁵ (García López, 1990, p. 322) obra citada ut supra.

- El hecho de privar a alguien de disponer del dinero necesario para el giro de sus negocios provocaba daño moral en el afectado.
- En este caso los daños y perjuicios se dan por acreditados sin el menor género de dudas, siendo la apreciación de su existencia y la fijación de su cuantía facultades privativas de esos tribunales.

h. Derecho al trabajo.

Daño moral en ocasión de una relación de laboral.

La sentencia 448/2018 del TAT 3° condenó al empleador a indemnizar el daño moral ocasionado en virtud de un accidente protagonizado en razón del cumplimiento de sus tareas en una relación de trabajo.

También la sentencia 7/2019 del JLC 14° condenó la indemnización de daño moral por haber contraído enfermedad de hantavirus durante un trabajo sin que se hayan cumplido con todos los elementos de seguridad.

Por sentencia 26/2019 el TAC 3° condenó a Cutcsa a indemnizar el daño moral ocasionado en razón de la aplicación de una incorrecta sanción. La peculiaridad del caso es que el trabajador era al mismo tiempo accionista.

En conclusión la jurisprudencia es constante y unánime en indemnizar el daño moral ocasionado por cualquier pérdida en razón de un accidente producido durante una relación laboral, máxime sino fueron cumplidas las medidas de seguridad dispuestas.

i. Daño moral por incumplimiento de una obligación de seguridad.

Contrato de transporte de pasajeros

Sentencia 110/2018 del TAC 1°: condenó a indemnizar el daño moral en razón de las heridas sufridas por un accidente de tránsito en cumplimiento de la obligación de seguridad derivado del contrato de transporte celebrado entre partes.

Sentencia 88/2018 del TAC 3°: *idem*

Accidente ocurrido durante el cumplimiento de contrato de residencia para ancianos.

En sentencia n° 200/2018 del TAC 3°.

En este caso durante el cumplimiento de un contrato de residencia fallece una persona anciana que se encontraba a su cuidado en ocasión de accidente ocurrido cuando el anciano intentaba escapar del hogar. Sus familiares directos demandaron la indemnización de daño moral al centro de residencia o casa de salud.

Lo que ocurrió fue un incumplimiento de la obligación de seguridad que asume el hogar residencial de ancianos, respecto a mantener la integridad física de los residentes.

Lo curioso de este caso fue que la causa del accidente estuvo en el intento de “fuga” de la residente, que se habría caído de una reja del hogar al intentar pasar al otro lado. Esto a lo menos podría calificarse de concausa o “hecho de la víctima”. Sin embargo, no fue suficiente a juicio del tribunal para exonerar de responsabilidad a hogar de ancianos. Este fallo tiene una discordia que no estaba publicada.

Para ambos tribunales (primera y segunda instancia), la obligación de seguridad y cuidado del hogar de ancianos es objetiva citando legislación especial del rubro (art. 9 de ley 17066 y decreto 265/2014) por lo que condenó al centro de salud a indemnizar a los familiares por el daño moral ocasionado a razi del fallecimiento del anciano.

j. Derecho a la salud

Daño moral en razón de contrato de servicio médico.

Es importante resaltar que rara vez se discute en las sentencias en las que en virtud de un contrato haya sido lesionado una persona, la pertinencia o no de indemnizar el daño moral. Por esto es que no ahondaré mayormente en la búsqueda de sentencias sobre estos temas que ya se encuentran laudados a nivel de jurisprudencia. Simplemente se citará una sentencia a modo de ejemplo.

Sentencia 109/2018, TAC 1º: *Sin perjuicio de los ítems relacionados en la demanda, y como señala el TAC 6ª en Sentencia Nro. 298/2009 citando la opinión de la redactora: “En tal sentido, la Sala adhiere a la noción del daño moral que postula Beatriz Venturini, noción que comprende en un solo ítem las nociones planteadas como daño personal, biológico o corporal y moral. Ello, porque consideramos, con la autora citada, que la distinción (oposición entre daño personal o biológico, como lesión a la integridad física, vida de relación, etc., y daño moral si estamos en presencia de dolor o sufrimiento) resulta artificiosa y no ajustada a la realidad, pues el padecimiento, sea de orden psíquico o físico, está siempre presente en ambos tipos (El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, 1ª edición, págs. 27 y 28). Esto no significa soslayar la existencia de las distintas categorías de daño moral (daño estético, daño a la vida de relación, perjuicio sexual, perjuicio juvenil, perjuicio al afecto, etc.) al momento de la estimación del "quantum" del daño por el mero hecho de no cuantificarlas aisladamente. Es más, al tiempo de medir la importancia del daño moral, es necesario estimar los distintos elementos en que este se descompone para llegar a una mejor apreciación de la entidad y magnitud del daño, aunque ello no se refleje en liquidaciones separadas, criterio que nuestra jurisprudencia ha seguido en forma mayoritaria (cf. Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. 25, Vol. 7º, 1ª edición, marzo de 1994, págs. 166/167).”*

Análisis de algunos criterios jurisprudenciales nacionales y extranjeros.

A. Doctrina extranjera.

Previamente a analizar e intentar sintetizar los criterios utilizados por la jurisprudencia a la hora de condenar al pago de daños morales por el incumplimiento de un contrato, haré un breve racconto de otros criterios utilizados por la doctrina extranjera.

En España, Rafael García López hace un resumen de los criterios que se desprenden de una de las primeras sentencias que decidió la indemnización del daño moral de fuente contractual. Esta sentencia es del 9 de mayo de 1984, del Tribunal Supremo, y según el autor es la primera que de manera explícita reconoce la existencia del daño moral contractual.

El caso fue que un abogado contrató los servicios de la guía telefónica para publicitar sus servicios, pero esto no fue cumplido hasta varios años después. El Tribunal entendió que este incumplimiento (o cumplimiento moroso según lo entendemos en nuestro código) ocasionó daños morales al letrado. Ahora, lo más interesante son los fundamentos utilizados.

El autor sintetiza los siguientes puntos¹⁹⁶:

- 1) Principio General de resarcibilidad del daño moral. Así como otrora se superó la concepción exclusivamente patrimonialista de la responsabilidad aquiliana, ahora debe superarse la misma en sede contractual.
- 2) La previsibilidad puede encontrarse ínsita en la propia obligación y derivarse, sin más, de su incumplimiento. El daño ocasionado es previsible porque se trata de “*derivaciones lógicas y normales de ese incumplimiento*”.
- 3) La previsibilidad conectada a la prestación determina la existencia del daño moral, bastando con acreditar el simple incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación. Acreditado el incumplimiento, el daño surge “*in re ipsa*” ya que el mismo es base suficiente para la obtención del valor cuantitativo o repercusión económica (*pretium singulare*), bien haciéndolo en el proceso, ora en su ejecución.
- 4) La sentencia matiza el principio de que el daño debe ser probado en virtud de las circunstancias de ese caso. *Es claro que los perjuicios de carácter material, por su propia naturaleza, necesitarán de la prueba de su existencia y de su extensión, pero el matiz realmente innovador de esta sentencia se encuentra en la consideración in re ipsa del incumplimiento contractual como daño que genera una frustración en el ámbito de los intereses morales del acreedor.*¹⁹⁷

¹⁹⁶ García López: “*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.*”(1990, p. 328)

¹⁹⁷ García López: “*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia.*”(1990, p. 330)

- 5) Otro punto destacable de la sentencia está en la concepción de que el menor incumplimiento de un contrato es susceptible de provocar daños morales a la víctima. Así lo dice “...*que en punto que esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7º, 1º y 1258 del Cod. Civil).*”
- 6) El criterio establecido en este fundamento es justamente el opuesto al sustentado por la mayoría de la jurisprudencia nacional, según el cual el mero incumplimiento no puede implicar un daño *per se*.

En Chile, Carmen Domínguez nos dice que: “*Como segundo aspecto a resaltar, la variedad y multiplicidad de criterios empleados por nuestros tribunales es absoluta. Así se ha resuelto por no citar sino algunas decisiones, que **deben ser considerados diversos factores como son:** la gravedad del hecho punible y el dolor que éste haya originado en la víctima, el grado y forma de participación de los demandados, la extensión de sus responsabilidades, entidad, naturaleza y gravedad del suceso que causa el daño, la clase del derecho extrapatrimonial agredido, las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que derivan del daño causado, su duración y persistencia en el tiempo y la capacidad económica de las partes.*”¹⁹⁸”

Vemos como en los criterios manejados por la prestigiosa profesora, ingresan criterios típicamente relacionados con el aspecto subjetivo del ofensor, lo que salvo excepciones que no hace a estos casos, no son permitidos por nuestra normativa (tampoco por la chilena).

En lo personal entiendo que no debe ser utilizado el criterio relacionado con la capacidad económica de las partes ya que otorgaría un subjetivismo a la indemnización que no es acorde con el principio de igualdad, principio de raigambre constitucional; tampoco el grado y forma de participación de los demandados, por no ser acorde a la naturaleza del instituto según los fundamentos recientemente expuestos.

¹⁹⁸ Domínguez Hidalgo, Carmen: “*El daño moral en el derecho chileno: Panorama general*”. (2004b, p. 711)

En Argentina, Jorge Mosset Iturraspe desarrolla las “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”¹⁹⁹, las que claramente constituyen un decálogo de reglas tendientes a mantener los principios rectores de nuestra normativa civil:

- 1) *No a la indemnización simbólica.*
- 2) *No al enriquecimiento injusto.*
- 3) *No a la tarifación con “piso” o “techo”.*
- 4) *No a un porcentaje del daño patrimonial.*
- 5) *No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.*
- 6) *Sí a la diferenciación según la gravedad del daño.*
- 7) *Sí a la atención a las peculiaridades del caso: la víctima y del victimario.*
- 8) *Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.*
- 9) *Sí a los placeres compensatorios.*
- 10) *Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general “standard” de vida.*

Es importante tener presente que estas diez reglas fueron desarrolladas para la materia aquiliana, igualmente son de plena aplicación para toda la responsabilidad civil.

B. Doctrina nacional.

En nuestro país, Gamarra,²⁰⁰ estudia el tema y concluye que nuestra jurisprudencia cuenta con los siguientes criterios:

- a. Las reglas que elabora la jurisprudencia en materia de daño moral por incumplimiento del contrato guardan estricto paralelismo con las de fuente extracontractual.
- b. El principio general es que la simple ruptura de la relación contractual no es hábil por sí sola para generarlo.²⁰¹
- c. El daño moral sólo es resarcible cuando se manifiesta en hechos éticamente graves o cuando con esa calificación intensiva, afectan la vida de relación del perjudicado u ofendido o inciden de igual manera en su condición existencial...²⁰²
- d. También la maniobra dolosa para perjudicar al pariente o al amigo, o provocar un grave detrimento patrimonial al perjudicado, o llega a afectar su honor, su vida familiar o su

¹⁹⁹ Mosset Iturraspe: “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”. El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación. (2016b)

²⁰⁰ Gamarra, Jorge: TDCU (T. XXV n.d.)

²⁰¹ ...un incumplimiento contractual, cualquiera sea su importancia, no crea por sí solo una presunción de daño moral resarcible (TAC 4°, Sentencia n°135/83). Este criterio es también seguido por el TAC 6° de ese tiempo. Citado por Jorge Gamarra en ACUD Tomo XXV, p. 72.

²⁰² Sentencia de Malherbe que figura en ADCU, XVI, 180. Citado por Jorge Gamarra obra *ut supra*.

futuro, o si por la circunstancia que fuere, le provoca un dolor intenso, angustia y desesperación.²⁰³

Fuera de estos criterios mencionados, Gamarra realiza un breve racconto de sentencias en las que se justificó el recibo de la pretensión resarcitoria por daño moral y otras que no, con criterios tan dispares como un caso en que se negó el acceso a una vivienda con la que un inquilino mantenía un contrato de alquiler y se rechazó la indemnización por daño moral, y otra en que se aceptó el mismo contra una tarjeta de crédito que no funcionó en un viaje familiar al exterior, por más que se aceptó que los viajantes pudieron usar la de un amigo.²⁰⁴

Nuestra jurisprudencia ha ido lentamente aceptando la pertinencia de la reparación del daño moral o extrapatrimonial ocasionado ante un incumplimiento contractual. Existen pocos estudios teóricos específicos sobre el daño extrapatrimonial derivado de un incumplimiento contractual, pero cada vez con más frecuencia nos encontramos ante fallos que establecen criterios sobre los que aceptan su reparación o lo rechazan.

C. Análisis de jurisprudencia nacional.

1. La primera conclusión es que no es posible encontrar criterios jurídicos comunes generales y abarcativos de todas las hipótesis en la jurisprudencia para determinar en qué casos corresponde indemnizar el daño moral. A esta conclusión llego por varias razones:
 - i. la primera es que las sentencias encontradas tienden a no fundamentar con criterio alguno la aceptación o el rechazo de la indemnización del daño moral. Los fundamentos en ambos sentidos suelen ser por demás escuetos al punto que no se invocan razones de hecho o de derecho, sino simplemente criterios generales del tribunal que a modo de conclusión son establecidas como premisas. Esto no permite que pueda determinarse cabalmente los criterios reales de un determinado tribunal.
 - ii. En segundo lugar, porque el daño moral concebido como un fuerte dolor o aflicción es de muy difícil prueba, debiendo recurrirse al criterio *in re ipsa* para poder sortear esta dificultad. Ahora, recurrir a este criterio suele ser una potestad que aplican con extrema discrecionalidad los tribunales, no siendo para nada claro las razones en que optan por aceptar o no este criterio.

²⁰³ Nuevamente Gamarra cita a Malherbe por entender que sus criterios han sido lo más determinantes en la consideración de la jurisprudencia.

²⁰⁴ Gamarra, Jorge. TDCU. *Obra ut supra*.

2. La jurisprudencia es unánime en aceptar que el daño moral ocasionado como consecuencia de un incumplimiento contractual debe ser indemnizado, existiendo divergencia sobre su alcance. No se han encontrado sentencias que rechacen desde el punto de vista jurídico la pertinencia de indemnizar daños extrapatrimoniales derivados de un incumplimiento contractual.
3. El punto fundamental que analiza la jurisprudencia es si el incumplimiento es susceptible de ocasionar angustia o *pretium doloris* en la víctima, ya que en los casos en que decide concederlo se fundamenta en que dicho incumplimiento ocasionó una profunda angustia en la víctima. Sin embargo, rara vez justifica qué criterios fueron utilizados para alcanzar esta conclusión. La limitación del concepto de daño moral al de *pretium doloris* puede llevar a una limitación en la aplicación del instituto, sin embargo, la orfandad argumentativa de las sentencias relevadas no permite realizar más conclusiones.
4. Sobre los criterios para fijar el quantum indemnizatorio, los mismos son variados y coinciden en general con los criterios para la determinación del daño moral de fuente extracontractual. Lo importante es tener presente la naturaleza resarcitoria-compensatoria del instituto, no existiendo hasta el momento una casuística relevante de la que se desprenden criterios uniformes aceptados por una generalidad de jueces. Incluso de varias sentencias analizadas no se desprende que estemos ante un caso en el que se haya ocasionado algún dolor a la víctima.
5. En relación con la prueba, la concepción restrictiva entiende que el daño moral debe ser probado por lo menos en su existencia y entidad, siendo la determinación del *quantum* reservado al criterio exclusivo y subjetivo del magistrado. Esta es la posición incluso de la Suprema Corte de Justicia según sentencia 7/2015.
6. A mi juicio, no es aceptable la concepción restrictiva en materia de prueba por dos razones:
 - a. en primer lugar, porque la práctica forense ha tornado esta prueba en una formalidad casi ridícula, pidiendo algún testimonio de haber visto al actor en estado de aflicción (con la falta de equidad que este criterio representa);
 - b. en segundo lugar, porque es profundamente injusto y contrario a principios elementales de igualdad ante la ley que la indemnización (objetivo principal en la gran mayoría de los juicios contractuales) dependa de la reacción psicológica de un individuo.

7. Ahora, más allá de la falta de fundamentos que es la característica principal de esta clase de sentencias, de manera deductiva podemos encontrar los siguientes patrones o criterios de alcance parcial respecto al daño moral contractual:
 - a. El elemento principal de interés para la jurisprudencia es si el incumplimiento contractual provocó de alguna manera algún sufrimiento en la víctima (*pretium doloris*). En algunos casos evidentemente claros esta prueba es *in re ipsa*, en otros se requiere prueba especial como testigos o pericias.
 - b. No se han encontrado sentencias que rechazan la pertinencia de indemnizar el daño extrapatrimonial en virtud de asignarle naturaleza exclusivamente patrimonial a un contrato ni por no estar prevista jurídicamente. Ninguno de estos dos puntos han sido objeto de análisis por la jurisprudencia reciente.
 - c. Los dos fundamentos más frecuentemente mencionados para negar una indemnización de carácter extrapatrimonial son:
 - i. Falta de entidad del daño ocasionado.
 - ii. Falta de pruebas respecto al daño ocasionado.
 - d. De estos fundamentos utilizados para el rechazo de una pretensión indemnizatoria de daño moral no es posible extraer conclusiones generales con el objetivo de elaborar criterios que sean aplicables en futuros casos.
 - e. La jurisprudencia prácticamente no toma en cuenta:
 - i. La naturaleza de la prestación.
 - ii. El interés del acreedor.
 - iii. La previsibilidad del daño
 - iv. El régimen jurídico aplicable (civil, comercial consumidor).
 - v. La intención (dolo o culpa).
8. Tampoco la jurisprudencia analiza el elemento subjetivo, o sea si el incumplimiento fue realizado con dolo, culpa grave o leve. Aunque se puede observar que en aquellos casos en los que no surge de manera manifiesta el *pretium doloris* (como aquellos casos con características comerciales) podemos ver que a juicio del tribunal estábamos ante casos de incumplimiento doloso. Igualmente, no es posible concluir que la indemnización fue otorgada a raíz del elemento subjetivo debido a la poca cantidad de casos relevados.
9. Dentro de la concepción restrictiva se entiende que para que estemos ante la configuración de un daño moral indemnizable debe haber:
 - a. Cierta entidad cuantitativa (posición de Mosset Iturraspe acompañada en nuestro país por Jorge Gamarra).

- b. Debe estar revestido de características muy especiales que permitan suponer que hubo de afectar el equilibrio emocional y psíquico del otro contratante, ya que todo incumplimiento de contrato provoca sentimientos de ira que no son indemnizables.
 - c. Debe existir prueba efectiva del daño emocional y psíquico no siendo aceptable la prueba *in re ipsa* como regla general.
 - d. La indemnización será estrictamente reparatoria o indemnizatoria del daño causado.
10. Por otra parte, la concepción amplia, sustentada por el TAC 1° y 3°, entiende que:
- a. No es necesario probar la existencia efectiva del daño moral cuando la misma se desprende de manera evidente de los hechos (Venturini).
 - b. No requiere una excepcional gravedad. Posición de Mariño y Venturini. Solo debe superar “los meros disgustos, molestias o sin sabores” (TAC 1°).
 - c. El instituto del daño moral no solo cumple una función indemnizatoria, sino también “paliativa y compensatoria” del daño ocasionado (TAC 1°).
 - d. El accionar doloso es particularmente susceptible de provocar daño moral. Esto no fue expresado a texto expreso por ningún tribunal, pero se deduce de las sentencias analizadas del TAC 1° y TAC 3°.
11. Se comparten los cuatro criterios mencionados por Gamarra en su tomo XXV²⁰⁵, especialmente lo relativo a que el mero incumplimiento no es suficiente para provocar un daño extrapatrimonial. La jurisprudencia es constante en afirmar que la indemnización por daño moral no procede automáticamente ante cualquier incumplimiento contractual.
12. Sin embargo, las maniobras dolosas (especialmente a parientes y allegados), las actitudes éticamente reprobables, y la afectación del honor, prestigio o vida en sociedad son elementos tomados en cuenta por nuestros jueces al momento de evaluar una posible condena por daño moral.
13. Ahora, estos criterios no alcanzan a justificar la totalidad de los casos analizados, ya que en varios no se encontraba afectada ninguna de las variables mencionadas y sin embargo se condenó al pago de daño moral o extrapatrimonial.

Como conclusión parcial haría una exhortación a nuestros magistrados para que las sentencias se fundamenten con mayor rigor y precisión jurídica las indemnizaciones

²⁰⁵ Gamarra, Jorge. TDCU. (T. XXV n.d.)

por daño extrapatrimonial en virtud de un incumplimiento contractual. Especialmente deberían mencionar: gravedad del incumplimiento, gravedad del daño, origen del bien extrapatrimonial dañado (prestación, interés del acreedor o como consecuencia del daño). Esto ayudará a comprender realmente el fundamento del tribunal.

CAPÍTULO VI: ASPECTOS PROCESALES.

15. La prueba en el daño moral o extrapatrimonial contractual.

- a. **Criterios judiciales de aplicación de normas civiles y procesales. Presunciones judiciales. Juramento Estimatorio.**
- b. **El daño moral como “hecho notorio”.**
- c. **Postura que considera suficiente la prueba del hecho ilícito para proceder a la indemnización de los daños extrapatrimoniales. Medios de prueba requeridos para acreditar el daño moral.**
- d. **Respecto a los daños “inmateriales”, “indirectos” y/o materiales de difícil cuantificación.**
- e. **Crítica a la posición tradicional por violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.**
- f. **Daño *in re ipsa*.**

a. **Criterios judiciales de aplicación de normas civiles y procesales. Presunciones judiciales. Juramento estimatorio.**

Se puede apreciar apenas uno comienza a analizar sentencias, la presencia de criterios residuales de indemnización ante la carencia de pruebas de la cuantificación de los daños ocasionados. Esto nunca queda de manera explícita en los fundamentos de una sentencia, pero se puede concluir con relativa facilidad. En este sentido es coincidente Carmen Domínguez que nos dice: “...resultarían ciertas las tesis que abogan por una limitación o incluso abrogación de esta categoría de daño ante los excesos a que ellas conducen, reclamo que alude a una serie de prácticas bastante frecuentes en los tribunales: conceder una indemnización por daño moral cuando no se ha logrado probar los daños materiales, fijar una suma cuantiosa por este concepto cuando la indemnización por el daño material es reducida o cuando la conducta de responsable es especialmente reprochable, entre otras...”²⁰⁶

²⁰⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen: “El daño moral en el derecho chileno: panorama general”(2004, p. 710)

Este es otro aspecto de capital importancia. Tanto doctrina como jurisprudencia requieren que el daño moral haya sido efectivamente probado, por lo menos en cuanto a su efectiva configuración, no así en lo relacionado con la entidad, que podrá ser objeto de estimación por parte de los jueces (art. 1611 CC), aunque no son pocos los jueces que exigen la prueba de ambos elementos.

Nuestra jurisprudencia es constante en rechazar pretensiones para indemnizar el daño moral por falta de prueba, aunque dependiendo del caso, suelen exonerar de este requisito cuando el daño moral surge de manera evidente de las circunstancias del caso (*in re ipsa*).

A mi juicio, no resultan claros los criterios que utiliza la jurisprudencia para exonerar o exigir prueba del daño moral, dando lugar a una enorme discrecionalidad y por tanto inseguridad a la hora de la preparación de un juicio.

La aplicación del principio de *favor victimae* lleva a suavizar algunos de los criterios probatorios previstos. Lorenzetti nos dice que: “*Se habla de una regla “favor victimae”, de presunciones de causalidad, de responsabilidad, de culpa, a través de la prueba in re ipsa, y de la inversión de la carga probatoria.*”²⁰⁷

Caumont en una visión parecida nos dice que: “*Por lo tanto los avances configurados por las nuevas miradas iusprivatistas sobre el fenómeno de la responsabilidad civil, que centraron el enfoque en el daño y en su víctima, han exigido un correlativo cambio en el derecho de los procesos para canalizar las transformaciones sustantivas hacia el objetivo de la salvaguarda de las víctimas por medio de la preservación de su indemnidad. Ese correlato en el segmento de liturgia procesal se exterioriza, por ejemplo paradigmáticos, en la facilitación del acceso a la posesión de estrados, en la viabilización de las acciones colectivas, en la estructuración de la tutela inhibitoria, en la instauración de presunciones de culpabilidad y en la flexibilización de los principios clásicos en sede de probanzas...*”²⁰⁸

Por otro lado, nuestra normativa civil cuenta con un instituto específicamente previsto para el caso de dificultad probatoria respecto a la entidad del daño ocasionado. Este instituto es el previsto en el art. 1611 del Código Civil y denominado juramento estimatorio. Es

²⁰⁷ Lorenzetti, Ricardo: “*La responsabilidad civil*”. (2015a, p. 379)

²⁰⁸ Cuando el derecho sustantivo coloca en estandarte la consigna de amparo al débil, vale decir, el favor debilis y el favor victimae como eje a partir de los cuales se precipitan nuevas maneras de lectura, interpretativas y categorizadoras, pero el Derecho procesal no acompaña esos paradigmas innovativos con la correlativa ruptura respecto de las postulaciones probatorias clásicas previstas para otras realidades, entonces la tensión emerge y se preordena inmediatamente como un obstáculo de relevancia para la obtención de los objetivos protectorios...” Caumont, Arturo: “*La prueba del daño en Uruguay. La tensión entre el derecho sustantivo y la liturgia procesal*” Tratado jurisprudencial y doctrinario. (2015, p. 957)

importante precisar que el mismo está pensado únicamente para estimar la entidad del daño y no su existencia, el que debe de haber sido acreditado certeramente.

Es así que Abal, siguiendo a Couture, entiende que este mecanismo debía deferirse a la etapa de liquidación de sentencia, ya que es condición la existencia de una sentencia ejecutoriada. Tarigo entendía que no era necesario y que podía perfectamente realizarse en audiencia complementaria.²⁰⁹

El juramento estimatorio prevé ciertos requisitos para su aplicación: casos de delito, cuasidelito o dolo lo que muestra a mi juicio un beneficio de carácter probatorio relacionado con el elemento subjetivo del ilícito. A esto se le suma la previsión del art. 684 del Código Civil y 684 y 742 del Código de Comercio que parece confirmar esta suposición.²¹⁰

Finalmente recordaré lo ya dicho en capítulo sobre daños en este trabajo. Los elementos probatorios serán una segunda amputación que sufrirá el principio de reparación integral del daño.

Al decir de Gamarra: *“Tengo el convencimiento, a través de larga práctica en los tribunales de mi país y estudio de la jurisprudencia nacional, que el perjuicio casi nunca se repara íntegramente, y en definitiva paga justo por pecador. Esa timidez de los jueces, cuando otorgan indemnizaciones que en derecho corresponden, puede contrarrestarse en parte con interpretaciones como la que acabo de exponer. La cual, además, está impuesta con la fuerza de convicción del principio general que prescribe la reparación de todo perjuicio.”*²¹¹

b. El daño moral como “hecho notorio”.

Ahora, entiendo que en la gran mayoría de los casos el daño moral o extrapatrimonial ocasionado en razón de un incumplimiento contractual, de existir, surgiría como “hecho notorio” o como resultado evidente y natural que un incumplimiento de esas características ocasiona a un ciudadano común.

Nuestras normas procesales perfectamente permiten evadir la difícil carga de probar estos hechos, siempre que los mismos sean notorios o surjan de manera natural de las consecuencias del incumplimiento del contrato. En este punto los razonamientos realizados en materia de responsabilidad extracontractual son perfectamente extensibles a la responsabilidad

²⁰⁹ Abal Oliú, Alejandro: *“Derecho Procesal”*. (Tomo IV 2018, p. 202)

²¹⁰ Para el Dr. Abal Oliú no está claro que las disposiciones del Código de Comercio aún mantengan vigencia en virtud de la aprobación del CGP en el año 89, el que podría haberlas derogado, no así al 684 del código civil que fuera aprobado nuevamente en el año 1994. Abal Oliú, Alejandro: *“Derecho Procesal”*. (Tomo IV 2018, p. 202).

²¹¹ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XVIII n.d., p. 21)

contractual.²¹² Estas presunciones, en tanto presunciones simples admitirán prueba en contrario.²¹³

*Venturini trae a colación las enseñanzas del Maestro Couture quien subrayaba que lo evidente no requiere de prueba, así, a falta de prueba los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas, y la regla en ese sentido es la de que los hechos normales no son objeto de prueba. En cambio, lo que no es normal, lo inusual, sí debe demostrarse.*²¹⁴

Los medios de prueba aceptados para acreditar el daño moral son todos los previstos en nuestro régimen procesal. Es usual el llamado de testigos que se limitan simplemente a declarar ante el juez haber presenciado la angustia y dolor que le provocó el incumplimiento del demandado en el contrato. También puede realizarse mediante pericias psicológicas, las que a su vez colaboran en determinar la entidad del daño ocasionado, sus características y particularidades.

c. Postura que considera suficiente la prueba del hecho ilícito para proceder a la indemnización de los daños extrapatrimoniales. Medios de prueba requeridos para acreditar el daño moral.

²¹² Federico Arregui Mondada realiza una buena síntesis de esta práctica forense al decir: “Conforme con Gherzi y Weingarten,(70) el daño moral debe en principio ser probado por quien pretende haberlo sufrido, salvo cuando se presenta como un hecho notorio y evidente en cuyo caso no requiere de prueba específica pues resulta obvio y debe presumirse, esto es así frente al dolor experimentado por el padre ante la muerte de un hijo y viceversa, o una lesión invalidante que se prolongará durante toda la vida, a partir de la acreditación del hecho se infiere la existencia de daño moral. Si bien en general ello acontece naturalmente en el círculo íntimo parental del fallecido, ello no impide que otras personas puedan invocar la existencia de sentimientos de aflicción frente a la muerte de un amigo, pero aquí sí hay una cuestión de prueba mediante pues en esos casos el daño no se presume y exige una demostración de su existencia.” Arregui Mondada, Federico: “El daño moral” El daño moral o extrapatrimonial y su cuantificación.. (2016b)

²¹³ También en nuestro país el Prof. Gamarra ha entendido que “los principios generales que rigen en materia probatoria permiten recurrir a las presunciones judiciales en tanto dicha presunción sea acorde a las reglas mismas de la experiencia, tal como sucede en el caso del dolor de los ascendientes, descendientes y cónyuge, el complejo de inferioridad del mutilado, el descrédito derivado de la difamación, por lo que no será necesario probar el daño en ciertas circunstancias, sin descuidar que se trata de presunciones simples, ergo admiten prueba en contrario, como sucede en el caso del padre que desatendía sus deberes inherentes a la patria potestad, los cónyuges separados, etc.” Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XIX n.d.)

²¹⁴ Beatriz Venturini, citado por (Arregui Mondada, 2016c) obra citada ut supra

Por otro lado, existe cierta doctrina, que considera suficiente la prueba del hecho ilícito para aceptar la indemnización del daño moral para ciertos casos en los cuales el mismo surge claramente de las reglas de la experiencia.²¹⁵

Así en España, el Tribunal Supremo consideró que la prueba de vicios constructivos en una vivienda que derivaron en el desalojo y privación de uso de parte de la misma por su adquirente era prueba suficiente para proceder a la indemnización del daño moral ocasionado. Exigir prueba de la exactitud del grado de molestia constituiría una prueba diabólica.²¹⁶

Como podemos ver en la doctrina, a diferencia de la jurisprudencia, es clara la postura en cuanto a aceptar el carácter *in re ipsa* de los daños extrapatrimoniales. La jurisprudencia tiende a ser más restrictiva a la hora de aceptar el criterio *in re ipsa* para la prueba.

En lo personal comparto plenamente el criterio mayoritario de la doctrina, a lo que solo cabe preguntarse a qué se debe el encono jurisprudencial en exigir pruebas concretas de algo que no es posible probar.²¹⁷

Este criterio tradicionalmente restrictivo de la jurisprudencia puede tener su origen en un habitual prejuicio que campea en los juzgados y esto es evitar la “*industria del juicio*” en nuestro país, algo habitual en sistemas anglosajones. Sin embargo, este es un razonamiento equivocado. En nuestro derecho no existen los denominados daños punitivos (derecho de “*torts*” *anglosajón*) estatuto que es la fuente de las cuantiosas indemnizaciones que uno puede ver en las películas producidas en Hollywood. No existiendo en nuestro país, lejos estamos de

²¹⁵ “No es necesaria prueba alguna concreta para precisar la ocurrencia del daño moral en cuanto se lo debe tener por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (prueba *in re ipsa*) siendo al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral.” Gil Barragán: “Elementos del daño moral”.(2008a, p. 161)

²¹⁶ “Probada la existencia de los daños morales imputables al incumplimiento del deudor, los tribunales tienen la difícil tarea de cuantificar o evaluar económicamente los mismos. En los casos de incumplimiento del contrato de adquisición de vivienda por entrega de un inmueble con vicios o defectos constructivos, el Tribunal Supremo considera suficiente la prueba del hecho generador del daño moral –desalojo temporal de la vivienda, privación del uso de los elementos comunes de la edificación, etc.–, pues exigir, además, la acreditación en términos cuantitativos de la exactitud del grado de molestia sufrida por los adquirentes constituiría una probatio diabólica “.García y Pomar: “El daño moral y su cuantificación” (2017, p. 221)

²¹⁷ Tengo el convencimiento, a través de larga práctica en los tribunales de mi país y estudio de la jurisprudencia nacional, que el perjuicio casi nunca se repara íntegramente, y en definitiva paga justo por pecador. Esa timidez de los jueces, cuando otorgan indemnizaciones que en derecho corresponden, puede contrarrestarse en parte con interpretaciones como la que acabo de exponer. La cual, además, está impuesta con la fuerza de convicción del principio general que prescribe la reparación de todo perjuicio. Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XVIII n.d., p. 21)

poder desarrollar una “*industria del juicio*” ya que las indemnizaciones por daño extrapatrimonial siempre son exiguas, no ameritando el riesgo de iniciar juicios sino cuando se tiene la certeza de lograr el objetivo. Un exceso en los montos indemnizatorios podría provocar este efecto (el que comparto es sumamente negativo), pero al momento se está muy lejos de alcanzar este punto.

En conclusión, por la naturaleza del daño extrapatrimonial resulta innecesario que se exija prueba de la efectiva aflicción ocasionada por el incumplimiento de una obligación contractual cuando esto se deriva de manera lógica y evidente de los hechos acontecidos. El incumplimiento de ciertas prestaciones provocará daños extrapatrimoniales en la amplia mayoría de la población y esto debería ser razón suficiente para aplicar las presunciones previstas en nuestra norma procesal.

Por otro lado, la efectiva prueba de la aflicción ocurrida, mucho más de la entidad de la misma, es de prueba compleja siendo calificada como *prueba diabolis* por cierta jurisprudencia extranjera, por lo que debería ser de aplicación el instituto del juramento estimatorio previsto en el 1611 de nuestro Código Civil.

d. Respecto a los daños “inmateriales”, “indirectos” y/o materiales de difícil cuantificación.

Por otro lado se encuentran aquellos daños “inmateriales” que no son otra cosa que daños materiales de difícil cuantificación, tal como el desprestigio profesional o la pérdida de imagen de un negocio. En este caso el daño ocasionado tiene consecuencias materiales claras y evidentes, aunque de casi imposible cuantificación. Para esto es que la jurisprudencia recurre a institutos análogos como el daño moral. En la práctica el juez debe estar absolutamente convencido de que la víctima no cuenta con ninguna otra posibilidad de reparar los daños sufridos, de lo contrario la misma será negada.

“A pesar de la declaración relativa a los “daños inmateriales” contenida en la sentencia, no cabe descartar que, en el fondo, lo que el Tribunal Supremo esté indemnizando en la sentencia sean los daños económicos derivados del descrédito profesional o de la disminución de la clientela del abogado, de difícil prueba, y de difícil delimitación respecto de lo que serían estrictamente daños morales (por eso, junto a los “daños inmateriales”, el Tribunal se refiere a los “daños relativamente patrimoniales o indirectos”) (en este sentido,

por ejemplo, DIEZ PICAZO (2008, p. 793))”.²¹⁸

e. La pérdida de chance y el daño moral.

Otro tema también de particularidad complejidad es la hipótesis en la cual no existe daño cuantificable sino una pérdida de una chance futura. El análisis de las probabilidades que se perdieron suele ser un asunto extremadamente complejo. Sin embargo esto no obsta a que estemos ante un daño indemnizable.

En términos prácticos, este punto tiene especial relevancia en relación con la responsabilidad profesional de los abogados al perder una oportunidad procesal.²¹⁹ Igualmente es perfectamente indemnizable este rubro debiendo hacerse un cálculo de probabilidades sobre las chances de éxito que habría tenido en caso de no haber perdido la chance. Esto requiere elaborar un juicio hipotético de futuro.²²⁰

A mi juicio, no existen razones para negar la indemnización del daño extrapatrimonial en el caso de pérdida de chance. Que el mismo sea una pérdida de chance no implica que no se cumplan con los requisitos previstos en el 1346 del Código

²¹⁸ Solè Feliù: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español.”(feb, 2009b, p. 20)

²¹⁹ “La idea de la pérdida de la oportunidad como supuesto de daño moral se encuentra también en diversas sentencias relativas a responsabilidad de abogados y procuradores, cuya negligencia frustra las expectativas procesales de su cliente (pérdida de una oportunidad procesal). Constituyen ejemplos de esas negligencias procesales, el no informar al cliente sobre la conveniencia de acudir a los tribunales, de las posibles costas procesales, o de las posibilidades de éxito o fracaso de una acción, también el hecho de no interponer una demanda o un recurso cuando así lo había decidido el cliente, o su interposición fuera de plazo (entre otras, SSTs 14.7.2005 [RJ 2005\6532]; 15.2.2008 [RJ 2008\2670]). Las dificultades para entrar a valorar la probabilidad de que la víctima hubiese obtenido una resolución favorable, de haber sido la acción correctamente ejercitada, ha llevado a un buen número de tribunales a solapar ese juicio y a indemnizar exclusivamente el simple “quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso de lo que la doctrina considera, el daño moral” (STS 25.6.1998 [RJ 1998\5013]), la “frustración de las expectativas generadas por las posibilidades de éxito del recurso” (STS 26.1.1999 [RJ 1999\323]), o el daño moral que consiste en “haber impedido el ejercicio de una acción legítima y adecuada a las circunstancias del caso.” Solè Feliù: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español.”(feb, 2009c, p. 25)

²²⁰ “Establece el art. 1346 que no son resarcibles los daños indirectos o mediatos, ni los imprevisibles, y así traza una línea demarcatoria en el perjuicio sufrido por el acreedor; no todos los daños que éste padece son indemnizables; fuera de la zona del daño en sentido jurídico hay perjuicios causados al acreedor por los cuales el deudor no responde. No hay diferencia de régimen entre el lucro cesante y el daño emergente; ambos deben ser resarcidos igualmente, y a las dos categorías se aplican, por igual, todos los requisitos generales del daño...La certeza del daño emergente no suscita problemas; en cambio, el lucro cesante asume generalmente la forma de daño futuro, y por tanto, requiere elaborar un juicio hipotético”. Gamarra, Jorge. TDCU.(Tomo XVIII n.d., p. 24)

Civil ya que la propia pérdida de una chance es susceptible de ocasionar un daño extrapatrimonial.

f. Crítica a la posición tradicional por violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.

Este tema me lleva a realizar una particular reflexión acerca de la pertinencia de estos medios probatorios para la prueba del daño moral. En primer lugar, resulta absolutamente injusto hacer depender la posibilidad o no de una indemnización en función de aspectos estrictamente psicológicos de una persona. Es verdad que el daño moral tiene un fuerte componente psicológico en su concepto (por lo menos en el tradicional) ya que justamente es el daño psicológico o aflicción ocasionado, pero a mi juicio un orden jurídico no puede estar librado a la subjetividad específica de las partes en pugna, sino que las normas deben ser generales y comunes para todos, por supuesto partiendo de un común denominador que puede tener su base en la percepción media que la sociedad tiene sobre un determinado hecho, el que sin dudas también estará cargado de subjetividades, pero que serán de menor entidad que si dejamos la apreciación sobre la existencia y graduación del daño moral a la psiquis de cada persona.

Por ejemplo, el incumplimiento en la entrega de una vivienda, puede causarle angustia a unas personas, pero no a otras, dependiendo de la fortaleza psicológica del damnificado y también de su solvencia económica. En materia de daño contractual este punto es particularmente relevante ya que no todas las personas asumen el riesgo contractual de la misma manera y por tanto la aflicción psicológica que puede ocasionar un incumplimiento contractual es extremadamente variable según la psiquis de las personas.

A mi juicio, es correcto tomar en cuenta la fortaleza económica de la persona, ya que nuestro régimen indemnizatorio únicamente corrige los daños efectivamente causados, pero no entiendo que sea pertinente ni mucho menos equitativo, tomar en cuenta el estado síquico de la persona, especialmente si la no entrega de la vivienda causa especiales angustias o malestares a la persona. En este caso, se debe aplicar el límite de la previsibilidad previsto en el art. 1346, salvo que hubiere existido dolo, hipótesis en la cual no se debe aplicar este límite.

El límite de la previsibilidad tiene una onda aplicación en el daño moral de fuente contractual, ya que el incumplidor del contrato sólo deberá abonar los daños que hubieran sido previsibles (nuevamente, salvo que mediare dolo), y la existencia de daños psíquicos o angustias por encima de la media de una persona sana y normal, no son previsibles (por supuesto que siempre deberán tomarse en cuenta las particularidades de cada caso).

Como dice Lorenzetti: “Lo cierto es que como agudamente lo observa Alterini, la reparación se articula sobre la previsibilidad ordinaria de las consecuencias.”²²¹

Este debate tiene relación directa con otro debate planteado al inicio de este trabajo y es el origen del daño extrapatrimonial. Específicamente si el daño proviene de la prestación misma (carácter objetivo) o del interés del acreedor (carácter subjetivo), o del daño propiamente dicho. Si partimos de un carácter subjetivo del daño moral, sin duda será requisito indispensable acreditar su existencia a lo menos, sin embargo, desde una concepción objetiva, resulta irrelevante (o al menos es más sencillo justificarlo) que la persona haya sufrido un dolor o aflicción de manera concreta, basta con que los hechos sufridos sean susceptibles de provocar dolor o aflicción a la media de la población, según los conocimientos generales de los jueces y las reglas de la sana crítica.

En otras palabras, cuando el carácter extrapatrimonial surge de la propia prestación, la prueba será *in re ipsa*, ya que son las propias circunstancias las que acreditan el daño. Por otro lado, cuando el carácter extrapatrimonial surge del interés del acreedor, al menos se deberá acreditar este interés y su legitimidad, y según las circunstancias del caso, deberá o no probarse el daño ocasionado por el incumplimiento.

En caso que el daño extrapatrimonial surja como consecuencia del incumplimiento, resultará indispensable acreditar el nexo causal o relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado. Acá la indemnización de daño moral también surgirá de la propia naturaleza del bien dañado, siempre que este sea consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, total o parcial, y/o vicio que dio origen al daño.

Además, esto permitiría solucionar el problema inverso (debate clásico en materia aquiliana), ¿qué sucede si una persona reclama ante un hecho ilícito cualquiera, daño moral por haberle provocado un profundo dolor o aflicción, pero sin relación causal entre el ilícito y el dolor? Ej, un peatón reclama daño moral por haber presenciado un accidente de tránsito, del que no fue víctima ni partícipe de ninguna manera. Pero igualmente el haber presenciado el accidente con resultado muerte le provocó una enorme aflicción y efectivamente consigue probar tal extremo. ¿Es razonable indemnizar a esta persona? ¿Quién provoca un accidente debe indemnizar a todos lo que presencian el mismo? ¿o solo a los que son afectados psicológicamente? Por otro lado, la concepción subjetiva tampoco logra explicar los casos en los que la persona no sufre ninguna clase de dolor ya sea por haber perecido, o por haber

²²¹ Lorenzetti, Ricardo: “El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? LA Ley - Doctrinas esenciales.(2007, p. 5)

perdido la conciencia y sensibilidad. No es razonable concluir que cuanto más dolor pueda uno infligir, menos susceptible será de indemnización.²²² A mi juicio no parece razonable llegar a tal conclusión, por lo que debe haber una relación directa entre el daño moral, el sujeto y la prestación.

Las normas jurídicas que regulan el accionar de las personas deben tender siempre hacia la objetividad, y no parece razonable hacer depender una indemnización de la fortaleza psicológica del perjudicado, ya que esto provocaría enormes diferencias en la aplicación del derecho.

Por otro lado, esto es contrario al principio de que todos somos iguales ante la ley. Si el contrato es ley entre las partes, todos deberíamos tener derecho a una compensación equivalente en caso de un incumplimiento. Sin embargo, esta interpretación hace depender de la fortaleza psicológica de cada individuo o de la eventualidad que alguien haya sido testigo de la aflicción (y esté dispuesto a testificar) para permitir una indemnización, cuando en una sociedad republicana el derecho a recibirla debería surgir de mecanismos objetivos de determinación.

En conclusión: Es por esto que a mi juicio, constatado el incumplimiento contractual y siendo éste susceptible de provocar angustia y/o aflicción en la persona afectada, las reglas de la experiencia permiten obviar la prueba específica de la existencia de la misma, la que por supuesto, admitirá prueba en contrario, como toda presunción simple. De lo contrario, estaríamos ante la injusticia de exigir la denominada *prueba diabolis*, cuando en virtud de las reglas de la experiencia la misma no sería necesaria.

Deberá ser el juez quien interprete en cada caso, según los hechos probados, si este incumplimiento es susceptible o no de provocar daño moral y en qué intensidad, no siendo necesario a mi juicio la prueba específica del dolor en el caso concreto, siempre que no surja de manera evidente de las circunstancias del caso, según la experiencia del magistrado y no según el sentimiento particular de la víctima.

En un caso de nuestro país en el que se reclamaba la reparación del daño debido al robo de un reloj a inquilinos de un contrato de hospedaje, y donde se condenó al hotel a abonar el daño moral sufrido por los hospedantes en virtud de dicho robo, **el Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno**²²³ dijo: "*Admitiendo que no fue alegado ni acreditado que el hecho hubiera provocado a la víctima daño físicos ni grave perturbación síquica, el tribunal – que*

²²² Domínguez Hidalgo, Carmen: "*El daño moral en el derecho chileno: panorama general*". (2004b, p. 699)

²²³ Sentencia de segunda instancia n° 130/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo civil de 1° turno.

tiene un concepto amplio de daño moral que rechaza la restricción a situaciones de excepcional gravedad – entiende que el hecho sobrepasa lo que se puede calificar como meros disgustos, molestias o sinsabores que la vida cotidiana y sus avatares normales nos imponen ocasionalmente soportar. Por el contrario, considera que la especial circunstancia en que ocurre el evento dañoso hace que sea más que un simple contratiempo, que les haya producido una aflicción intensa y merite una moderada compensación, que el Tribunal fijará en U\$S 2000, con los intereses legales correspondientes."

Lo curioso de esta sentencia es que la misma reconoce a texto expreso no solo que no fue acreditada la existencia de perturbación síquica alguna, sino que ni siquiera fue alegada, por lo que esta Sede no comparte las opiniones anteriormente vertidas acerca de que el daño moral requiere de prueba aunque sea en su existencia.

g. Daño *in re ipsa*.

El concepto de daño *in re ipsa* es habitualmente citado en sentencias para justificar una condena sin pruebas específicas sobre el daño en sí mismo, ni mucho menos sobre su cuantificación.

El daño *in re ipsa* es aquel que surge como consecuencia clara evidente de las propias circunstancias acreditadas en el caso: ej el fallecimiento de un familiar indudablemente genera daños en sus familiares directos. Este criterio probatorio tiene base legal en las propias presunciones de nuestro CGP (art. 138) y en el art. 1611 del Código Civil, por más que este último esté pensado específicamente para la cuantificación del daño y no para su determinación.

Por otra parte, el daño *in re ipsa* implica una presunción simple que admite prueba en contrario. Ej: un demandado puede probar que en realidad el familiar no tenía vínculo con el fallecido y por tanto no corresponde su indemnización.

Edgardo Ettlín clarifica el punto de la siguiente forma: *“El daño que fuere reclamado como extrapatrimonial o moral puede según las circunstancias evaluarse “in re ipsa”, aunque la Jurisprudencia puede exigir la prueba (por lo general, la objetivación “in re ipsa” se reserva para situaciones de gravedad conforme a estándares medios de sensibilidad social, que no se guarda para los temas comerciales); en este sentido no existe diferencias respecto al sistema general del derecho de daños. Dentro de ello quedará la discusión si las personas jurídicas (por lo general serán empresas, sociedades o corporaciones las que promuevan la acción por competencia desleal) están o no legitimadas para reclamar el daño moral.”*²²⁴

²²⁴ <http://edgardoettlin.blogspot.com/2018/10/>

En Argentina, Marino dice lo siguiente: “Nos referimos puntualmente a los casos en los que los jueces afirman que el daño moral surge *in re ipsa*”; o sea, supuestos en los que se desprende de los hechos mismos que han sido acreditados. **En efecto, la jurisprudencia suele hablar de daños *in re ipsa* (daños que *surgen de los hechos mismos*) cuando ellos se infieren de los propios hechos que resultaron acreditados en el proceso; es decir, cuando el perjuicio es considerado existente —aun sin prueba directa— por el solo hecho de encontrarse acreditado un evento lesivo de cierta entidad.** ²²⁵

Lamentablemente la jurisprudencia no brinda elementos que nos permita establecer cuándo estamos ante un daño que pueda ser catalogado como *in re ipsa*, por lo que termina de conformar una más de las arbitrariedades con que cuenta la jurisprudencia para resolver casos sobre daño extrapatrimonial.

El TAC 3° (Operti Gallo, Alonso Flumini, Maggi Silva) entendió que el daño moral por la privación del medio de subsistencia de una persona es *in re ipsa*. En un caso en que el incumplimiento de un contrato se extendió durante 5 años se fijó una indemnización de U\$S 5000. “El daño moral es *in re ipsa* en la medida que el común de las personas trabajan para cubrir sus necesidades alimentarias, en el más amplio sentido del término. Entonces, cómo no sufrir un daño moral, se celebra un contrato que se presume oneroso, una de las partes

²²⁵ Esta forma de razonamiento, hemos visto en el punto VI.a de la segunda parte del trabajo, se ha utilizado asiduamente en el caso particular del daño moral. Así, por ejemplo, es usual considerar que el daño moral surge *in re ipsa* cuando se trata de una madre que reclama por la muerte de un hijo, o la víctima del accidente con relación a la existencia de una incapacidad física sobreviniente, o el paciente que sufrió daño estético generado por una desafortunada cirugía plástica, o por el niño ante la falta de emplazamiento del estado de hijo por no mediar reconocimiento voluntario del progenitor, etcétera.... **En este contexto, decir que un daño moral *surge de los propios hechos* o *in re ipsa* significa que el magistrado parte de considerar —en el sentido de que presume como cierto— que cualquier persona, en la misma circunstancia vivida por el actor, sufriría normalmente un daño moral y que no es razonable aceptar que en ese caso puntual, y acreditadas esas circunstancias, el actor no padeció semejante perjuicio (este último punto lo hemos esquematizado como premisa 3, que niega la existencia de la excepción a la regla).** La aceptación generalizada que deben tener las premisas o criterios generales que subyacen a este tipo de razonamientos (la premisa presunta, cuya verdad se presupone) explica las tres consecuencias procesales derivadas de las presunciones impropias: a) se dispensa al actor de la carga de acreditar un daño; b) se dispensa al juez de explicar por qué debe considerarse existente el daño moral que motiva la indemnización pretendida y c) se hace cargar al demandado las consecuencias procesales de no presentar razones para considerar que el caso era una excepción a la regla o criterio que motiva la presunción. “Marino, Tomás: “Presunciones judiciales. Críticas y puntos de partida para una concepción alternativa de las presunciones judiciales en el proceso civil y comercial bonaerense. Tercera parte: análisis práctico de casos reales de presunciones judiciales” Thomson Reuters Argentina. (2015, p. 9)”

*presta su contraprestación - el trabajador- y la otra -el empleador- elige cuando y cómo cumple la suya, generándole naturalmente a aquel, graves consecuencias, en mérito a la naturaleza de la prestación a servir por el incumplidor. El an debeatur está entonces probado. El diferimiento de su quantum al procedimiento previsto en el art. 378, al que se alude cuando faltan los elementos para dicha determinación, es en el caso innecesario, en la medida que el monto de la condena por este concepto lo fija el juez, comparándolo con situaciones similares resultas por la jurisprudencia y sus propios antecedentes. Por otra parte, tampoco corresponde fijarlo en un porcentaje de otro daño -el material-, porque se trata de daños diversos, para cuya determinación se valoran diferentes supuestos. Entonces, teniendo en cuenta que la situación de incumplimiento se extendió durante 5 años, se determina el monto del daño moral, en la suma de U\$S 5.000”.*²²⁶

CAPÍTULO VII.

16. DERECHO COMPARADO.

- A. La indemnización por daño extrapatrimonial de fuente contractual en el derecho comparado.**
- B. Derecho Internacional.**
 - a. Normativa europea.**
 - b. Principios UNIDROIT.**
 - c. Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.**
- C. Ordenamientos nacionales.**
 - a. Países que tienen una visión restrictiva del daño extrapatrimonial en los contratos.**
 - i. Bolivia**
 - ii. Colombia**
 - iii. Ecuador**
 - iv. Estados Unidos de América.**
 - v. Inglaterra**
 - vi. Alemania**

²²⁶ Sentencia n° SEF -0007.000071/2017. TAC 3°: Operti Gallo (red.), Alonso Flumini, Maggi Silva. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil. Tomo VI. Año 2018.

- b. Países que no presentan restricciones legales a la aplicación del instituto y que sus tribunales han aceptado diversas formas de aplicación.**
 - i. Francia y Bélgica.**
 - ii. Italia**
 - iii. España**
 - iv. Chile**
- c. Países que aceptan a texto expreso en sus legislaciones la indemnización de daño extrapatrimonial ante un incumplimiento contractual.**
 - i. Argentina**
 - ii. México**
 - iii. Perú**

A. La indemnización por daño extrapatrimonial de fuente contractual en el derecho comparado.

La previsión de indemnizar el daño extrapatrimonial de fuente contractual ya cuenta con consagración expresa en numerosos ordenamientos jurídicos. Analizaremos a continuación los más relevantes.

Actualmente prácticamente todos los países del mundo reconocen expresa o tácitamente al daño moral como indemnizable. Algunos limitan el daño resarcible a hipótesis específicas, o al daño moral en sentido estricto descartando su extensión a aspectos extrapatrimoniales.²²⁷

²²⁷ “En el curso del siglo XX, se reafirman en la legislación universal estos principios y actualmente son excepciones los países en los que no se los consagra. Algunos Códigos, uno de ellos el alemán, limita la reparación a casos determinados, como los daños a la salud o al cuerpo, la privación injusta de libertad y a delitos contra la moral de la mujer. Pero con las lógicas variaciones, la mayoría admite el daño moral. En nuestro continente, en general, toda la legislación iberoamericana reconoce expresa o implícitamente la existencia del daño moral. México (Art. 1916), Argentina (Arts. 1078 y 1083), Brasil (Arts. 1547 y 1550), Venezuela (Art. 1196), Perú (Arts. 1984 y 1985) y, por supuesto, Ecuador, contienen disposiciones específicas relativamente al daño moral. Chile, Colombia, España, Uruguay y Costa Rica se encuentran entre los países que admiten, implícitamente indemnización por daño moral” Gil Barragán: “Elementos de daño moral” (2008e, p. 62).

Hoy en día no puede negarse que el daño moral es una realidad en los sistemas jurídicos siendo los sistemas civiles continentales más proclives a su aceptación por sobre los países de tradición anglo-sajona.²²⁸

B. Derecho Internacional.

Normativa europea.

En la Unión Europea tenemos los denominados “**Principios de Derecho Europeo de los Contratos**” (en adelante “PECL” por sus siglas en inglés), redactados en el año 2000 por la denominada comisión LANDO. Estos principios son de aplicación general para todos los países de la Unión Europea.²²⁹

La previsión en relación con los daños y perjuicios se encuentra en la sección 5 del capítulo 9.²³⁰ Analizando este artículo, Pérez Velázquez nos dice que: “*De la combinación de*

²²⁸ “*El estado de la cuestión, por tanto, depende de la familia -siguiendo la expresión de David- en la que nos situemos y, dentro de ella, del sistema jurídico en el que nos centremos... En cambio, si del ámbito contractual se trata -pues no debemos olvidar que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual también es reconocida allí- la doctrina más común del Common Law pareciera ser contraria a su admisión aunque, en el fondo, la solución depende del caso en cuestión. En la familia de origen romano germánico la regulación de la indemnización por daño moral no es idéntica, aunque en todos los ordenamientos que la integran existe un principio de resarcimiento más o menos amplio de él. La regulación no es idéntica pues encontramos legislaciones civiles que regulan expresamente el daño moral en sus Códigos, admitiéndole de manera amplia. Se trata normalmente de legislaciones modernas como la venezolana de 1922 o peruana de 1984” o que, pese a ser de larga data, han sido objeto de recientes modificaciones en materia de responsabilidad tales como la mexicana después de su reforma de 1982’*, o señaladamente la argentina después de su reforma de 1968.” (Labat, Inés: “La privación de bienes y el daño moral” (2017a, p. 6))*

²²⁹ “*En el ámbito de la Unión Europea, dos iniciativas legislativas han reconocido de manera explícita la indemnización del daño moral contractual. La primera se refiere al incumplimiento del contrato de viajes combinados, mientras que la segunda se encuentra en la regulación relativa a la lesión del principio de igualdad de trato en el ámbito laboral*”. (Solè Feliù: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”) (feb, 2009d, p. 5))

²³⁰ “ Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios: (1) *La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108.* (2) *Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias (b) Futuras pérdidas previsibles y probables.* Artículo 9:502: Criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios. *El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener.*”

sus artículos 9:501 y 9:502 se deriva que con la expresión «daños y perjuicios» se hace referencia a cualquier tipo de consecuencia perjudicial, menoscabo o detrimento, ya sea patrimonial o no patrimonial, presente o futuro, directo o indirecto, que sufre una parte contratante derivada de un incumplimiento injustificado del contrato.»²³¹.

“Por su parte, el nuevo Art. 3:701 del CFR²³² adopta el mismo criterio, con alguna precisión adicional. Según el precepto, “Daños y perjuicios’ incluyen los daños y perjuicios económicos y no-económicos. Los ‘perjuicios económicos’ incluyen las ganancias o ingresos dejados de obtener, los gastos en los que se ha incurrido, así como la disminución en el valor del patrimonio. Los ‘daños no-económicos’ incluyen el sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida”²³³.

En relación con el grado de imputación del daño al deudor y su relación con el requisito de la previsibilidad, se mantiene el mismo criterio de los códigos decimonónicos, pero ampliado respecto a que solo se abonarán los daños y perjuicio previsibles, en caso de incumplimiento por culpa grave, y no únicamente por una actuación dolosa.²³⁴

Principios UNIDROIT.

También los Principios de UNIDROIT reconocen la indemnización de los daños morales que derivan del incumplimiento contractual. Como señala su Artículo 7.4.2, “La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. “Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”²³⁵.

Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

A diferencia de los acuerdos mencionados anteriormente (de los cuales Uruguay no es parte o no fueron internalizados con carácter de ley) la Convención de Viena que sí fue ratificada por nuestro país, no prevé de manera expresa la indemnización de los daños no patrimoniales. En su art. 74 únicamente se prevé la indemnización de los daños y perjuicios, el

²³¹ Pérez Velázquez: “La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios del derecho contractual europeo”. (2015, p. 121)“

²³² Common Frame of Reference

²³³ Solé feliú: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español” (feb, 2009e, p. 4)

²³⁴ Artículo 9:503: Previsibilidad La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.

²³⁵ Solé feliú: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español” (feb, 2009f, p. 4)

que incluye la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener. Este hecho sumado al carácter esencialmente comercial de la Convención de Viena, ha llevado a la doctrina a interpretar este acuerdo en el sentido de que no prevé ninguna forma de indemnización no patrimonial.²³⁶

Sin embargo, esta interpretación no necesariamente puede ser considerada como inequívoca ya que han sido numerosos los países que han aceptado la indemnizabilidad del daño moral aun en ausencia total de cualquier referencia al concepto (al respecto ver *Chile*). Por lo tanto, este punto quedará a la consideración del intérprete ante cada caso.

C. Ordenamientos nacionales.

En términos generales podemos constatar que la gran mayoría de los ordenamientos nacionales aceptan la indemnización del daño ocasionado por un incumplimiento contractual.

Un primer grupo de ordenamientos jurídicos mantiene una fuerte restricción a la indemnización del daño moral de fuente contractual, sea por vía legal o jurisprudencial, derivado de una concepción restrictiva del daño moral. Dentro de estos países podemos encontrar a EE.UU., Inglaterra, Italia, Ecuador, Bolivia, Alemania y Austria. Un segundo grupo de ordenamientos no prohíben, pero la jurisprudencia lo admite mediante una concepción amplia del instituto. En este grupo están Bélgica, Francia, Chile, Uruguay y España; y un tercer grupo que acepta de manera expresa en su texto legal la indemnización del daño extrapatrimonial en los contratos, estos son: Argentina, Perú y México.

Países que tienen una visión restrictiva del daño extrapatrimonial en los contratos.

Bolivia.

En Bolivia el daño moral no puede ser aceptado como rubro indemnizable ante un incumplimiento contractual. Así está establecido a texto expreso en Art. 994 (RESARCIMIENTO).- I. “*El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento*

²³⁶ “Por el contrario, el Art. 74 del *Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)* opta por la solución opuesta y rechaza la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento del contrato. Según dicho precepto, “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 (...)”⁴. El artículo sólo se refiere a los daños de naturaleza patrimonial, sin mencionar el daño moral, lo que ha sido interpretado por los principales comentaristas del Convenio como una exclusión de esta última categoría de daños de su ámbito de protección. Una de las principales razones alegadas se refiere al carácter esencialmente comercial de las compraventas de mercaderías que regula el Convenio. Sin embargo, esta opción ha sido criticada por algunos autores, que sostienen la necesidad de indemnizar el daño moral en contratos cuyo objeto tenga naturaleza inmaterial y el daño moral se presente como una consecuencia típica del incumplimiento”. “Solé feliú: “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español” (feb, 2009g, p. 5)”

del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso. II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.”

Colombia.

En Colombia no está previsto en el Código Civil y ha sido negado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, existe un reconocimiento expreso en el Código de Comercio respecto al contrato de transporte: Art. 1006.- *“Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.”*²³⁷

Ecuador.

El artículo 1572 del Código Civil prescribe: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.”*

En este artículo expresamente se dejó fuera el daño moral por responsabilidad civil contractual, al exceptuar de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual a *“las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV [...]”*²³⁸

Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos de América la regla general en el derecho contractual es la del rechazo del daño moral derivado de un incumplimiento.

Lo interesante en este caso es analizar las razones por las cuales suelen rechazar esta clase de indemnización:

- Para algunos tribunales estamos ante daños “too remote”, por lo que no entrarían en la regla de la previsibilidad al momento de perfeccionar el contrato.

²³⁷ Paez Delgado: *“El daño moral por incumplimiento del contrato? Comentario a sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 2010”* (2015, p. 11)

²³⁸ (Páez Salgado, 2015, p. 11) obra citada ut supra

- Para otros la frustración o el disgusto provocado por un incumplimiento contractual son algo común e inherente a cualquier contrato. De aceptarse debería concederse ante cada incumplimiento contractual lo que provocaría un aumento desmedido de las demandas.
- Por otro lado, los contratos contemplan intereses fundamentalmente patrimoniales por lo que en este ámbito debería estar reservado el daño.

Sin embargo, existen dos excepciones previstas en el *Restatement (second) of contracts norteamericano*, y otras añadidas por la jurisprudencia: *el Artículo 353 Restatement admite la indemnización de las frustraciones y molestias emocionales causadas por el incumplimiento contractual cuando “el incumplimiento también haya causado daños corporales o el incumplimiento sea de tal naturaleza que tenga, como resultado particularmente probable, molestias emocionales graves”*.

En aplicación de estas excepciones los tribunales norteamericanos aceptan indemnizar el daño moral cuando este proviene de: cumplimiento defectuoso de un contrato de cirugía estética y que empeora el estado del paciente; por cumplimiento defectuoso de un contrato funerario.

Pero además los tribunales norteamericanos suelen colocar un fuerte énfasis en el aspecto subjetivo del incumplimiento, o sea, si el mismo fue incumplido con dolo o culpa. Así, cuando el incumplimiento del contrato es consecuencia de un “*acto intencional o gravemente negligente del deudor*”, o bien cuando esa conducta constituye un *tort* autónomo. Este nivel de interpretación nos lleva a pensar que algunos tribunales norteamericanos explícitamente otorgan carácter punitivo a la indemnización de daño extrapatrimonial, algo impensado en el derecho de tradición latino continental.²³⁹

Finalmente, “*la jurisprudencia norteamericana también indemniza el daño moral contractual ante el incumplimiento de ciertas categorías de contratos que, por su específica naturaleza, se dirigen a satisfacer intereses no patrimoniales, y cuya lesión suele producir como consecuencia típica frustración, molestias, incomodidades o malestar emocional en el acreedor. Por regla general, estas consecuencias son previsibles para los contratantes en el momento de perfeccionar el contrato, y cubren supuestos tan variados como el incumplimiento de contratos de viajes combinados, retrasos en vuelos aéreos que comportan la pérdida de vacaciones, de contratos con fotógrafos que el día de la boda no realizan las fotografías convenidas, o con modistas que no entregan a tiempo el vestido de la novia, etc..*

²³⁹ Solé Feliú.(feb, 2009e, p. 8)obra citada ut supra.

Como se verá, algunas de estas categorías coinciden con las reconocidas por los tribunales de otros países, entre ellos el nuestro.”²⁴⁰

Inglaterra.

En Inglaterra, al igual que en el derecho norteamericano, también existe una concepción restringida respecto a indemnizar el daño moral por un incumplimiento contractual. “La sentencia *Watts v. Morrow* (1991)³³, señaló que **“quien incumple un contrato, por regla general no es responsable por la aflicción, la frustración, la angustia, el disgusto, la vejación, la tensión o irritación que su incumplimiento contractual pueda causar al acreedor.**”²⁴¹

Sin embargo, los propios tribunales ingleses han desarrollado una serie de excepciones a este principio:

- 1) Una primera excepción son las lesiones corporales o molestias físicas al acreedor,²⁴²...*Como destaca la doctrina, en todos estos casos, la indemnización no se concede por el simple disgusto o frustración que provoca el incumplimiento contractual, sino por las molestias físicas de él*”²⁴³
- 2) *La segunda excepción en la que los tribunales ingleses conceden la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual se refiere a ciertos contratos, cuyo objeto consiste en proporcionar al acreedor bienestar, descanso, placer, o en evitarle determinadas molestias.*²⁴⁴. En esta categoría la jurisprudencia inglesa incluyó casos de viajes combinados, vestidos y fotografías para novias, responsabilidad de profesionales, servicios funerarios.

Alemania.

²⁴⁰ Solé Feliú. (feb, 2009h, p. 8) obra citada ut supra

²⁴¹ (Solé Feliú, feb, 2009e, p. 11) obra citada ut supra.

²⁴² Así, por ejemplo, siguiendo un criterio paralelo al que los tribunales ingleses aplican en el ámbito extracontractual, se admite la indemnización de las “molestias físicas” sufridas por el demandante y su familia, a quienes la compañía ferroviaria con la que viajaban les dejó en una estación equivocada, obligándoles a caminar varias millas, de noche y bajo la lluvia, hasta llegar a su casa (*Hobbs v. L. & S.W. Railway Co.*)³⁹. En dicho caso, el juez Mellor J. intentó trazar la frontera entre las “molestias físicas reales” y las “meras molestias o inconvenientes” que consisten en la decepción o indignación causados por el incumplimiento, por otro. Sólo los primeros merecen ser indemnizados. Por su parte, la sentencia *Bayley v. Bullock* indemnizó las “molestias” sufridas por el demandante al tener que convivir durante dos años con sus suegros, a causa de la negligencia de un abogado que no ejerció las acciones procesales oportunas para que el demandante y su esposa pudieran recuperar la posesión de una vivienda en poder de un tercero. La sentencia *Watts v. Morrow*, resolvió un supuesto relativo a un contrato de compraventa sobre una segunda vivienda destinada a fines de semana y vacaciones. En el momento de la compra, los demandantes confiaron en un informe que indicaba que la **vivienda** se encontraba en buenas condiciones. Sin embargo, con posterioridad descubrieron que el informe era erróneo y que la casa necesitaba una reforma en profundidad. La sentencia indemniza el daño moral consistente en las “molestias físicas e incomodidades” derivadas del hecho de habitar en la vivienda mientras ésta se encontraba en obras.”(Feliú, feb, 2009i, p. 11) obra citada ut supra

²⁴³ .(Feliú, feb, 2009j, p. 11) obra citada ut supra

²⁴⁴ (Feliú, feb, 2009k, p. 12) obra citada ut supra

El derecho alemán rechaza la indemnización del daño moral que deriva de situaciones especialmente previstas y reguladas por la ley.²⁴⁵

La base de la regulación alemana se encuentra en el 253 BGB, según el cual “el daño no patrimonial [nicht Vermögensschaden] sólo puede ser indemnizado en los casos establecidos por la ley”.

Gran parte de estos supuestos se encuentran en el segundo apartado del mismo § 253 BGB, que contempla el derecho a percibir una “indemnización equitativa” (angemessenen Entschädigung) por el “daño no patrimonial” derivado de una “lesión a la integridad física, la salud, la libertad y la autodeterminación sexual”. Más allá de dicho precepto, otras disposiciones legales que admiten la indemnización del daño moral derivado de una infracción contractual son, por ejemplo, el § 651 f BGB, que en el marco del contrato de viaje combinado atribuye una “indemnización equitativa” por el daño no patrimonial consistente en la “pérdida de vacaciones”²⁴⁶.

Países que no presentan restricciones legales a la aplicación del instituto y que sus tribunales han aceptado diversas formas de aplicación.

Francia y Bélgica.

Ambos países son tratados de manera conjunta por Feliú ya que los considera a ambos como sistemas flexibles, por mantener posturas en doctrina y jurisprudencia mucho más generosa en cuanto a la recepción de la indemnización del daño moral aunque sin tener una aceptación expresa en sus ordenamientos jurídicos.

²⁴⁵ “El derecho alemán actual no admite la indemnización del daño moral que deriva de la lesión a otros derechos o intereses, respecto a los cuales la ley no contempla expresamente este efecto. Por esta razón, rechaza indemnizar el daño moral que deriva de la lesión a la propiedad o al patrimonio”. Con anterioridad a la reforma del derecho de la responsabilidad civil en 2002, la jurisprudencia Alemana había justificado la posibilidad de indemnizar la lesión a los derechos de la personalidad a partir de una interpretación flexible del § 847 BGB, ahora derogado. Hasta 2002, el § 253 BGB estaba formado únicamente por un apartado que impedía indemnizar el daño no patrimonial, salvo en los casos establecidos por la ley. Uno de esos pocos casos era el § 847 BGB que, en el campo de la responsabilidad extracontractual, concedía una indemnización equitativa por los daños morales derivados de una lesión a la integridad física, a la salud o a la libertad. Sobre la base de esta disposición, desde los años 50 del siglo pasado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán extendió la indemnización del daño moral a las lesiones del “derecho general de la personalidad”⁶³, con el argumento de que su semejanza a los derechos contemplados por el § 847 BGB y su reconocimiento constitucional justificaban una aplicación analógica del precepto. Posteriormente, el Tribunal Supremo Federal buscó una justificación constitucional directa para la indemnización de los daños derivados de la lesión al derecho general de la personalidad, y la encontró en la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Arts. 1 y 2 Constitución Alemana, GG). (Solé Feliu, feb, 2009a, p. 15) obra citada ut supra

²⁴⁶ (Feliu, feb, 2009l, p. 14) obra citada ut supra

Según Gamarra en Francia predomina una concepción amplia de daño moral, caracterizado por su naturaleza extrapatrimonial, no económica, porque no produce ninguna consecuencia pecuniaria o no afecta el patrimonio.²⁴⁷

Así, en los tribunales franceses no existe temor alguno a afectar el sistema por una aplicación desmedida del instituto del moral. Incluso Feliú, nos dice cuáles son los presupuestos necesarios para la aplicación del instituto en Francia los que son muy similares a los previstos en nuestra normativa (daño emergente y lucro cesante que sean ciertos y previsibles al momento de la celebración y surjan como consecuencia inmediata y directa del ilícito²⁴⁸) . Sin embargo, según Feliú... *De acuerdo con estos presupuestos, los tribunales franceses han admitido en ocasiones “que la simple falta de cumplimiento de un contrato genera un perjuicio - esencialmente moral- inherente a dicha falta de cumplimiento.”*²⁴⁹.

Aceptar la existencia de un daño moral inherente a todo incumplimiento contractual es claramente una visión distinta a la mayoría de la jurisprudencia, especialmente la anglosajona.

Italia.

En Italia predomina un criterio restringido de daño moral. Como ya se mencionara, para Scognamiglio el daño moral consiste en *dolores, padecimientos espirituales y sufrimientos físicos*. Según Gamarra “*Esta manera de concebir el daño moral es hoy día dominante en Italia*

²⁴⁷ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XXV n.d., p. 16)

²⁴⁸ “*Se afirma, en este sentido, que el derecho francés no contempla restricciones para la indemnización del daño moral contractual, como tampoco se establecen en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. La base normativa la ofrece el Art. 1147 Code Civil, según el cual “el deudor debe indemnizar los daños y perjuicios ya sea por el incumplimiento de la obligación, ya sea por el retraso en el incumplimiento, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele, aunque no exista mala fe por su parte”*. En opinión de la doctrina dominante, los daños y perjuicios a que se refiere el precepto no sólo cubren la pérdida sufrida (*damnum emergens*) y las ganancias dejadas de obtener (*lucrum cessans*) a que alude el Art. 1149 Code Civil, sino también al daño moral. Para ello, se requiere que el daño sea cierto, previsible en el momento de la perfección del contrato (Art. 1150 Code Civil), y que sea consecuencia “directa e inmediata” del incumplimiento (Art. 1151 Code Civil). (Solé Feliu, feb, 2009e, p. 11) obra citada ut supra

²⁴⁹ “*Entre la abundante casuística jurisprudencial francesa, destaca la indemnización del daño moral que sufre una familia a causa del error de la empresa de servicios funerarios que, al inhumar al pariente fallecido, se equivocó de difunto. También la indemnización del daño consistente en la pérdida de confort y disfrute de un pasajero que había contratado un billete de avión de clase “business” y que, debido a una sobreventa de billetes, tuvo que viajar en clase turista (Cour d’Appel de Paris, 23 fév. 2004). En el contexto de un contrato de trabajo, los tribunales franceses admiten la indemnización del daño moral sufrido por trabajadores como consecuencia de los insultos y malos tratos recibidos por parte del empleador, o por el hecho de haber sido despedidos en condiciones humillantes. Por otra parte, al igual que ocurre en los demás estados miembros de la UE, Francia y en Bélgica reconocen la indemnización del daño moral por “perte de l’agrement de vacances” a quien contrató un viaje combinado, y tiene que sufrir las consecuencias de un incumplimiento o de un defectuoso cumplimiento de la prestación”*. (Solé Feliu, feb, 2009a, p. 18)(Feliu, feb, 2009m, p. 17) obra citada ut supra.

y unánime en la jurisprudencia. Gamarra también ensaya una explicación a esta concepción y esa la existencia del art. 2059 del Código que limita la indemnización del daño moral al caso de delito penal. Según Gamarra delimitar el alcance de daño no patrimonial asimilándolo con daño moral, es una manera de evadir esta limitación dejando algunos conceptos como el daño biológico por fuera de la misma.²⁵⁰ Para De Cores en Italia el resarcimiento del daño material es el principio general; aunque el daño no patrimonial se indemniza en casos previstos por la ley (art. 2058 y 2059).²⁵¹

España.

En España, la problemática a estudio no está en la procedencia o no del daño moral contractual, ya que su admisibilidad se entiende reconocida en el art. 1101 del CC, sino que la misma está en tres puntos:

- El uso indebido de la figura del daño moral por parte de los tribunales españoles.
- La determinación de los límites al deber de reparar el daño moral por incumplimiento contractual.
- La ausencia de criterios a emplear para su cuantificación.²⁵²

*“En la actualidad, no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales españoles con respecto a la indemnización del daño moral causado por un incumplimiento contractual.”*²⁵³

Claramente la visión española sobre daño moral respecto a un incumplimiento contractual es de las más amplias que he podido estudiar. Por esto es que probablemente el uso indiscriminado y sin criterios objetivos de este instituto está generando críticas desde la doctrina. Estas críticas están llevando a un mayor estudio y desarrollo del instituto.

Criterios que establecen límites a la indemnización por daño moral en España.

El primer límite que establece la jurisprudencia española para otorgar el daño moral por incumplimiento de un contrato está en que el daño debe ser de cierta entidad ya de lo contrario se estaría ante una indemnización automática en caso de incumplimiento y eso no es lo que dispone la normativa. También han sido rechazados reiteradamente pedido de indemnización en caso de contratos cuya naturaleza es eminentemente económica o de acreedores comerciales, aunque tampoco debe entenderse un rechazo absoluto a indemnizar a empresarios por daño

²⁵⁰ Gamarra, Jorge. TDCU. (Tomo XXV n.d., p. 11)

²⁵¹ De Cores, Carlos: “Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo”. Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Tomo III. pp.266.

²⁵² García y Gómez Pomar: “El daño moral y su cuantificación” (2017, p. 244)

²⁵³ (Feliu, feb, 2009a, p. 19) obra citada ut supra.

originados en contratos.²⁵⁴

Casos en jurisprudencia española ²⁵⁵

»²⁵⁶

De la doctrina y jurisprudencia relevada para el caso de España podemos concluir que prima en dicho país una visión amplia sobre los criterios que deben concurrir para indemnizar el daño extrapatrimonial. Tanto Feliú como Gutiérrez Guitián han realizado críticas en este sentido señalando los inconvenientes que esta laxitud está trayendo para el sistema.

Por otro lado, actualmente la jurisprudencia se encuentra buscando desarrollar criterios que permitan sistematizar la casuística existente en la materia.²⁵⁷ Tanto la previsibilidad como

²⁵⁴ “Desde este punto de vista, una vez admitido que el Art. 1106 CC no excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por incumplimiento contractual, una **primera condición** que debe concurrir para hacer efectiva dicha indemnización es que el daño, además de ser suficientemente relevante o de tener cierta entidad, vaya más allá de las meras molestias o frustraciones típicamente asociadas a todo incumplimiento contractual. Por decirlo de algún modo, el perjuicio tiene que constituir un “plus” o “añadir algo” a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual. Este resultado no ha sido admitido por el Tribunal Supremo español quien, en diversas sentencias, ha rechazado indemnizar ese tipo de daños, en especial en contratos cuyo contenido tiene una naturaleza fundamentalmente económica y el acreedor actúa como comerciante... El común denominador a ambas sentencias era que los comitentes tenían la condición de empresarios dedicados a la promoción de inmuebles para su posterior venta o explotación comercial. Sin embargo, de ello tampoco cabe extraer una negativa automática a indemnizar el daño moral en contratos celebrados entre empresarios, pues con frecuencia el propio Tribunal Supremo concede indemnización por el daño moral, entendido como “perjuicio a la imagen” comercial de un contratante, a causa del incumplimiento contractual de la otra parte.”(Feliu, feb, 2009n, p. 30) obra citada ut supra.

²⁵⁵ (Feliu, feb, 2009o, p. 23) obra citada ut supra.

²⁵⁶ “Como ya se ha reiterado, la tesis doctrinal y jurisprudencial que propone un concepto estricto de daño moral reacciona, y no sin razón, frente a una tendencia jurisprudencial mayoritaria que suele admitir, sin ninguna matización, la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento del contrato... Esta tendencia creciente tiene su fundamento, en buena medida, en la adopción de un concepto amplio de daño moral como criterio exclusivo a la hora de resolver las peticiones de los demandantes de reparación del daño moral contractual. La admisión de un concepto amplio de daño moral va acompañada además de la relajación de la carga de la prueba de los daños sufridos y de la presunción de que éstos existen una vez producido el incumplimiento contractual (quiebra, por tanto, del principio de que «el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar»). En qué consiste este concepto amplio del daño moral” Gutiérrez Guitián, Alma María: “Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual” (2003, p. 14).

²⁵⁷ Como se puede apreciar, la discusión de la jurisprudencia española se centra hoy en fijar limitaciones a la indemnización del daño moral contractual, toda vez que a quien le resulte imputable

la exigencia de cierta entidad en el daño son criterios que han adquirido fuerza en los últimos años.²⁵⁸

Chile.

Chile, al igual que muchos otros países, ha tenido una evolución en la interpretación de sus normas jurídicas. El término “*todo daño*” previsto en su normativa civil, pasó a incluir del daño extrapatrimonial a partir de modernas tendencias que llevaron a incluir esta clase de daño junto al tradicional daño patrimonial.²⁵⁹

el mismo no siempre ha de repararlo, sino que solo estará frente a esta obligación en la medida que dicho daño haya sido previsible y de una entidad importante. (Rutherford: “La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”. (2013)

²⁵⁸ *Se inserta así un nuevo elemento que sirve para frenar el indiscriminado resarcimiento del daño moral contractual: la previsible. Y precisamente es por dicho factor y el antes mencionado de la “entidad del daño”, que en el caso en comento rechaza la demanda, pues se sostiene que la existencia de un vicio en la construcción no lleva aparejada de forma inseparable la situación de «zozobra e intranquilidad», ni supone tampoco la frustración del deseo de obtener una vivienda en circunstancias óptimas para ser habitada. (Rutherford, 2013) obra citada ut supra.*

²⁵⁹ *Sobre este país transcribo a continuación un breve resumen acerca de la evolución que el debate acerca de la pertinencia de indemnizar el daño moral contractual tuvo en dicho país según la Prof. Carmen Domínguez. “Como ya hemos tenido ocasión de desarrollar” la admisión de una reparación de ciertos atentados extrapatrimoniales de la persona, cuando ellos han sido consecuencia de un hecho ilícito se producirá, exclusivamente, a partir de una reinterpretación de dos reglas contenidas, desde siempre, en nuestro Código: los arts. 2.314 y 2.329. La expresión “todo daño” en ellas empleadas servirá de fundamento suficiente para acoger lo que, hasta entonces, simplemente se ignoraba. De este modo, a Chile, ni en las decisiones judiciales ni en la doctrina se reprodujo jamás el debate clásico entre las concepciones negativas y positivas en tomo a la reparación del daño moral. Pasamos, más bien, de no acogerla a acogerla en términos absolutos, sin mayor debate. En materia contractual, el rechazo original a la reparación de esta especie de perjuicio seguirá la misma línea de argumentación, esto es, una lectura restrictiva de las reglas que regulan entre nosotros el contenido de la indemnización. Primero, del art. 1.556 CC, que al referirse sólo al daño emergente y al lucro cesante -categorías indiscutibles del daño material- será interpretado como una exclusión legal del daño moral en sede contractual. Luego, en una comparación del tenor de las reglas extracontractuales con las contractuales para afirmar que sí, en las primeras, el legislador aludió a “todo daño”, en las segundas lo fue únicamente de las categorías del daño material recién aludidas. Ello, se sostenía, permitía deducir una concepción restrictiva del contenido de la indemnización en materia contractual. En ambos casos, la lectura que se hacía de las reglas no encontraba ningún asidero hermenéutico adicional, pues la historia fidedigna, en especial las explicaciones de Andrés Bello al Código, no contienen ni una sola expresión que permitiera avalar esa comprensión...La ausencia de fundamentación concluyente para su rechazo determinará una progresiva aceptación legal y jurisprudencial. Así, en 1968, la ley de Accidentes del Trabajo abrirá las puertas a esa reparación en el ámbito de un contrato en especial como es el de trabajo. Su art. 69 hasta hoy permite ampliamente su invocación. En 1997, la ley de Protección al Consumidor, por su parte, incorporará este rubro al resarcimiento dispuesto ante las diversas formas de infracción*

Las primeras sentencias que condenaron al pago de daños extrapatrimoniales en virtud de obligaciones contractuales son del del año 1994. Más cerca en el tiempo, fue previsto la posibilidad de indemnizar el daño extrapatrimonial para daño ocasionado a partir de relaciones de consumo (1999) y accidentes de trabajo (1967).²⁶⁰

Al respecto, la Suprema Corte de Chile ha elaborado algunos principios y fundamentos en relación con la aplicación de daños extrapatrimoniales en caso de incumplimiento contractual. Estos son:

- 1) El daño moral es un principio general de toda la responsabilidad civil.
- 2) El legislador no ha hecho la distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial al referirse a “*todo daño*” en el art. 1556 del Código Civil²⁶¹, por lo que no corresponde realizar distinción alguna por parte del intérprete.
- 3) La reparación del daño patrimonial no es excluyente con la del daño extrapatrimonial.
- 4) En aplicación del principio de equidad y buena fe, resulta inadmisibles que un perjuicio quede sin ser reparado.
- 5) La ley no prohíbe que el daño extrapatrimonial pueda ser invocado por fuera del estatuto aquiliano.
- 6) Las doctrinas más modernas entienden que el concepto de “*daño emergente*” incluye tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial.
- 7) A su vez, los bienes extrapatrimoniales de una persona tienen un valor que en general sobrepasa el de los bienes materiales.
- 8) La responsabilidad en el derecho constituye un principio general, y referido al derecho civil reclama que nadie puede dañar a otro sin adquirir correlativamente, el deber de brindarle reparación, salvo los casos en que concurre una causal de justificación o exculpación.
- 9) Finalmente, también se argumenta en base al principio de igualdad ante la ley a que no existe razón para conceder daño moral en virtud de los perjuicios ocasionados por un

del contrato con consumidores en su arto 3.” (Domínguez Hidalgo, Carmen: “*La reparación del daño moral derivado del contrato*”(n.d.-a, p. 3).

²⁶⁰ Así, si el Derecho chileno fue uno de los precursores en acoger la indemnización del daño moral derivado del hecho ilícito; piénsese que el primer país en admitirlo fue Francia en 1833 y las primeras decisiones chilenas son de 1907 cuando, por ejemplo, en España, lo son de 1912 en adelante. En cambio, si en Francia la reparación del daño moral constituye un principio indiscutible de la responsabilidad contractual desde 1952, aunque varias sentencias aisladas venían admitiéndole desde 1899 en adelante', en Chile recién cabe hablar de uno existente a partir de 1994 y firme desde 2001. Domínguez Hidalgo, Carmen: “*La reparación del daño moral derivado del contrato*” (n.d.-b, p. 1)

²⁶¹ Nuestro equivalente al art. 1319.

delito y un cuasidelito, pero no hacerlo en ocasiones de infracción de normas contractuales.²⁶²

Hasta el momento es clara y unánime la aceptación de la procedencia de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual. Sin embargo, actualmente han existido pronunciamientos que están re-estudiando el tema, probablemente a partir de los estudios de la Prof. Carmen Domínguez, especialmente el elemento de la previsibilidad del daño y el carácter esencialmente económico de un contrato. Así en un caso de arrendamiento de un estacionamiento que derivó en la pérdida del automóvil por culpa grave, la Suprema corte Sentenció el pago de daños morales, pero con discordia²⁶³.

En esta discordia se deja claro algunos criterios para aceptar el daño extrapatrimonial en caso de incumplimiento contractual es que: *“el contratante incumplidor debe indemnizar el daño moral cuando ha estado en situación de preverlo al tiempo del contrato, atendiendo a criterios objetivos, sea en razón del contenido de la convención, de la naturaleza de las obligaciones contraídas conforme a la buena fe, o en atención a los riesgos que normalmente pueden derivar del incumplimiento.”*

Países que aceptan a texto expreso en sus legislaciones la indemnización de daño

²⁶² Rutherford: *“La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española (2013)*

²⁶³ Por su parte, en sentencia del 1° de Octubre del 2012 el voto minoritario 54 se ocupa de desarrollar latamente la problemática a la que nos enfrentamos y esgrime al efecto: " Que 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" . (Considerando Segundo). Añaden los disidentes: " En este contexto, la previsibilidad del daño podrá provenir de la propia naturaleza de la obligación contraída, si ella está directamente vinculada con intereses extrapecuniarios, o de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, si estas conducen natural y razonablemente a suponer que el incumplimiento contractual acarreará consecuencias de orden extrapatrimonial " (Considerando Cuarto). Para razonar como corolario en el fundamento Séptimo que: "**... el contratante incumplidor debe indemnizar el daño moral cuando ha estado en situación de preverlo al tiempo del contrato, atendiendo a criterios objetivos, sea en razón del contenido de la convención, de la naturaleza de las obligaciones contraídas conforme a la buena fe, o en atención a los riesgos que normalmente pueden derivar del incumplimiento.** El voto disidente finalmente concluye que en la situación particular que analiza no concurren los criterios aludidos, argumentando que tratándose "...de un contrato de carácter preponderantemente económico, como es el arrendamiento de un estacionamiento, en que la inobservancia de la obligación de custodia de un automóvil asumida por el arrendador, si bien lo obliga a resarcir todos los perjuicios materiales que de su falta de diligencia hayan derivado, no lo fuerza a responder de situaciones ajenas al contenido del contrato y que no pudo razonablemente prever, como el cuantioso menoscabo moral que al actor reclama a causa de « molestias laborales y de tiempo invertidas en la solución del problema», circunstancias que, al margen de toda otra consideración, tampoco responden al concepto de daño moral elaborado por la doctrina y la jurisprudencia". .(Rutherford, 2013) *obra citada ut supra*

extrapatrimonial ante un incumplimiento contractual.

Argentina.

Hasta hace poco existía en Argentina un fuerte debate sobre su pertinencia. *Incluso se sostuvo que, en el plano contractual, el daño moral no se puede tener por acreditado in re ipsa pues no todo incumplimiento contractual entraña de por sí una turbación en el estado de ánimo suficiente para merecer tutela jurisdiccional; lo que trasunta una derivación práctica de importancia en la distinción. La responsabilidad contractual y la aceptación del daño moral, como es sabido, no tuvieron una recepción pacífica en la doctrina en virtud de su regulación ambigua en el art. 522 del Cód. Civil derogado.*²⁶⁴

Argentina reformó recientemente aprobando un Código unificado de civil y comercial. En el mismo previó en su art. 522: *“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”*

México.

En México se encuentra previsto en el art. 1916 del Código Civil: *“Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las Personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.”*

Perú

En el Perú se encuentra previsto en el art. 1322 que dice: *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.”*

²⁶⁴ Arias Acau y Nieto: *“El daño extrapatrimonial en el contrato de locación: Análisis y prospectiva”* (2017, p. 3)

CAPÍTULO VIII.

17. CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS.

- 1) Desde un punto de vista individual los contratos tienen como función principal la colaboración entre los sujetos tanto para crear como para transmitir riqueza. El fundamento es eminentemente económico. Igualmente, un contrato tiene por objeto prestaciones de carácter patrimoniales y extrapatrimoniales.
- 2) Desde un punto de vista social, el contrato tiene como principal función la colaboración entre los individuos adquiriendo preeminencia elementos de carácter ético y de equidad, por lo que el principio de reparación integral del contrato alcanza su máxima expresión.
- 3) El incumplimiento de un contrato tiene como principal consecuencia la ejecución forzada o la rescisión del contrato junto a la reparación o compensación del daño ocasionado, salvo que las partes hayan previsto algo diferente. Este daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial.
- 4) Los fundamentos teórico-jurídicos para aceptar la pertinencia de indemnizar el daño extrapatrimonial ocasionado por un incumplimiento contractual son sólidos y no existen al momento en el Uruguay posturas doctrinarias ni jurisprudenciales que rechacen su pertinencia. A nivel comparado sí podemos encontrar opiniones críticas.
- 5) En materia contractual, a diferencia de la aquiliana, se debe indemnizar únicamente el “daño resarcible”, que suele ser menor al efectivamente ocasionado.
- 6) El debate sobre la pertinencia de indemnizar el daño moral de fuente contractual viene desde el siglo XIX, habiendo sido rechazado por Domat y Pothier y también por sus seguidores inmediatos probablemente debido a una incorrecta interpretación del derecho romano.
- 7) Existen tres concepciones de daño extrapatrimonial; una restringida al *pretium doloris*; una humanista basada en los derechos de la personalidad; y una amplia, siendo esta última la que más se adecúa para resolver los problemas actuales.
- 8) La indemnización del daño extrapatrimonial puede tener una función reparatoria, indemnizatoria o punitiva. Siendo en jurisprudencia la postura mayoritaria la que acoge a la función reparatoria, en lo personal me afilio a la indemnizatoria o compensatoria por corresponderse con la naturaleza del propio daño moral, el que por definición no es reparable. El carácter reparatorio-compensatorio de la responsabilidad civil no excluye su carácter punitivo, aunque claramente es secundario al primero por lo que no pueden ser de aplicación los principios del

derecho penal. La función preventiva está tanto en la responsabilidad civil, como en la penal, adquiriendo un carácter principal en este último.

- 9) El instituto del daño moral cumple funciones compensatorias, punitivas y preventivas tal como fundamenté oportunamente, pero su naturaleza jurídica es eminentemente reparatoria-indemnizatoria y de ahí los criterios jurídicos que deben ser aplicados para su determinación.

a. Parte especial.

- 10) En materia de contratos existen tres regímenes jurídicos; contratos de consumo, civiles y comerciales. En el primero hay previsión expresa que habilita a indemnizar esta clase de daños (art. 36 de 17250); en el segundo no existe previsión expresa pero los argumentos utilizados para su aceptación son contundentes (art. 1319, 132, 1344, 1611, 1253, 1413 y por *contrario sensu* los 1878 y 81).; en el tercero puede plantearse cierta duda sobre si corresponde indemnizarlos, igualmente entiendo que nuestro régimen jurídico habilita en ciertas circunstancias a indemnizar el daño moral proveniente de un contrato comercial, pero serán situaciones excepcionales.
- 11) El análisis de la responsabilidad civil de fuente contractual tiene notorias diferencias con el de fuente aquiliana. Algunas de estas diferencias son:
- a. El riesgo asumido
 - b. Naturaleza de la prestación
 - c. El interés del acreedor
 - d. Valor de la prestación
 - e. Nivel de confianza entre las partes.
 - f. Tipo de contrato (continuado o instantáneo)
 - g. Tipo de obligación (medios o resultado).
 - h. Previsibilidad del daño
 - i. Residualidad de la indemnización del daño respecto a la voluntad de las partes.
 - j. Diferentes tipos de cumplimiento que pueden dar lugar a indemnización (total, defectuoso, tardío, abuso de derecho, vicios ocultos).
- 12) En el análisis de este tema se encuentran presentes tres principios de rango constitucional: principio de obligatoriedad de los contratos, principio de reparación integral del daño, principio de buena fe.

- 13) El dolo y la mala fe de las partes en el incumplimiento contractual adquieren particular importancia, por más que aun la jurisprudencia rara vez los incluye en sus fundamentos.
- 14) El elemento subjetivo adquiere importancia a través del elemento de la previsibilidad previsto en el 1346 del CC. Para Venturini y cierta jurisprudencia el límite de la previsibilidad del daño sólo se aplica a obligaciones de medios.
- 15) La prestación de un contrato puede contener elementos patrimoniales y extrapatrimoniales. En los casos en que los contratos tienen como objeto una prestación de contenido exclusivamente patrimonial, aceptar que los daños extrapatrimoniales no deben ser indemnizados sería negarle naturaleza al propio contrato ya que el cumplimiento del contrato quedaría al arbitrio del acreedor (por falta de consecuencia en caso de incumplimiento), lo que es contrario al 1253 del CC.
- 16) Los elementos no patrimoniales de un contrato pueden estar en la prestación, en el interés del acreedor o en el daño propiamente dicho. Cuando se encuentra en la prestación, es de carácter objetivo, el daño es previsible lo que vuelve irrelevante la culpa o dolo; a su vez la prueba podría ser *in re ipsa*, y aplicarse las presunciones judiciales. Cuando se encuentra en el interés del acreedor, es de carácter subjetivo, el daño no es previsible (debe ser comunicado al momento de la celebración del contrato) y las presunciones probatorias dependerá de las circunstancias del caso.
- 17) Los elementos no patrimoniales de un contrato pueden estar en la prestación, en el interés del acreedor o en el daño propiamente dicho.
 - a. Cuando se encuentra en la prestación, es de carácter objetivo, el daño es previsible lo que vuelve irrelevante la culpa o dolo; a su vez la prueba podría ser *in re ipsa*, y aplicarse las presunciones judiciales.
 - b. Cuando se encuentra en el interés del acreedor, es de carácter subjetivo, el daño no es previsible (debe ser comunicado al momento de la celebración del contrato) y las presunciones probatorias dependerá de las circunstancias del caso.
 - c. Cuando se encuentran en el daño propiamente dicho deberá aplicarse las reglas del 1346 (daño directo, inmediato y previsible al momento de la celebración del contrato), pero se deberá siempre tener presente el principio *favor victimae*.
- 18) Respecto al debate sobre exigir una entidad mínima de daño, este debate debe ser analizado a la luz de las particularidades que el derecho contractual tiene respecto al aquiliano. La postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia sigue siendo que debe

existir una situación afflictiva profunda, aunque cada vez son mayores las posturas en doctrina que la rechazan.

- 19) En jurisprudencia, recientes fallos ponen en duda la pertinencia del requisito de cierta entidad para el daño. A mi juicio, el daño de baja entidad es materia de la ética, no del derecho, siendo imposible que el derecho se ocupe de cada incumplimiento contractual y por ende de cada daño menor. Para la Suprema Corte, el daño de baja entidad no constituye daño moral.
- 20) El límite de la previsibilidad del daño resarcible previsto en el art. 1346 adquiere importancia en materia de daños extrapatrimoniales ya que estos deben haber podido ser previstos al momento de la celebración del contrato en caso de incumplimiento culposo. Este límite no está previsto para los contratos de consumo.
- 21) La indemnización del daño moral es subsidiaria al acuerdo de parte según lo previsto en el art. 1347, 1363 y 1367 del CC.
- 22) El daño extrapatrimonial también podrá ser indemnizado en caso de cumplimiento defectuoso, parcial, tardío, con vicios ocultos o abuso de derecho, sin perjuicio de la normativa especial que encontramos en cada caso (arts. 1718, 1720, 1321 y 32 de 17250).

b. Conclusiones sobre criterios jurisprudenciales.

- 23) No existen criterios que permitan establecer un método objetivo para prever cuando estamos ante un daño moral indemnizable, siendo muy profunda la disparidad de criterios respecto a la prestación protegida, y sobre todo muy escuetos los fundamentos esgrimidos, lo que dificulta notablemente la deducción de criterios abstractos y generales aplicables a toda la jurisprudencia o parte de ella.
- 24) Para nuestra jurisprudencia corresponde indemnizar el daño moral ocasionado por un incumplimiento contractual. El fundamento principal se basa en una concepción restrictiva del daño moral o extrapatrimonial (*pretium doloris*), sin embargo, su aplicación ha mantenido una marcada tendencia expansiva, aunque con fundamentos difíciles de comprender para los casos estudiados. Esto es debido a que la aplicación del *pretium doloris* no parece argumento suficiente en casos en los que la prestación tenía un marcado contenido patrimonial. En las sentencias analizadas:
 - a. No se analiza el régimen jurídico aplicable según el tipo de contrato (civil, comercial, consumo).
 - b. No se analiza la prestación ni el interés del acreedor.

- c. No se analiza la previsibilidad del daño como límite aplicable monto indemnizable.
- 25) Igualmente, encontramos algunos elementos comunes.
- a. El primero es que la jurisprudencia identifica el daño moral como el *pretium doloris*.
- b. El dolor y la angustia deben exceder las meras molestias que todo incumplimiento conlleva.
- c. Respecto a la prueba se entiende que el daño moral debe ser probado por lo menos en su existencia y entidad, siendo la determinación del *quantum* reservado al criterio exclusivo y subjetivo del magistrado. Se acepta prueba *in re ipsa* en casos excepcionales, aunque este criterio varía según el tribunal. Esta posición atenta contra principios constitucionales de igualdad ante la ley.
- 26) Resulta necesario mejorar los fundamentos de las sentencias que versan sobre el punto a efectos de brindar mayor previsibilidad a los operadores del sistema.

18. BIBLIOGRAFÍA

- Acedo Penco, Angel. 2011. *Derecho de Contratos: Cuasi Contratos Y Responsabilidad Extracontractual*. Edited by Dykinson.
- Achard, Jorge Luis. 2017. "La Determinación Del Daño Marcario: Una Nueva Regla de Tres Pasos." *Revista de Derecho Universidad de Montevideo* 32.
- Arias Cau, Esteban, and Matías Nieto. 2017. "El Daño Extrapatrimonial En El Contrato de Locación. Análisis Y Prospectiva." *La Ley*, 8.
- Arregui, Federico. 2016. "El Daño Moral." In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay, I:39.
- Barragán, Gil. 2008a. *Elementos Del Daño Moral*.
- Benítez Caorsi, Juan J. 2013. *Solidaridad Contractual*. Editorial Ubijus - Reus.
- Berdaguer, Jaime. 2018. *Fundamentos de Derecho Civil*. Edited by Fundación de Cultura Universitaria. Vol. V.
- Blenzio, Juan. 2016. "El Principio de Reparación Integral Del Daño." *Doctrina Y Jurisprudencia de Derecho Civil Tomo IV*: 33.
- Carnelli, and Ramírez. 2002. "Responsabilidad Por El Hecho Ilícito Que Enriquece Al Sujeto Responsable." *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* 33: 578.
- Caumont, Arturo. 2015. "La Prueba Del Daño En Uruguay. La Tensión Entre El Derecho Sustantivo Y La Liturgia Procesal." In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:955.
- Chijane, Diego. 2017. *La Defensa Judicial Del Derecho de Marca*. Edited by La Ley Uruguay.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2016. *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica.
- De Cores Beatriz Venturini, Raúl Gamarra Carlos. 2015. *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*. Edited by La Ley Uruguay. Vol. Tomo 3. 2 ° Edición.
- De Cores, Carlos. 2015. "Acerca de Las Funciones de La Responsabilidad Civil." In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:331.
- De Cores, Carlos, Raúl Gamarra, and Beatriz Venturini. n.d. *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*. Edited by La Ley Uruguay. Vol. I.

- Domínguez, Carmen Hidalgo. n.d. “El Daño Moral En El Derecho Chileno: Panorama General,” 699.
- . 2006. “Hacia Una Uniformidad Y Transparencia de La Fijación Del Quantum Indemnizatorio.” *IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil. Universidad de Los Andes.*, 281.
- . 2015. “La Previsibilidad Contractual Como Límite Al Pleno Resarcimiento Del Daño: Estado Actual.” In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:970.
- . n.d. “La Reparación Del Daño Moral Derivado Del Contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites. 2004,” 239.
- ”Reparación Integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el derecho chileno. Estudios de derecho civil. 2009.
- Fernando Gómez Pomar, Ignacio Marín García. 2017. *El Daño Moral Y Su Cuantificación*. Edited by Wolter Kluwers España. 2º Edición. Wolter Kluwers España.
- Gamarra, Jorge. n.d. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Edited by Fundación de Cultura Universitaria. Tomo XVIII, XIX, XX, XXV.
- . 2011. *Buena Fe Contractual*. Edited by Fundación de Cultura Universitaria. 1º Edición.
- García López, Rafael. 1990. *Responsabilidad Civil Por Daño Moral. Doctrina Y Jurisprudencia*. Edited by José María Bosch Editors S. Barcelona: Grafínasa.
- González, Matilde M. Zavala de. 2016. “Cuánto Por Daño Moral.” In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay.
- Gutiérrez Guitián, Alma María. 2003. “Indemnización Del Daño Moral Derivado Del Incumplimiento Contractual.” *VLEX Anuario de Derecho Civil España*, 829–48.
- . 2018c. “La Indemnización Del Daño Moral En El Incumplimiento Contractual,” 26.
- Hevia, Martín, Jorge Luis Fabra Zamora, Ezequiel Spector. n.d. “Kant Y La Filosofía Del Derecho Contractual: Las Teorías Basadas En La Autonomía.” In *Enciclopedia de Filosofía Y Teoría Del Derecho*, 3:4. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>.
- Jorge Luis Fabra Zamora (coord.), Álvaro Núñez Vaquero (coord), Martín Hevia. 2015. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Edited by Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. 3. Kant y la filosofía del derecho contractual. Doctrina Jurídica, 712.
- Labat, Inés. 2017a. “La Privación de Bienes Y El Daño Moral.” *Revista Universidad de Montevideo*.
- Larrañaga, Luis. 2016. “El Principio de Reparación Integral Del Daño.” *Doctrina Y Jurisprudencia de Derecho Civil Tomo IV*: 137.
- Larrieux, María Elena Blanco. 2015. *Manual Del Sistema Legal de Los Estados Unidos*. Edited by Amalio M. Fernández SRL. Vol. 2º edición.
- Lorenzetti, Ricardo. 2015a. “La Responsabilidad Civil.” In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:352.
- . 2015b. “Las Nuevas Fronteras de La Responsabilidad Por Daños.” In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:167.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. 2007. “El Sistema de La Responsabilidad Civil: ¿una Deuda de Responsabilidad, Un Crédito de Indemnización O Una Relación Jurídica?” *LA LEY 1993-D, 1140 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales I*: 73.
- . 2016. *Fundamentos de Derecho Privado*. Edited by La Ley.
- Mariño, Andrés. 2016a. “La Cuantificación Del Daño Extrapatrimonial O Moral En El Derecho Uruguayo.” In *DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL Y SU CUANTIFICACIÓN*, edited by La Ley Uruguay.

- . 2016b. “Liquidación Global O Específica Del Daño Moral.” In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay.
- Mariño López, Andrés. 2018. *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario. Derecho de Daño*. Edited by La Ley Uruguay. Vol. Tomo I.
- Marino, Tomás. 2015. “Presunciones Judiciales. Críticas Y Puntos de Partida Para Una Concepción Alternativa de Las Presunciones Judiciales En El Proceso Civil Y Comercial Bonaerense. Tercera Parte: Análisis Práctico de Casos Reales de Presunciones Judiciales.” *Thomson Reuters Argentina*, 14.
- Molina Sandoval, Carlos. 2018. “El Dolo En La Responsabilidad Civil.” *La Ley*. <https://doi.org/AR/DOC/1417/2018>.
- Mosset Iturraspe, Jorge. 2016. “Diez Reglas Sobre Cuantificación Del Daño Moral.” In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay.
- Ordoqui Castilla, Gustavo. 2011. “Daño Producido Por El Abuso En El Ejercicio Del Derecho de Rescisión Unilateral Sin Causa Del Contrato de Suministro.” *IJ Editores*.
- . 2012. *Derecho de Daños*. Edited by La Ley Uruguay. Vol. Tomo 1.
- Ordoqui CASTILLA, Gustavo. 2015. *Tratado de Derecho de Los Contratos*. Edited by Ediciones del Foro/Amalio Fernández/ Editores Uruguay. Vol. Tomo 1.
- Ordoqui, Gustavo. 2009. *Abuso de Derecho*. tradinco s.a.
- Ossola, Federico A. 2018. “El Principio de Reparación Plena En La Evolución de La Jurisprudencia de La Corte Suprema.” *Thomson Reuters SJA 07/11/2018, 07/11/2018*, 235, 28.
- Páez Salgado, Daniela. 2015. “Daño Moral Por Incumplimiento Del Contrato? Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 2010.” *Iuris Dictio*, 55.
- Pérez Velázquez, Juan Pablo. 2015. *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*. Edited by Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Rutherford, Romy Grace. 2013. “La Reparación Del Daño Moral Derivado Del Incumplimiento Contractual. Tendencia En La Reciente Jurisprudencia Nacional Y Española.” *Revista Chilena de Derecho* 40 (2).
- Smith, Adam. 1794. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, 3.
- Solé Feliu, Josep. feb, 2009. “El Daño Moral Por Infracción Contractual: Principios, Modelos Y Derecho Español.” *INDRET Revista Para El Análisis Del Derecho*, 10,14.
- Szafir, Dora, and Beatriz Venturini. 1992. “El Indevelado Nexo Causal Y Su Prueba. Incidencia Práctica En Los Procesos Por Responsabilidad Civil.” *Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXII*: 457.
- Tobías, José W. 2015. “Hacia Un Replanteo Del Concepto de Daño Moral.” In *DAÑO MORAL O EXTRAPATRIMONIAL Y SU CUANTIFICACIÓN*, edited by La Ley Uruguay. Vol. Tomo I.
- Trevisan Braz, Alex. Marzo, 2016. *Dano Moral Por Inadimplemento Contractual*. Edited by Brasil Almedina.
- Venturini, Beatriz. 1984. “Daño Moral Y Su Evaluación.” *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 123.
- . 2015. “El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual.” In *Tratado Jurisprudencial Y Doctrinario*, edited by La Ley Uruguay, III:962.
- . n.d. *El Daño Moral*.
- 1992. “El indevelado nexa causal y su prueba. Incidencia práctica en los procesos por responsabilidad civil. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. FCU.
- 2015. “Tratado Jurisprudencial y doctrinario. La Ley.
- 2018 “Prevención del daño: realidad internacional y derecho uruguayo.” *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil. La Ley*.

- 2016 “El daño moral en el mundo, una apuesta a su resarcimiento integral. Los abuelos una situación particular. Doctrina y jurisprudencia de derecho civil. La Ley
- Zavala de González, Matilde. 2016. “Daño Moral Por Lesión de Bienes Patrimoniales.” In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay. Vol. I. ISBN978-9974-731-39-4.
- Zavala de González, Matilde M. 2016. “Cuánto Por Daño Moral.” In *El Daño Moral O Extrapatrimonial Y Su Cuantificación*, edited by La Ley Uruguay.