

Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho, Universidad de Chile


REPRESENTANTES DE LAS FACULTADES DE DERECHO MIEMBROS DEL CONSORCIO:

Prof. ENRIQUE BARROS BOURIE (Universidad de Chile)
Prof. CARMIEN DOMÍNGUEZ HIDALGO (Pontificia Universidad Católica de Chile)
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA (Universidad de Concepción)
Prof. ALVARO VIDAL OLIVARES (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
Prof. SUSAN TURNER SAENZER (Universidad Austral de Chile)
Prof. HERNÁN CORRAL TALCIANI (Universidad de los Andes)
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON (Universidad Diego Portales)
Prof. FABIÁN ELORRAGA DE BONIS (Universidad Adolfo Ibáñez)

ESTUDIOS
DE DERECHO CIVIL VI

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
OLMUÉ, 2010

Gonzalo Pizarro Yáñez
Enrique Barros Bourie
Mauricio Taya Rodríguez
(Coordinadores)

 AbeledoPerrot®
LegalPublishing Chile

COMISION ORGANIZADORA
VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

PRESIDENTE
Prof. GORZATO FIGUEROA YANEZ

REPRESENTANTE DE LA FACULTAD
ANTE EL CONSORCIO DE FACULTADES DE DERECHO
Prof. ENRIQUE BARRROS BOUJEF

COORDINADOR ACADÉMICO
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
Prof. MAURICIO TAPIA RODRIGUEZ

SECRETARIOS ACADÉMICOS
MARIA PAZ GATICA RODRIGUEZ
JOAQUIN POLIT CORVALAN

EQUIPO COLABORADOR
MARIA OLGA BETRAN GUZMAN (COORDINADORA)
EDUARDO ACHU MOSCOSO

FRANCISCO BARRROS ASTUDILLO
FAULPE FREDES BRICHELL
SEBASTIAN GAREIDO CONTRERAS
MARIA PAZ GONZALEZ MAUTERI
PATRICIA PÉREZ FLORES
RAUL ORELLANA SANDOVAL
GABRIELA QUEZADA ALARCON
MARIA FERRANDA TORO CANO
JOSE ANTONIO SANCHEZ RUBIN
NADIA SLEHI CHAHIN
BETRAN UREANDA ARIAS

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL, TOMO VI

Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2010

© LITAC PUBLISHING, CHILE

2011 Legal Publishing Chile • Alhambra 883, piso 10, Santiago Chile • Tel. fono: 510 5000 • www.litacpublishing.cl

ISBN de esta colección 978-956-238-903-2

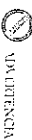
Registro de Propiedad Intelectual N° 206600 • ISBN: 978-956-238-903-2

1ª edición julio 2011 Legal Publishing Chile

Imp: 390 ejemplares

Impreso por: C.C. Impresora • San Francisco 134, Santiago

DISEÑO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



IMPRESION

Este es un libro de texto que puede ser utilizado para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción o el uso no autorizado sin el consentimiento escrito de Litac Publishing Chile. El uso no autorizado de este libro puede resultar en acciones legales. Litac Publishing Chile.

PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE CONTRATO

Juan Ignacio Contardo González*

I. INTRODUCCIÓN

Los “daños incidentales” son una categoría de daños contractuales que consiste en resarcir los perjuicios que sufre el acreedor a consecuencia de los gastos que ha debido efectuar para corregir, evitar o disminuir los resultados dañosos que pueda producir el incumplimiento contractual.

No es citada comúnmente como partida indemnizatoria en los sistemas de tradición romanista. Probablemente, puesto que se configura como la categoría de daños que pretende resarcir los gastos que implica el llamado por algunos “deber” o “carga” del acreedor de mitigar los daños contractuales, que no es frecuentemente analizada por los autores nacionales.¹

En cambio, sí es analizada esta partida indemnizatoria en los sistemas de tradición anglosajona. Posiblemente, porque el *mitigation principle* (también

* Alumno del programa de Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes. Correo electrónico: jicontardo@uandes.cl.

¹ Al parecer Gatica Pacheco fue el primer autor nacional en esbozar una opinión sobre el particular. GATICA PACHECO, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 188. Sin embargo, no es hasta la doctrina reciente que el “deber” o “carga” de mitigar los daños ha cobrado relevancia para la doctrina nacional. Así, cronológicamente: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2005, N° 5, pp. 73-98; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006, pp. 120-125; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Informe en Derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización de mitigar o atenuar los daños: contrato de transporte marítimo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2007, N° 8, pp. 203-234; VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Santiago, LegalPublishing, 2008, pp. 423-458; GANDARILLAS SERANI, Cristián, “Algunas consideraciones acerca del deber de mitigación o minimización del daño frente al incumplimiento contractual”, en PIZARRO WILSON, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago, LegalPublishing, 2009, pp. 431-449; y últimamente SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia, *Del “deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño*, Tesis para optar al grado de doctor en Derecho (inédita), Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, Roma, 2010.

llamado *doctrine of the avoidable consequences*) ha sido más desarrollado en estos sistemas. En particular, en Estados Unidos ha tenido reconocimiento expreso por el *Restatement (Second) of Contracts*. También en el *Uniform Commercial Code* estadounidense en el que se permite cobrar estos perjuicios tanto al comprador como al vendedor.

El problema que presentan los daños incidentales en el derecho chileno es que bajo la regla de previsibilidad de los daños contractuales del artículo 1558 del Código Civil no parece del todo claro que éstos puedan ser considerados como daños que pudieron preverse al tiempo del contrato, tratándose de un incumplimiento culpable. Particularmente, si la jurisprudencia reciente ha presentado fallos contradictorios. La presente exposición se propone analizar, precisamente, si estos daños pueden ser indemnizados cuando el incumplimiento se configura con carácter de culpable, proponiendo en definitiva su aceptación.

II. CONFIGURACIÓN DE LA PARTIDA INDEMNIZATORIA CONTRACTUAL DE LOS DAÑOS INCIDENTALES

En el derecho de los contratos tradicionalmente se estudia el “deber” o “carga” de mitigar los daños contractuales como una de las formas de limitar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento.² De esta suerte, para que el acreedor pueda obtener la más amplia indemnización debe éste intentar minimizar su propio daño. Por el contrario, si el acreedor no minimiza su daño verá la indemnización disminuida. Consideraciones relativas a la causalidad y la buena fe contractual han fundamentado este “deber” o “carga”.³

Sin embargo, tal como afirma Perillo, el “deber” o “carga” de mitigar el daño es una espada de doble filo.⁴ Sólo la primera de sus consecuencias es que opere como una forma de limitación de los daños, cuando el acreedor no da cumplimiento a la mitigación del daño. Es decir, opera negativamente cuando el deber o carga de mitigación ha sido incumplido.

Por el contrario, cuando el deber o carga de minimización del daño se ha cumplido, se presentan dos sub consecuencias. En primer lugar, se faculta al acreedor

² La tendencia de los autores en el derecho continental sigue a los juristas del *common law* que estudian el deber de mitigar el daño como una de las limitaciones a la indemnización del daño. En el *common law* la mitigación se estudia conjuntamente con la regla de previsibilidad de los daños (*foreseeability*), de causalidad (*causation*) y de “conculpabilidad” o de exposición impudente al daño (*contributory negligence*). Así lo sistematiza para el derecho inglés TREITEL, G. H., *The law of contract*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 9ª ed., pp. 869 y ss.; para el derecho estadounidense FARNSWORTH, Allan E., *Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004, 4ª ed., pp. 778 y ss.

³ VIDAL (n. 1) *La carga...* cit., pp. 450-451.

⁴ PERILLO, Joseph, *Calamari and Perillo on Contracts*, New York, West, 2009, 6ª ed., 510.

para obtener indemnización por el total de los perjuicios que sufrió a consecuencia del incumplimiento contractual. Es decir, el cumplimiento de la mitigación impide la limitación de los daños. Es por esto que algunos autores opinan que más que un deber se configura propiamente como una carga.⁵

La segunda de las consecuencias que plantea el cumplimiento de la carga importa la facultad para que el acreedor cobre los gastos en que razonablemente incurra para minimizar el daño. Esto es lo que configura la categoría de los daños incidentales (*incidental damages*).

III. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES FRENTE A LA REGLA DE PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS. UN PROBLEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Partiendo de la base que los daños incidentales tienen lugar en caso de cumplimiento de la mitigación del daño por parte del acreedor, entonces podremos abordar el problema que creemos puede plantearse para el derecho nacional.

Bajo el supuesto de la aceptación de la doctrina que acoge el “deber” o “carga” de mitigar los daños, nos preguntamos si es posible que los daños incidentales se indemnicen bajo la legislación chilena. En principio, no habría problemas siempre que concurren todos los requisitos de la responsabilidad civil.⁶ Entendiendo que en abstracto no hay problemas dogmáticos en la aceptación de los daños incidentales, es preciso determinar si éstos pueden ser indemnizados en su totalidad.

Esto nos lleva a una segunda pregunta: si la indemnización de los daños incidentales es o no previsible al tiempo del contrato. La cuestión es si debe soportarlos patrimonialmente el acreedor; o bien, por el contrario, si además de la indemnización de daños “consecuenciales” (daño emergente y lucro cesante) debe el deudor los daños incidentales.

Si las partes han establecido en el contrato que frente al incumplimiento del deudor éste debe indemnizarlos, no hay problema, puesto que las mismas partes

⁵ Así lo estiman, entre otros, VIDAL (n. 1) *La carga...* cit., pp. 439 y ss.; SAN MARTÍN (n. 1), pp. 284 y ss.

⁶ Hasta el momento no conocemos autores que opinen que la indemnización de los daños incidentales se trate más bien de una acción restitutoria en sentido estricto. En efecto, lo que se trata a través de los daños incidentales es recuperar lo invertido por el acreedor para dar cumplimiento a la carga de mitigar el daño. Bien entonces podría tratarse, más que de una acción indemnizatoria, de una acción *restitutoria* que opere objetivamente, sin necesidad de los demás requisitos de la indemnización de los perjuicios. Si bien entendemos que *de lege ferenda* el tema es discutible, creemos que *de lege lata* no hay normas en el Código Civil que permitan llegar a una conclusión de tal carácter, entendiendo que no existe una norma que establezca una acción restitutoria general por incumplimiento contractual. Ni aun a partir de las restituciones consecuenciales a la resolución, creemos que por el momento, no es posible construir dogmáticamente una acción general restitutoria.

han colocado la resarcibilidad de los daños en la esfera de riesgos del deudor. Esto es, si las mismas partes han colocado dentro de los daños indemnizables los incidentales, con ello dan cumplimiento a lo prescrito en el artículo 1558 del Código Civil. Esto es, se trata de daños “previstos” al tiempo del contrato y dicha norma en este supuesto prescribe que debe soportarlos el deudor.

Tratándose de un incumplimiento doloso, tampoco se presenta el problema, puesto que el deudor debe responder de todos los daños que fueron una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (artículo 1558 Código Civil). Es decir, se indemnizan tanto los daños directos previstos como los imprevistos. Si se entendiera que los daños incidentales son imprevistos, igual la ley los coloca dentro de la esfera de riesgos del deudor.

Por tanto, cabe sólo preguntarse si los daños incidentales se indemnizan en caso de incumplimiento culpable (y que no se hayan pactado en el contrato). En efecto, la regla de previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil ordena reparar los daños que “pudieron preverse al tiempo del contrato”.

Entonces, ¿son los daños incidentales previsibles al tiempo del contrato? Si la respuesta fuera afirmativa, los riesgos del deber de mitigar los daños los debe soportar el deudor (entendiendo que se dan los requisitos de cumplimiento de la carga de mitigación). Por el contrario, si se estima que estos daños no son previsibles al tiempo del contrato, los riesgos de la carga de mitigación son de cargo del acreedor a menos que éste pueda imputar dolo al deudor, y así extender la regla de previsibilidad a los daños imprevistos. Desde este punto de vista, y entendiendo que el incumplimiento culpable es la regla general, el cumplimiento de la carga de mitigación del daño sólo serviría para evitar la reducción de la indemnización de daños.

IV. SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RECIENTE

Planteado el problema, expondremos cuál es la situación de la jurisprudencia reciente sobre la materia. En primer lugar, es necesario señalar que no conocemos casos en que se haga alusión expresa a la noción de “daños incidentales”. Probablemente la razón está en que sólo la doctrina nacional se ha preocupado del deber o carga de mitigar el daño contractual recientemente. Sin embargo, es posible encontrar, por lo menos, un par de casos en que se ha planteado la indemnización de daños incidentales.

Así, en *La Preferida con Salinak*,⁷ se demandó una indemnización, a título de daño emergente, consistente en los costos de desecho de las salchichas elaboradas

⁷ Corte Suprema, 27 de julio de 2005. N° LegalPublishing: 32452.

más los “costos de arriendo y pago de energía del contenedor en el que se mantienen los productos afectados”, por la entrega de una cosa distinta de la pactada. Como se puede apreciar, en la indemnización se incluyó la indemnización de los daños incidentales, ya que a través de ella se intentó resarcir los costos de corrección o mitigación del daño contractual. La Corte Suprema concedió la indemnización en una suma global, pero rebajada respecto de la solicitada, sin cuestionarse problemas de previsibilidad del daño. Entendiendo, que la Corte estableció la responsabilidad del deudor, cabe entonces presumir dos cosas. Por un lado, se trató de un incumplimiento *culpable* (no se hace referencia a un incumplimiento doloso). Y, en segundo lugar, al conceder la indemnización de daños, el fallo implícitamente reconoce que estos daños se encuentran abarcados dentro de la regla de previsibilidad del artículo 1558, toda vez que el incumplimiento fue de carácter culposo.

Sin embargo, en *Juica y otros con Liceo San Francisco de Asís y otros*,⁸ la Corte Suprema rechazó la concesión de daños incidentales por problemas de previsibilidad, confirmando la tesis de la Corte de Apelaciones de Concepción. Si bien la Corte Suprema configuró el incumplimiento imputable del colegio por la cancelación de dos matrículas escolares, desestimó la indemnización del valor de boletas médicas y el costo de matrícula de los menores en un colegio distinto, esto es, el daño incidental. Señala el tribunal máximo que no deben indemnizarse estos perjuicios ya que se trata de daños imprevistos, no cubiertos por la regla de previsibilidad del artículo 1558 cuando el deudor ha incumplido con culpa el contrato. Por tanto, entonces, cabe concluir que la Corte en este caso ha entendido que el riesgo del deber de minimizar los daños lo debe soportar el acreedor.

A pesar de las diferencias de ambos casos, éstos tienen una unidad común frente al hecho reclamado que produce perjuicios. Se trata de situaciones en que el acreedor ha efectuado gastos con el objeto de corregir o evitar las consecuencias o resultados dañosos que pueda producir el incumplimiento del deudor. En el caso de *La Preferida*, los gastos evitaron la intoxicación de personas con el producto eliminado, más los costos de los desechos. En el caso de *Juica y otros*, los actores intentaron evitar el perjuicio que les acarreó la expulsión de los menores del colegio, colocándolos en otro, más la evitación de la producción del daño moral de los menores producto del incumplimiento. Sin embargo, la solución de la Corte Suprema fue distinta. En el primero de los casos se imputó el daño incidental al daño emergente sufrido por el actor. En cambio, en el segundo se estimó que había daño, pero no “previsible” al tiempo del contrato y, por tanto, fuera de la aplicación del artículo 1558.

⁸ Corte Suprema, 28 de julio de 2004. Nº LegalPublishing: 30585.

Las soluciones distintas a las que ha llegado la Corte Suprema nos confirman que el problema de la indemnización de los daños incidentales por incumplimiento culpable del contrato se presenta en el criterio de la previsibilidad de los perjuicios. En particular, si los daños incidentales son o no previsibles al tiempo del contrato.

V. LA DIFICULTAD DE ENCUADRAR LOS DAÑOS INCIDENTALES COMO DAÑOS PREVISIBLES AL TIEMPO DEL CONTRATO

Como acabamos de señalar, el *quid* del asunto trasunta en determinar si estos daños son o no previsibles al tiempo del contrato. Por tanto, proponemos analizar la regla de previsibilidad del artículo 1558 en relación con los daños incidentales.

Como apunta Corral, la regla de previsibilidad contenida en el artículo 1558, tiene su fuente histórica en los artículos 1150 y 1151 del *Code*, y en las lecciones de Pothier (con fuente más remota en Du Moulin y Domat).⁹

Pothier, en su *Tratado de las obligaciones*, explica la regla de previsibilidad señalando que ésta se aplica sólo a los daños en la cosa cuando el incumplimiento es de carácter culposo: *propter ipsam rem non aditem*.¹⁰ Los daños que no se refieren a la cosa, daños extrínsecos, las consecuencias del hecho dañoso (o daños consecuenciales), no pueden ser indemnizados cuando el incumplimiento ha sido culposo, sino sólo cuando ha sido doloso.

A nuestro entender, el problema que presenta la inclusión de los daños incidentales en la indemnización por incumplimiento culposo es que éstos se encuentran en un punto intermedio entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos (en la terminología de Pothier). Ello, porque no se refieren en estricto a la indemnización de la cosa ni a otras consecuencias derivadas del incumplimiento. Se refieren a los costos de evitación de los daños extrínsecos producto del daño en la prestación misma.

Por esta razón es que no es cuestionable que los daños incidentales se indemnicen cuando las partes han previsto especialmente su indemnización en el contrato, aun cuando el incumplimiento sea culpable. Tampoco en aquellas situaciones en que el incumplimiento es doloso, toda vez que los daños que han sido una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, “daños extrínsecos” para POTHIER, superan

⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho civil continental y de *Common law*”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2009, 16, N° 2, p. 147; y “Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual”, en VARGAS PINTO, Tatiana (ed.), *Cuadernos de extensión jurídica* 15, Universidad de los Andes, 2008, pp. 123-129.

¹⁰ Nos hemos servido de la siguiente edición: POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1839, §161.

el ámbito de previsibilidad de los daños incidentales, y naturalmente deberían ser indemnizables en este caso.

Con todo, no parece que Pothier se cuestionara en especial sobre la indemnización de los daños incidentales.

Pothier estimó que se debería indemnizar al inquilino “los gastos que tenga que hacer para cambiar de local”, por el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa arrendada. Señala que éstos deben ser resarcidos porque se refiere a la cosa misma arrendada.¹¹ Sin embargo, parecen acercarse bastante a los que hoy entendemos como daños incidentales, ya que más que atender a la cosa misma, tiene por objeto corregir los efectos del incumplimiento contractual culpable.

Sin embargo, en el clásico ejemplo de la venta y entrega de la vaca con una enfermedad contagiosa y que infecta con posterioridad al resto del ganado, llega a la conclusión que deben indemnizarse el valor de las demás vacas enfermas sólo cuando el incumplimiento es doloso, puesto que es “el dolo del tratante quien me ha causado ese perjuicio”.¹² Sin embargo, parece ser que no se cuestionó (atendido la fecha en que redactó su *Tratado de las obligaciones*), que frente al contagio del resto del ganado el acreedor podría haber tomado las medidas necesarias para evitar el avance de la plaga, ya sea para su mismo ganado, ya para otros animales de dueños distintos. Si lo hubiera efectuado el acreedor consistiría, precisamente, en los daños incidentales.

Por tanto, desde el punto de vista del origen de la norma del artículo 1558, su aplicación a los daños incidentales es por lo menos dudosa. Por ello, en el derecho del *common law* y en el derecho contractual uniforme se han establecido soluciones que permitan la indemnización de los daños incidentales, las que pasaremos a revisar en las próximas líneas.

VI. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES EN EL *COMMON LAW*

En el *common law* se indemnizan los daños incidentales, a pesar de la regla de previsibilidad desarrollada a partir de *Hadley v. Baxendale*,¹³ muy similar a nuestro artículo 1558 (aunque no se distingue entre culpa y dolo para la aplicación de toda la extensión de la regla de previsibilidad).¹⁴ Ya hemos mencionado que el

¹¹ *Ibid.*, §161.

¹² *Ibid.*, §166.

¹³ PERILLO, *op. cit.* (n. 4), pp. 510-511.

¹⁴ Sobre la influencia de Pothier en la regla de previsibilidad de *Hadley v. Baxendale* y la exclusión de los criterios culpabilísticos para la determinación de su extensión, puede verse CORRAL, “La regla...”, *op. cit.* (n. 9), pp. 139-159; PERILLO, Joseph, “Robert J. Pothier’s influence on the common law of contract”, *Texas Wesleyan Law Review*, Vol. 11, pp. 267-276.

Uniform Commercial Code norteamericano sí lo contempla expresamente para el caso de los daños sufridos por el vendedor (§2-710) y el comprador (§2-715),¹⁵ y en el *Restatement (Second) of Contracts*.¹⁶

Pero fuera de estos casos, se ha cuestionado su procedencia. Se han aceptado entendiendo que se trata de un daño previsible a la fecha del contrato (según la regla de previsibilidad de *Hadley*). Esto es, resultaría previsible al tiempo del contrato que el acreedor intente evitar los daños consecuenciales que pueden originarse a partir del incumplimiento contractual. Visto de esa forma, no habría ningún problema con la regla de previsibilidad.

Sin embargo, en aquellas ocasiones en que el juicio de previsibilidad no es tan claro, alguna jurisprudencia norteamericana ha determinado que estos daños son indemnizables bajo el prisma del interés negativo.¹⁷ Así, la medida del interés negativo, esto es, la intención de colocar al acreedor en una posición como si no se hubiese celebrado el contrato, serviría para determinar la conexión causal entre el incumplimiento y el resarcimiento de los daños contractuales. Porque sería previsible al tiempo del contrato que deban ser indemnizados, ya que el deudor está obligado, a través de la indemnización, a colocar al acreedor en una posición como si no se hubiese celebrado el contrato.

VII. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES EN LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO CONTRACTUAL UNIFORME

Los instrumentos de derecho contractual uniforme, que intentan coordinar los sistemas de *common law* y de tradición continental, avanzan hacia la concesión expresa de los daños incidentales al acreedor.

1. *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (C. V.)*

En la C. V., el deber o carga de mitigar el daño encuentra reconocimiento expreso en su artículo 77. Sin embargo, no hay una regla expresa sobre la indem-

¹⁵ Véase los casos expuestos por PERILLO, *op. cit.* (n. 4), pp. 517-520 y 522-523.

¹⁶ §347 *Restatement (Second) of contracts*. "Measure of damages in general".

Subject to the limitations stated in §§350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by

(a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus

(b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less

(c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform". (*La cursiva es nuestra*).

¹⁷ *Incidental reliance damages*, en la terminología de FULLER, Lon y PERDUE, William, "The reliance interest in contract damages", *Yale Law Journal*, 1936-1937, Vol. 46, pp. 78 y ss.

nización de los daños incidentales. La doctrina estima que es aplicable al efecto el artículo 74 y por el principio de reparación integral del daño.¹⁸ La jurisprudencia internacional se ha pronunciado en el mismo sentido, a pesar que la regla de previsibilidad del artículo 74 de la C. V. se configura de una manera similar al artículo 1558, relativo a los daños que debieran haber sido previstos por las partes.

La razón probablemente está en que si la C. V. contempló expresamente el deber o carga de mitigar los daños, consecuentemente sería previsible *al tiempo del contrato* que frente al incumplimiento el acreedor deba ejecutar estos gastos.

Se ha señalado que es carga del deudor la prueba del incumplimiento de la carga de mitigación.¹⁹ De esta manera, si el deudor no logra acreditar el incumplimiento de la carga, los daños incidentales que logre acreditar el acreedor serán resarcidos.

2. Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (P. I. C. C.), los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (P. E. C. L.) y el Marco Común de Referencia (D. C. F. R.)

Los P. I. C. C. regulan expresamente la concesión de los daños incidentales. En efecto, el artículo 7.4.8 después de tratar la carga de mitigación en el apartado (1),²⁰ otorga acción al cumplidor de la carga para recobrar los gastos que se producen por tal actividad, en el apartado (2). Sin embargo, en su estructura parece conceder una acción de tipo restitutoria más que indemnizatoria. Basta con la prueba del cumplimiento de la carga (que implica realizar medidas razonables) para que el acreedor pueda recobrar lo invertido en la mitigación.²¹

Los P. E. C. L. regulan de forma casi idéntica a los P. I. C. C. el reembolso de los daños incidentales. El artículo 9:505(2) de los P. E. C. L. establece expresamente el reembolso de los costos que razonablemente sufre el acreedor en el cumplimiento de la mitigación.²² Sin embargo, en las notas explicativas del referido artículo no

¹⁸ VIDAL, "La protección...." *op. cit.* (n. 1), p. 121.

¹⁹ SOLER PRESAS, Ana, "Comentario" (al artículo 77 CV), en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1997, p. 627.

²⁰ Artículo 7.4.8 (2) P. I. C. C.: "The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm". La norma no recibió modificaciones en la revisión de 2004.

²¹ Llegamos a esta conclusión ya que corresponde, según los P.I.C.C., a la parte incumplidora probar que el acreedor no cumplió con su deber de mitigación del daño. VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan (eds.), *Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 908. Por tanto, a falta de prueba del incumplimiento de la mitigación, se presumiría la carga y la posibilidad de demandar por los daños incidentales se objetivaría sustancialmente.

²² Artículo 9:505 (2) P. I. C. C.: "The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm". Como se ve, los P.I.C.C. aluden al daño "the harm", en cambio los P.E.C.L. a la pérdida sufrida por el acreedor, "the loss".

aparece mención a haber seguido a los P. I. C. C. sobre el particular.²³ El D. C. F. R. sigue a los P. E. C. L. en idéntico sentido en el artículo 3:705(2).

Como se puede apreciar hay un tránsito desde la regulación de la C. V. hasta el D. C. F. R. La C. V. no estimó regular expresamente la concesión de los daños incidentales, sí los instrumentos más modernos. La regla de la previsibilidad de los daños no tiene importancia en los sistemas de derecho uniforme toda vez que basta con acreditar el cumplimiento de la actividad razonable de mitigación para poder recobrar los daños incidentales, al igual como se ha estimado en la C. V. Así, la técnica asumida por los instrumentos internacionales permite al acreedor cobrar el total de los perjuicios, incluyendo los daños incidentales, independientemente si el contrato fuere incumplido con culpa o dolo. Por tanto, la regla de previsibilidad de los daños no juega un papel fundamental para impedir el resarcimiento de estos daños ya que el reconocimiento expreso de la facultad para cobrar los daños incidentales los coloca dentro de la esfera de los previsibles al tiempo de contrato.

En conclusión, la regulación del derecho contractual uniforme permite el cobro de estos perjuicios que opera en la práctica de forma similar a como operaría una acción restitutoria: basta para su activación el cumplimiento razonable del deber de mitigación y la prueba de los gastos que ha debido realizar el acreedor.

VIII. DOS POSIBLES OBJECIONES GENERALES A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES

Establecido que el problema de la indemnización de los perjuicios incidentales se encuentra en la esfera de la aplicación de la regla de previsibilidad de los daños del artículo 1558, es posible teorizar sobre algunas objeciones a su procedencia.

En primer lugar, se podría objetar la indemnización de los daños incidentales precisamente por la aplicación de la regla de la previsibilidad. Esta regla ordena la indemnización completa sólo cuando el deudor ha incumplido el contrato con dolo, mas no con culpa. Por tanto, la regla de previsibilidad funciona como una limitación al principio de reparación integral del daño en materia contractual.²⁴ Entonces, bien podría señalarse que la regla de previsibilidad coloca los riesgos de la carga de limitación en manos del acreedor, quien debe soportarlo en su patrimonio.

Nuestra opinión es que esta posible objeción debería rechazarse. Si se acepta que existen fundamentos plausibles para aceptar la carga de mitigación en materia

²³ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, Cambridge, Kluwer Law International, 2000, pp. 445-447.

²⁴ CORRAL, "La regla...", *op. cit.* (n. 9), pp. 155-156.

contractual, no puede estimarse que, además, deba el acreedor soportar asimismo el costo de minimización del daño en su patrimonio por la aplicación de la regla de previsibilidad. Ello llevaría a la conclusión que existe una doble limitación a la indemnización contractual: por una parte, si el acreedor no efectúa los costos de mitigación se restringe su indemnización (aplicando la carga de mitigación en el sentido negativo de limitación); y, por la otra, si efectúa gastos de minimización, no los podría cobrar. Esta conclusión produciría un desequilibrio a favor del deudor quien para evitar el pago de los perjuicios puede exigir al acreedor las medidas de mitigación, pero no se vería obligado a pagarlas si es que el acreedor las ha cumplido.

Por el contrario, la aceptación de los daños incidentales nivela la posibilidad que el deudor exija la aminoración del daño, con el cobro de los perjuicios incidentales si el acreedor da cumplimiento satisfactorio a la carga.

En segundo lugar, se puede señalar que hacer responsable al deudor por los daños incidentales puede implicar que muchas veces esto sea más gravoso aún que el incumplimiento contractual.²⁵ Por ejemplo, si con ocasión de la inejecución del contrato decidiera el acreedor efectuar una operación de reemplazo que duplica el valor de la obligación primitiva.²⁶ Entonces, bien la regla de previsibilidad podría intentar moderar estos posibles desequilibrios.

A nuestro entender, también puede ser rechazada esta posible objeción bajo el entendido que la carga de mitigación implica una valoración sobre la razonabilidad de la medida de aminoración del daño. La valoración, en definitiva, la determina el juez, a pesar de la actuación del acreedor. De tal manera que sólo lo que determine el juez como razonablemente mitigado podría ser indemnizado como daño incidental. En definitiva, creemos que el tema debe resolverse por el juicio de razonabilidad que la medida de mitigación conlleva, y no sobre la regla de previsibilidad.

IX. PROPUESTAS DE INCLUSIÓN DE LOS DAÑOS INCIDENTALES EN LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE UN INCUMPLIMIENTO CULPABLE EN EL DERECHO CHILENO

Si bien reconocemos que el tema es discutible, proponemos interpretar la regla de previsibilidad en caso de incumplimiento culposo con el resarcimiento de los daños incidentales.

²⁵ Este es uno de los llamados “efectos perversos” que la mitigación del daño puede aparejar según LAITHIER, Yves-Marie, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, París, L. G. D. J., 2007, p. 594.

²⁶ Laithier estima que si bien esta conclusión económicamente puede parecer natural para un jurista del *common law*, no lo es para uno de la tradición continental toda vez que le parecerá injusto que el deudor deba responder de algo a lo que no se obligó. LAITHIER, (n. 25), p. 594.

Creemos, en todo caso, que es necesario hacer un par de prevenciones. En primer lugar, el resarcimiento de los daños incidentales en Chile, a nuestro entender, tiene una naturaleza indemnizatoria. Esto es, proceden siempre que se cumpla con los requisitos de la responsabilidad contractual en sentido estricto. No creemos procedente una acción restitutoria puramente objetiva para su resarcimiento. Como el Código no contempla una acción restitutoria general, dogmáticamente el tema debe ser encuadrado bajo la fórmula de una acción de perjuicios.

En segundo lugar, como la mitigación parece encuadrarse mejor bajo la naturaleza de una “carga”, más que de un “deber”, creemos que debe el acreedor probar que ha efectuado las operaciones razonables de minimización del daño para la procedencia de la alegación por perjuicios incidentales.²⁷

Para los afectos de la aceptación de los daños incidentales, tres son las fórmulas que creemos son adaptables a la regla de previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil. Las dos primeras, al menos, responden a los criterios que se han esbozado en el derecho comparado para la concesión de los daños incidentales.

(i) Estimar que los daños incidentales están incluidos del daño emergente. La pregunta está en considerar si este daño emergente es previsible al tiempo del contrato. Puede considerarse que esta carga de mitigación como una de carácter implícito en todo tipo de contratos. Esto es, producido el incumplimiento del contrato, es de la naturaleza del mismo que el acreedor deba mitigar los daños producto del incumplimiento. Si se estima que es un “deber” o “carga” implícita o de la naturaleza en todo tipo de contratos, sería necesario entender que cada vez que se incumpla un contrato debe el contratante realizar esta actividad para reclamar los perjuicios. Por lo tanto, cabría estimar, también, que es previsible *al tiempo del contrato* que el acreedor proceda al conjunto de actos tendientes a mitigar el daño frente al incumplimiento. Por tanto, serían daños previsibles al tiempo del mismo, indemnizables bajo la fórmula del artículo 1558. Esta solución se asemeja a la adoptada por la doctrina en la C. V.

En contra de esta afirmación, puede señalarse que para aceptar esta postura debe admitirse previamente esta “carga” o “deber” de mitigar los daños. Cosa que en nuestro derecho no parece existir y la jurisprudencia excepcionalmente lo ha considerado. También, contra esta primera solución, puede también argumentarse que en el plano legal-normativo el deber de mitigar el daño no es una cláusula, deber o carga implícito en los contratos puesto que la ley no ha establecido ninguna norma supletoria de la voluntad de los contratantes (a pesar del artículo 77 C. V.). En tercer lugar, se podría refutar la opción propuesta, además, señalando que el deber de mitigar los daños es legalmente excepcional en nuestro ordena-

²⁷ Sobre la naturaleza del remedio que debe elegir el acreedor afectado para mitigar su daño, VIDAL, (n. 1), *La carga...* cit., pp. 454-455.

miento jurídico, ya que en contadas ocasiones, el legislador lo ha contemplado expresamente para ciertas figuras (como en la C. V.). En los demás casos podría, incluso, presumirse la voluntad contraria.

(ii) Incluir los daños dentro de la categoría de daño al interés negativo. Como ya se ha señalado, esta es la postura que alguna jurisprudencia norteamericana ha tomado sobre el particular, con cierto asidero en la doctrina. Se trata, a través de la indemnización, de colocar al acreedor en una posición similar como si no se hubiese perfeccionado el contrato (*reliance damages*). De esta manera resultaría previsible al tiempo del contrato que tales daños deben ser indemnizados, ya que constituyen, precisamente, una forma de colocar al acreedor en esa posición a través de la indemnización (*incidental reliance damages*).

En Chile, esta solución sería también discutible. En primer lugar, habría aceptar el daño al interés negativo como medida de evaluación de los daños contractuales. En segundo lugar, sólo aceptado lo anterior, también respecto de estos daños se aplica la exigencia de la previsibilidad de éstos al tiempo del contrato. Podría también estimarse que los daños incidentales son una consecuencia “directa o inmediata” del incumplimiento y no propiamente previsible al tiempo del contrato. De hecho, cuando se indemniza el interés negativo, hay daños previsibles al tiempo del contrato, los propios de la expectativa, que quedan fuera por indemnizarse, precisamente, el interés negativo. Por último, se podría criticar esta postura señalando que la indemnización de los perjuicios incidentales son propios del daño al interés positivo, puesto que mira a la expectativa de contrato y a los efectos que ha producido propiamente el incumplimiento del contrato, mas no la sola colocación del acreedor al tiempo como si no se hubiese celebrado el contrato.

(iii) Entender la acción reparatoria como una acción de enriquecimiento injusto. Una tercera posibilidad que puede ser aplicable, es considerar la acción para la reclamación de los daños incidentales como una por enriquecimiento injusto, en sede extracontractual. Podría estimarse que la carga de mitigar los daños es una de carácter general y aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual, que impone siempre al causante del daño satisfacer los gastos de evitación del daño. Como éstos no se encuentran en estricta relación con el cumplimiento del contrato, podrían separarse del mismo. Y, existiendo un deber del deudor en satisfacerlo (y que no lo ha efectuado), sumado a que se ha producido un empobrecimiento correlativo del acreedor al cumplir su carga o deber, puede estimarse que rige independientemente del contrato, como una acción por vía de responsabilidad extracontractual. De esta suerte, si el acreedor ha efectuado los gastos tendientes a evitar el daño consecuencial contractual, se configuraría un daño directo extracontractual indemnizable.

Esta tercera posibilidad que esbozamos implica alejar el tema de la responsabilidad contractual y entregarla a la responsabilidad general por daños, entendiendo

que la acción por enriquecimiento injusto normalmente se analiza bajo el prisma de la responsabilidad extracontractual.

X. CONCLUSIONES

La generalidad de los autores estima que es procedente la reparación de los daños incidentales producto del cumplimiento de la carga de mitigación los daños contractuales por el acreedor.

Sin embargo, al analizar la posibilidad de su resarcimiento frente a la regla de previsibilidad por incumplimiento culpable del artículo 1558 del Código Civil, nos encontramos frente a una dificultad: los daños incidentales se encuentran en un punto medio entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos, que no encuentra inmediata solución en la regla de previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil.

Por ello no parece del todo claro si estos daños son previsibles al tiempo del contrato. Si no fueren previsibles al tiempo del contrato, debe el acreedor soportarlos en su patrimonio. Por el contrario, aceptando su previsibilidad, serían plenamente indemnizables a cargo del deudor.

Reconociendo que el tema es discutible, somos partidarios de la procedencia de los daños incidentales por incumplimiento culposo según el primer criterio propuesto: pueden indemnizarse bajo la fórmula del artículo 1558 como daño emergente del acreedor, entendiendo que el deber o carga de mitigar el daño está implícito en los contratos, de la misma forma cómo se ha reconocido la facultad en la C. V.

A pesar que la regla de mitigación no encuentra reconocimiento expreso en el Código Civil (a diferencia de la C. V.), hay argumentos dogmáticos suficientes para la aceptación del principio en la legislación vigente. Por tanto, bajo el supuesto que se acepta la carga de mitigación, entonces debe entenderse que el acreedor, al cumplir la carga, puede buscar la reparación de los costos que ha implicado la misma.

Por tanto, resulta previsible que el acreedor pueda aminorar su perjuicio. De esta manera se configura el daño incidental, previsible e indemnizable cuando el incumplimiento es de carácter culposo.