Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N° 3 - Diciembre 2025 - Lima - Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Noviembre de 2024 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

El daño no patrimonial contractual

Un estudio a la luz del límite de la previsibilidad del daño

Manuela Canal Silva*,**

Sumario

Introducción; Capitulo 1: el daño no patrimonial contractual como daño indemnizable; 1.1 Concepto de daño no patrimonial contractual; 1.2 Reparación del daño no patrimonial contractual; 1.2.1 Casos fáciles y casos difíciles; 1.2.2 Relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con base en los elementos de la responsabilidad contractual y sus límites; Capitulo 2: El criterio de la previsibilidad del daño como presupuesto de la reparación del daño no patrimonial contractual; 2.1 La regla de la previsibilidad del daño. Características generales; 2.2 La regla de la previsibilidad del daño. Características particulares; 2.2.1 Previsibilidad desde el punto de vista del deudor; 2.2.2 La celebración del contrato como referente temporal para la evaluación de la previsibilidad del daño; 2.2.3 Previsibilidad subjetiva y previsibilidad objetiva; 2.2.4 Valoración del daño conforme al criterio de la previsibilidad; Capitulo 3: La previsibilidad del daño como límite de la reparación del daño no patrimonial contractual; Conclusión.

Resumen:

La compensación del daño no patrimonial, relativo a las dimensiones más íntimas del ser humano y al prestigio de la persona jurídica, es un tema en evolución dentro de la responsabilidad civil. Si bien su indemnización ha sido aceptada en

* Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho de Daños de la *Universitat de Girona*. Correo-e: manuela.canal.silva@gmail.com. Código ORCID 0009-0004-5733-1940.

** Canal, M. (2025). El daño no patrimonial contractual. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 173-214.*

diversos ordenamientos jurídicos, persisten vacíos sobre los límites de su reparación específicamente en el ámbito contractual. Este artículo analiza si la previsibilidad del daño opera como criterio para determinar la procedencia de la indemnización del daño no patrimonial derivado del incumplimiento contractual. Para estudiar el referido problema jurídico, se usan como fuentes los ordenamientos de Francia, España y el Reino Unido, como ejemplos de las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*.

La presente investigación se propone consolidar la previsibilidad como un límite funcional frente a la reparación del daño no patrimonial contractual. Un filtro que evite tanto la falta de resarcimiento como la sobrecompensación de este daño y que brinde mayor seguridad jurídica y coherencia en relación con su resarcimiento.

Palabras clave: daño no patrimonial, previsibilidad, responsabilidad civil contractual, incumplimiento.

Introducción

El daño no patrimonial ha sido desde hace tiempo uno de los temas más apasionantes para los estudiosos de la responsabilidad civil. Es indudablemente interesante ahondar en cómo el derecho vuelca su atención hacia lo más íntimo de la persona, lo cual se traduce en la protección a través de medios jurídicos de las dimensiones corporal, emocional y espiritual del ser humano. Es así como los sentimientos de la persona natural y el prestigio o *goodwill* de la persona jurídica se vuelven objetos de protección para la justicia. Si bien el derecho dirige su atención hacia los intereses extrapatrimoniales de los individuos desde la antigua Roma (García López, 1990, p. 28), la consolidación doctrinal al respecto es muy reciente y puede afirmarse que la responsabilidad civil por daños no patrimoniales es una materia en plena evolución (García López, 1990, p. 47).

La reparación del daño no patrimonial constituye un problema extenso, pues es transversal a las áreas de la responsabilidad extracontractual y contractual. Tal como sucede con muchas otras materias, en lo atinente a la reparación de este tipo de daño, resulta evidente la falta de armonía respecto de la producción doctrinal en los ámbitos de la responsabilidad extracontractual y contractual, al ser la primera mucho más cuantiosa y profunda que la segunda. De cara a este desbalance, la presente investigación se centrará en el análisis del daño no patrimonial contractual.

Luego de considerar superado el carácter indemnizable del daño no patrimonial contractual, ya que el derecho interno de diversos ordenamientos tiende cada vez más a favorecer su reparación, nuestro problema jurídico se basará en esclarecer si la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato[1]. Este límite debe entenderse como un criterio para determinar la procedencia o no del deber de indemnizar dicho daño y no como una frontera del *quantum* indemnizatorio. Estudiaremos, entonces, en qué supuestos resultan indemnizables dichos daños, a la luz de la regla de la previsibilidad del daño.

1 La expresión "daño no patrimonial contractual" se utilizará como sinónimo del "daño no pecuniario contractual", del "daño inmaterial contractual" y del denominado "daño moral contractual". Por otra parte, la presente investigación no hará alusión a las distintas categorías incluidas en el concepto de *daño no patrimonial*, que han sido desarrollas por varios ordenamientos nacionales.

El análisis del problema jurídico se hará con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia de Francia, España y Reino Unido, como muestra de las tradiciones del *civil law* y del *common law*[2].

1. El Daño No Patrimonial Contractual Como Daño Indemnizable

En el presente capítulo, se presentará una definición del daño no patrimonial contractual y se mostrará qué sistemas están abiertos a su reparación y cuáles se mantienen reacios a considerarlo como un daño indemnizable o plantean hipótesis restrictivas al respecto. A propósito de estos dos puntos, estudiaremos ordenamientos nacionales del *civil law* y del *common law*. Ahondaremos exclusivamente en los sistemas de Francia, España y el Reino Unido, los cuales tomaremos como modelos de las tradiciones jurídicas mencionadas. Para concluir la referida exposición, presentaremos lo que, a nuestro juicio, corresponde al correcto abordaje de la figura del daño no patrimonial contractual, el cual coincide con estudiar el mencionado daño bajo la lumbre de la responsabilidad contractual.

1.1. Concepto de daño no patrimonial contractual

En la mayoría de los ordenamientos de la tradición del *civil law* la delimitación de este concepto y la fijación de los contornos de su reparación han sido producto del poder creador de la jurisprudencia y de la doctrina. Para el profesor Carrasco Perera existen dos versiones del concepto de daño no patrimonial. Por una parte, la concepción objetiva de este, según la cual tal pérdida corresponde a todo "daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos" (Carrasco, 2024, p. 1192), y, por otra, la concepción subjetiva, que lo define como todo "daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad hasta la salud mental; todo daño que no tenga consecuencias patrimoniales, por no ser conmensurable en dinero" (Carrasco, 2024, p. 1193).

En el *civil law*, la jurisprudencia se ha inclinado hacia la adopción de un concepto amplio de este tipo de daño y, por lo tanto, hacia la admisión de su concepción

2 El presente estudio toma como base el trabajo de investigación (trabajo final de máster [TFM]) desarrollado por la autora para obtener el título de máster en Derecho de Daños de la *Universitat de Girona* (UDG) de Cataluña (España). El referido trabajo fue presentado y sustentado en el 2018. En el año 2021, la autora publicó un libro con el mismo título, cuyo fundamento fue dicho trabajo de investigación.

subjetiva (Carrasco, 2024, pp. 1193 y ss.; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 252-255; Pérez de Ontiveros, 2006, pp. 47-48).

Sin embargo, consideramos que adoptar la concepción subjetiva no implica, de manera alguna, concluir que el incumplimiento de un contrato siempre va a dar vía a la reparación de un daño no patrimonial. Por consiguiente, la definición de dicho daño no puede entenderse de forma aislada frente a los límites de la responsabilidad contractual, pues con base en estos se discriminarán los casos en los cuales la víctima de dicho daño resulta protegida o inerme.

Por otra parte, en relación con la tradición del *common law*, ya que sus ordenamientos jurídicos son reacios a la adopción de definiciones absolutas, nos limitaremos a presentar las distintas "categorías" de daños no patrimoniales contractuales presentadas por la doctrina. De esta forma, McGregor distingue cinco tipos de daños no patrimoniales, a saber: (i) padecimiento físico o malestar, (ii) dolor, sufrimiento y pérdida del disfrute de la vida, (iii) afectación a la reputación, (iv) trastorno mental y (v) pérdida de un ser querido (McGregor, 2014, pp. 67-87). Igualmente, puede resultar demostrativo el caso inglés *Watts v. Morrow*[3] que, al tratar posibles tipos de daños no patrimoniales contractuales, se refiere a "cualquier sufrimiento, frustración, ansiedad, desagrado, irritación, tensión o agravio" que pueda causar al acreedor el incumplimiento de un contrato por parte del deudor.

En la presente investigación adoptaremos una definición amplia de la noción, pues optaremos por concebir al daño no patrimonial como una categoría residual o negativa del daño patrimonial. Ya que el presente estudio se limitará a analizar el daño no patrimonial como fuente de responsabilidad contractual, el daño al que se hará referencia constituye una consecuencia del incumplimiento de un contrato. No obstante, más allá de ese punto, no consideramos que el concepto de este tipo de daño sea distinto en los ámbitos de la responsabilidad extracontractual y contractual.

1.2. Reparación del daño no patrimonial contractual

En el presente subcapítulo abordaremos la reparación del daño no patrimonial contractual, mediante la comparación de las posturas de algunos ordenamientos

3 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.

jurídicos nacionales. Por último, catalogaremos los supuestos en los que resulta reparable este daño como "casos fáciles" y "casos difíciles" y examinaremos las diferencias entre estas dos categorías.

Para hablar de la reparación del daño no patrimonial, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como contractual, es indispensable partir del estudio de dicha materia en el derecho francés. Francia, de hecho, fue el primer sistema jurídico europeo en reconocer abiertamente el carácter resarcible de este tipo de daño. El Código Civil francés no incluía, pero tampoco excluía la posibilidad de resarcir daños no patrimoniales en el evento en que estos fueran la consecuencia de un acto ilícito o del incumplimiento de un contrato. No obstante, a partir del siglo xv, la jurisprudencia gala interpretó de manera amplia los artículos del *Code civil* y comenzó a indemnizar a las víctimas de daños no patrimoniales, por sucesos, tales como difamación, calumnia, promesa de matrimonio o adulterio (Palmer, 2015, p. 60). Sin embargo, solo desde el siglo xix se adoptó en la doctrina francesa la expresión de "daño moral".

Luego del desarrollo de la figura en el terreno de la responsabilidad extracontractual, esta migró al campo de la responsabilidad contractual. El caso de Rosa Bonheur[4], que data de 1865, representa uno de los más antiguos ejemplos de la reparación del daño no patrimonial contractual en el ordenamiento francés. Mediante tal providencia, la referida artista fue condenada a reparar los daños patrimoniales y no patrimoniales por el incumplimiento de un contrato que la obligaba a realizar y entregar una obra. Otros de los primeros casos en los que se indemnizó el daño no patrimonial contractual durante el siglo xix corresponden a los supuestos en los que estilistas fueron condenados, en vista de las alegaciones de sus clientes que afirmaron haber visto afectado su *look* por una mala ejecución de su trabajo (Givord, 1938, p. 83; Pradel, 2004, núm. 107, pp. 125-126; Palmer, 2015, p. 73).

No obstante, los citados casos fueron aislados dentro de la jurisprudencia francesa. La verdadera consolidación de la reparación del daño no patrimonial contractual en este ámbito se dio a comienzos del siglo xx, cuando se multiplicaron los daños provocados por accidentes ferroviarios. De cara a dichos eventos, los jueces se vieron en la encrucijada de determinar la reparación del daño no patrimonial

4 París, 1ere, 4 de julio de 1865, D. 1865.2.201 citado por Palmer (2015, p. 73).

extracontractual y contractual derivado de los mismos supuestos fácticos. El juez galo entonces consideró como arbitrario que la responsabilidad producto de la culpa extracontractual fuera más estricta que aquella derivada de la culpa contractual (Palmer, 2015, p. 74).

El derecho francés contemporáneo se proclama como un sistema abierto a la reparación del daño no patrimonial contractual. El fundamento normativo corresponde al artículo 1231-1 del *Code civil*, conforme al cual "el deudor debe indemnizar los daños y perjuicios ya sea por el incumplimiento de la obligación, ya sea por su retardada ejecución", y al artículo 1231-2 del *Code civil*, conforme al cual son indemnizables el daño emergente y el lucro cesante. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, una interpretación abierta permite concluir que el Código no excluye la indemnización del daño no patrimonial (ni extracontractual, ni contractual) (Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2024, núm. 961, p. 551; De Vita, 2022, p. 147; Palmer, 2015, p. 60).

Tales disposiciones son ampliamente empleadas por la jurisprudencia actual[5]. La Sentencia del Tribunal de Apelación de París del 12 de enero de 2023 es muestra de lo anterior[6]. Dicha decisión surgió por la demanda presentada por un pasajero en contra de la aerolínea Corsair, cuyo vuelo se retrasó un día. El actor alegó haber padecido daños patrimoniales y no patrimoniales. En relación con estos últimos adujo que pretendía hacer un viaje de trabajo y el retraso del vuelo afectó su credibilidad frente a sus socios, quienes reaccionaron con enojo y decepción. El Tribunal rechazó el reconocimiento del daño no patrimonial alegado pues no lo consideró previsible de acuerdo con los artículos 1231-1 y 1231-3 del Código Civil.

Otro ejemplo reciente en donde el juez francés reconoció el padecimiento de daños no patrimoniales corresponde a la decisión del 28 de junio de 2022 de la Corte de Apelaciones de Pau[7]. En este caso, la Corte resolvió un conflicto sucedido a raíz de la construcción de una residencia colectiva. Una vez fueron

5 Francia, *Cour d'appel de Pau*, 28.06.2022, [20/00980]; Francia, *Cour de cassation, première chambre civile,* 25.03.2020, [19-14.462]; Francia, *Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 18.04.2011 [10-15.056]; Francia, *Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 2.10.2013 [12-26.975]; Francia, *Cour de cassation, troisième chambre civile,* 19.12.2019, [18-22.155]; Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].

6 Francia, *Cour d'appel de Paris*, 12.01.2023 [21/02564].

7 Francia, *Cour d'appel de Pau*, 28.06.2022, [20/00980].

entregados los apartamentos, varios de los compradores denunciaron molestias sonoras, pues en sus apartamentos no se había incluido el aislamiento acústico exigido legalmente. Los propietarios acudieron a la aseguradora de la obra, quien se negó a declarar el siniestro. Posteriormente, demandaron a la aseguradora y pidieron la indemnización de los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales.

La Corte reconoció expresamente el daño no patrimonial causado a los copropietarios y obligó a la aseguradora a repararlo por el monto de 3.000 euros a cada uno, luego de calificar al daño como grave. Por otra parte, el juez colegiado condenó a la aseguradora a pagar a cada uno de los demandantes 3.000 euros adicionales por concepto de los daños padecidos por la negativa abusiva e injustificada de la aseguradora de hacer efectiva la garantía. A juicio de la Corte, esto generó para los propietarios una carga adicional de estrés y dilaciones indebidas.

La experiencia francesa en lo relativo al daño no patrimonial, tanto en sede extracontractual como contractual, tuvo una profunda influencia en España. Desde Las Siete Partidas, se evidencia en este ordenamiento una formulación normativa del concepto de *daño*, la cual es forzosa citar debido a su importancia y pertinencia incluso en la actualidad: "daño es empeoramiento, ó menoscabo, ó destruimiento que home rescibe en sí mesmo ó en sus cosas por culpa dotri"[8]. De la lectura del texto se desprende que Las Partidas ya diferencian entre el daño patrimonial y el no patrimonial. La definición provista es plenamente aplicable en el actual derecho español, donde, si bien no existe una definición codificada de daño no patrimonial, las vías doctrinal y jurisprudencial han llenado este vacío. En referencia al artículo 1902 del Código Civil, que dispone que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", compartimos la postura doctrinal que afirma que este es un precepto general en el tema de la responsabilidad y abarca tanto daños patrimoniales como no patrimoniales (Mate Satué, 2021, p. 281; García López, 1990, pp. 46-47).

El primer caso en el que un juez español declaró la responsabilidad por un daño no patrimonial contractual data de 1984[9]. Mediante una providencia, el Tribunal Supremo reconoció la indemnización a favor de un abogado en consecuencia del

8 Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio cotejadas con varios Codices Antiguos por la Real Academia de la Historia (1807).

9 España, STS 9.5.1984 [RJ 1984\2403].

incumplimiento de la Compañía Telefónica Nacional de España de un contrato que había celebrado con el letrado, ya que esta había omitido incluir sus datos en una guía telefónica. El Tribunal consideró que en este caso era forzoso matizar la tesis que excluye la reparación del daño no patrimonial contractual, pues cuando hay negligencia de una de las partes es posible sacar de forma lógica los daños no patrimoniales que pudieron ser causados a raíz del incumplimiento. La sentencia introdujo el tema de la previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad por daño no patrimonial contractual.

Cabe citar también la sentencia del 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo[10]. La disputa resuelta por esta providencia tuvo origen en la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega en contra del Banco BBVA. La actora adujo la vulneración por parte de la empresa de sus derechos fundamentales y de su libertad sindical. Inicialmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia había condenado al banco a indemnizar los daños no patrimoniales sufridos por la demandante, en virtud del menoscabo de su imagen. El Tribunal Supremo confirmó en su integridad la providencia recurrida y basó su decisión en un "criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral", el cual, a su juicio, se materializa en los Principios Unidroit y en otros ordenamientos de carácter internacional.

La sentencia del 11 de marzo de 2020 del Tribunal Supremo español también resulta ilustrativa[11]. Este pleito se originó con ocasión de la compra de la demandante de un vehículo Seat Ibiza en el concesionario oficial del grupo Volkswagen en Maó (Menorca). Dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su automóvil llevaba instalado un *software* que desactivaba las emisiones de NOx cuando detectaba que este estaba siendo sometido al control de emisiones contaminantes y, de este modo, manipulaba los resultados de las mediciones de tales emisiones.

La compradora demandó al concesionario y a Seat S. A. y alegó que los citados vicios del vehículo le habían causado perjuicios patrimoniales y no patrimoniales. Mientras que el juzgado de primera instancia desestimó la demanda, el Tribunal de apelación condenó únicamente a Talleres Menorca S. A. por el daño no patrimonial padecido por la demandante, el cual se había materializado en la "zozobra

10 España, sts 2.2.2015 [RJ 279\2013].
11 España, sts 11.03.2020, [RJ 735/2020].

derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude, [...] así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual".

Por último, la sentencia del 27 de febrero de 2024[12] es muestra del entendimiento judicial del concepto de *daño no patrimonial*. En dicha decisión el Tribunal Supremo resolvió un caso en el cual, luego de la terminación de un contrato con una empresa de distribución de telefonía digital, un usuario se rehusó a devolver el equipo. Este argumentó que las opciones ofrecidas por la empresa para este supuesto eran abusivas, pues lo obligaba a acercarse hasta un punto oficial de la empresa dispuesto para recibir los equipos. Debido a la negativa del usuario, la empresa le impuso una multa de 300 euros y lo incluyó en un fichero de morosos, lo cual le causó graves daños tanto patrimoniales como no patrimoniales. El usuario resaltó que el incumplimiento por parte de la empresa causó una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Tribunal consideró que, al incluir al demandante en el fichero de morosos, la empresa le provocó un daño patrimonial y un daño no patrimonial y este último tenía una intrínseca conexión con su derecho fundamental al honor, el cual se consagra en el artículo 18.1 de la Constitución española. El daño fue causado debido a que la deuda se originó producto de una controversia contractual razonable, y no a un incumplimiento ilegítimo por parte del usuario, por lo que el juez colegiado consideró que la acción de la empresa de telefonía no fue pertinente ni proporcional. El Tribunal concluyó que, según lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, siempre que ocurre una intromisión ilegítima se presume un perjuicio, no solo patrimonial sino también no patrimonial, pues este se deriva de una vulneración a un derecho fundamental. Finalmente, el Tribunal concedió las peticiones al usuario y probó la existencia del daño no patrimonial, el cual estimó en 8.000 euros. El caso presentado evidencia la especial protección que existe en España frente a la ocurrencia de daños no patrimoniales cuando hay un derecho fundamental vulnerado y la parte afectada es un consumidor (Lara, 2024, pp.5-6).

En virtud de los expuestos pronunciamientos, se evidencia que, luego de la publicación de la decisión del Tribunal Supremo de 1984, dicha sentencia se

12 España STS 27.02.2024 [RJ 977/2024]

convirtió en un hito en la materia, pues abrió la puerta a la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de un contrato.

Por otra parte, como ejemplo de la tradición jurídica del *common law*, estudiaremos la reparación del daño no patrimonial contractual en el ámbito del derecho del Reino Unido. Este ordenamiento es muy restrictivo respecto del resarcimiento del daño no patrimonial de índole contractual. Analizaremos a continuación los motivos de dicha postura y su cambio en el tiempo.

La regla general en derecho inglés consiste en la negación de la reparación del daño no patrimonial contractual. De hecho, la jurisprudencia ha sido dominada por el *leading case Addis v. Gramophone Co. Ltd.*[13] (1909). En dicha providencia la *House of Lords* negó la indemnización de este daño a un trabajador que había sido despedido de forma injusta y humillante. El juez sostuvo que había que distinguir entre la responsabilidad derivada de la responsabilidad extracontractual (*torts*) y aquella derivada del incumplimiento contractual y concluyó que en el segundo caso no había lugar al resarcimiento de daños no patrimoniales[14].

No obstante, desde hace algunas décadas la concepción restrictiva frente a la reparación del daño no patrimonial contractual ha ido mutando hacia la aceptación del resarcimiento de tal daño en excepcionales y limitados casos. Consideramos que hay unanimidad en cuanto a la determinación de al menos dos categorías en las que el referido daño resulta indemnizable, a saber: los padecimientos o sufrimientos físicos y la pérdida del disfrute de la vida por el incumplimiento de un contrato cuyo objeto consistía en la satisfacción de un interés extrapatrimonial (Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; McGregor, 2014, pp. 67-87; Collins, 2003, pp. 414-418; Treitel, 2003, pp. 987-993).

El caso comúnmente citado por la doctrina del *common law* (Chen-Wishart, 2022, p. 520; McGregor, 2014, p. 74) para describir la categoría de padecimientos o sufrimientos físicos producidos por el incumplimiento contractual es *Hobbs v. L. &*

13 Inglaterra, *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* [1909] AC 488, HL.

14 Ver *Farley v. Skinner*, en la que la *House of Lords* reafirmó que "el principio general es que la indemnización solo se concede por los daños patrimoniales que derivan del incumplimiento" (Inglaterra, *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801) y, en el mismo sentido, *Johnson v. Gore Wood & Co.,* en el cual la *House of Lords* desestimó las pretensiones de daños no patrimoniales alegados por el demandante, en virtud de la supuesta negligencia de la firma de abogados demandada y citó al famoso precedente (Inglaterra, *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2000] UKHL J1214-3).

S.W. Railway Co.[15], en el cual una compañía ferroviaria fue obligada a indemnizar a una familia por haberla depositado en una estación distinta de la convenida, razón por la cual los demandantes debieron caminar varias millas hacia su casa de noche y bajo la lluvia. También constituye un buen ejemplo el citado caso de *Farley v. Skinner*[16]. Según los hechos del caso, el demandante contrató a un perito para que estudiara el nivel de ruido provocado por los aviones, que podría sentirse en una vivienda que quería adquirir. Dado que en el informe el perito concluyó que las molestias producidas por el ruido resultaban improbables, el demandante compró la casa y gastó una cuantiosa suma de dinero en arreglos. Desafortunadamente, al ocupar la vivienda, el comprador tuvo que padecer molestias sustanciales por el paso de los aviones. La *House of Lords* condenó al perito a reparar los padecimientos físicos sufridos.

En la misma línea, cabe citar el caso *Shaw v. Leigh Day*[17], que surgió en virtud de que el padre de la demandante murió como consecuencia de una falla médica. La mujer acudió a una firma de abogados para iniciar un proceso legal de negligencia médica, pero el bufete no realizó su labor correctamente. El juez de primera instancia negó la reparación del daño no patrimonial, pero la Corte Suprema de Justicia (*Queen's Bench Division-Manchester District Registry*) determinó que dentro del objeto del contrato se encontraba la satisfacción de cierto grado de paz mental, por lo que condenó a la firma de abogados a indemnizar a la demandante por este concepto.

Otro caso interesante y reciente corresponde a la sentencia del 21 de junio de 2022 emitida en el caso *Khan v. Mehmood*[18], en el cual la Corte de Apelación resolvió sobre un contrato de arrendamiento en el cual, debido al incumplimiento del arrendador al no reparar los daños de humedad en la vivienda, el arrendatario sufrió graves daños en su salud, lo que causó que no pudiera ir a trabajar e incurriera en mora en el pago del canon. La Corte reconoció los perjuicios no patrimoniales causados por la incomodidad que sufrió el arrendatario y le aplicó un aumento del 10% a la suma establecida como indemnización. El juez colegiado afirmó que el daño no patrimonial podía ser evaluado sin necesidad de prueba pericial y que puede expresarse de varias maneras. Este es uno de los

15 Inglaterra, *Hobbs v. L. & S.W. Railway Co.* [1875] L.R. 10 Q.B. 111.
16 Inglaterra, *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801.
17 Inglaterra, *Shaw v. Leigh Day* [2017] EWHC 825 (QB).
18 Inglaterra, *Khan v. Mehmood* [2022] EWCA Civ 791.

casos en los que el ordenamiento inglés ha mostrado apertura frente a la reparación del daño no patrimonial en casos de construcción y afectación residencial (Jaberi, 2023, p. 100).

En este orden de ideas, es claro, especialmente en comparación con los ordenamientos francés y español, que el derecho del Reino Unido es restrictivo frente a la reparación del daño no patrimonial contractual. No obstante, también se ha mostrado una evolución respecto de los supuestos en los cuales se permite su reparación (Jaberi, 2023, p. 100; Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; Solé, 2009, pp. 9-14).

1.2.1. Casos fáciles y casos difíciles

Una vez presentados los diversos casos en los que resulta indemnizable el daño no patrimonial contractual en las tradiciones del *common law* y del *civil law*, pretendemos hacer una reflexión final respecto de estos. A nuestro juicio, los supuestos en los que resulta indemnizable este tipo de daño pueden clasificarse en dos categorías: casos fáciles y casos difíciles.

Denominamos "caso fácil" a aquel que incluye dentro de sus supuestos fácticos la celebración de un contrato que tiene como prestación la satisfacción de un interés extrapatrimonial, tal es el supuesto de un contrato de viaje combinado[19] o aquel cuyo objeto consiste en satisfacer el servicio de salud o el servicio funerario. En estos casos la indemnización del daño no patrimonial contractual no supone problemas, pues, en principio, basta con valerse de la regla de la previsibilidad objetiva para determinar la responsabilidad del deudor.

A contrario sensu, denominamos "caso difícil" al que surge de la suscripción de un contrato, cuya prestación pretende satisfacer un interés patrimonial del acreedor. Determinar la protección respecto de los daños no patrimoniales en este tipo de supuestos es mucho más complicado que en los primeros casos reseñados. Lo anterior, puesto que el incumplimiento de este tipo de contratos no causa directamente un daño no patrimonial en cabeza de la parte perjudicada. En consecuencia, por lo general, no puede probarse la regla de la previsibilidad objetiva del daño. De ahí que al juez le compete realizar un juicio de previsibilidad

19 En España, léanse, por ejemplo, la STS 31.5.2000 [RJ 2000\5089], la STS 14.2.1995 [RJ 1995\1104] y la SAP de Lleida 12.3.1998 [AC 1998\356]. En Inglaterra, léanse los casos de *Jarvis v. Swan's Tours* [1973] QB 233, [1973] All ER 71, CA y *Stedman v. Swan's Tour* [1951] 95 S.J. 727, CA.

objetiva y subjetiva –que se estudiarán en el próximo capítulo– y usualmente debe acudir al casuismo y a la discrecionalidad. Un ejemplo clásico de un caso difícil lo constituye el incumplimiento de un contrato inmobiliario (Rodríguez Guitián, 2008b).

1.2.2. Relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con base en los elementos de la responsabilidad contractual y sus límites

Con respecto al panorama apenas presentado sobre la reparación del daño no patrimonial contractual, y la peligrosa conclusión conforme a la cual dicho daño pueda resultar indemnizado siempre que se incumpla un contrato, consideramos que deben delimitarse los supuestos en los que procede su indemnización. Así, estimamos perentoria una relectura de la indemnización del daño no patrimonial contractual con fundamento en las normas atinentes a la responsabilidad. A nuestro juicio, el juez debe estudiar cada uno de los elementos y límites de la responsabilidad contractual para así determinar si efectivamente se configura responsabilidad en cabeza del deudor.

Así las cosas, para que la parte incumplida sea condenada a reparar el daño no patrimonial contractual sufrido por el acreedor resulta esencial que concurran efectivamente dicho daño, el incumplimiento del deudor y el nexo causal entre tal incumplimiento y el alegado daño (Pérez Velásquez, 2016, p. 128; Pérez de Ontiveros, 2006, p. 49). Igualmente, es indispensable que se superen los distintos límites de la responsabilidad fijados o bien por la legislación, o bien por la doctrina o la jurisprudencia.

En cualquier régimen de responsabilidad y cualquiera que sea el tipo de perjuicio que se estudie, el primer elemento que deberá analizarse será el daño (Henao, 2015, p. 280). En lo concerniente al daño no patrimonial contractual, aunque se haya reconocido su carácter indemnizable, ello no implica que dicho daño no deba probarse (Morán, 1998, p. 360). En segundo lugar, debe demostrarse el incumplimiento del contrato por parte del deudor y, por último, debe probarse la relación causal entre el referido incumplimiento contractual y el daño no patrimonial padecido. Además, debe demostrarse que este se halla protegido por los intereses del contrato.

En lo atinente al resarcimiento del daño no patrimonial contractual, la doctrina y la jurisprudencia han establecido tres límites para que dicho daño se consi-

dere como indemnizable. En primer lugar, el límite de la relevancia del daño no patrimonial, que nace de la negación de que a raíz de cualquier molestia provocada por el incumplimiento de un contrato surja un daño no patrimonial indemnizable. En segundo lugar, el límite del nexo de causalidad, que exige que cuando se reclame la indemnización de un daño contractual este sea consecuencia del incumplimiento del contrato. Por último, la previsibilidad del daño de cara a la responsabilidad por el daño no patrimonial contractual. De conformidad con lo anterior, para que un daño no patrimonial sea indemnizable a la luz de este límite, se exige que tal daño haya sido previsto o hubiera podido preverse por parte del deudor al momento de la celebración del contrato. En el siguiente capítulo, pretendemos estudiar el mencionado criterio.

A partir del estudio de variadas fuentes del derecho, este capítulo pretendió ilustrar al lector sobre cómo se aborda actualmente la reparación del daño no patrimonial contractual en algunos ordenamientos jurídicos nacionales. Comenzamos por el estudio de la noción misma de daño no patrimonial contractual, para luego adentrarnos en las particularidades propuestas por cada texto jurídico de cara a su reparación. Demostramos así que el problema del carácter resarcible del daño no patrimonial contractual constituye un debate que habita en el pasado. Una vez claro el panorama frente a la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales, pretendemos profundizar próximamente en el límite de la previsibilidad de dicho daño con el fin de contribuir a la delimitación de la reparación de tal pérdida.

2. El Criterio De La Previsibilidad Del Daño Como Presupuesto De La Reparación Del Daño No Patrimonial Contractual

La regla de la previsibilidad, introducida en el capítulo anterior, constituye un límite explícito del resarcimiento del daño contractual (Carrasco, 2024, p. 1128) conforme al cual la reparación no comprende cualquier daño causado por el incumplimiento, sino exclusivamente el daño que resulta previsible (Bonelli, 1997, p. 311). Con el fin de delimitar el daño resarcible, corresponde al juez evaluar las circunstancias particulares del caso para definir el daño que era previsible para la parte incumplida al momento de la celebración del contrato o el que pudo haber razonablemente previsto como consecuencia del incumplimiento. A continuación, se estudiarán las características generales y particulares de la regla de la previsibilidad de cara a algunos ordenamientos nacionales.

2.1 La regla de la previsibilidad del daño. Características generales

Esta regla fue adoptada por primera vez en el artículo 1150 del Código Civil francés como una limitación de la responsabilidad contractual (Bénabent, 2016, núm. 422, pp. 324-325; Viney y Jourdain, 2011, núm. 319-333, pp. 706-726). Según este, "el deudor solo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido preverse en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte".

Así, se establece por vía legislativa que la responsabilidad contractual del deudor está limitada al daño que dicha parte incumplida anticipó o hubiera podido anticipar al momento de suscribir el contrato. El artículo 1150 fue reemplazado por el artículo 1231-3, vigente en la actualidad. La nueva disposición conserva la esencia de la norma derogada, pero asimila el dolo a la culpa grave, por lo cual, hoy en día, la parte incumplida que actúe con culpa grave tampoco podrá ampararse bajo el límite de la previsibilidad.

La referida tradición francesa constituyó una fuente de inspiración para España. De hecho, el artículo 1106 del Código Civil español contempla las partidas del daño resarcible, mientras que el artículo 1107 define los límites de la admisión de cualquier partida indemnizatoria en el campo de la responsabilidad contractual (Carrasco, 2024, p. 1128) así:

> Artículo 1107
>
> Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.
>
> En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

El Código español mantiene la regla de la previsibilidad contemplada en el *Code civil*, ya que limita los daños y perjuicios resarcibles a aquellos que el deudor hubiera previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación y conserva el tratamiento especial en cabeza del deudor doloso.

Al analizar la regla de la previsibilidad en el *common law*, encontramos diversas teorías en la doctrina y jurisprudencia asimilables a la regla latina. Comúnmente,

los tratadistas ahondan en el límite denominado *remoteness of loss* (Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547; Stone, 2013, pp. 482-487); sin embargo, también se estudia la *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. 209-244) o la *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904). Todas estas teorías apuntan a evitar la reparación de un daño contractual que resulte demasiado remoto o imprevisible.

Dicha regla fue construida por vía jurisprudencial en 1854, mediante el caso *Hadley v. Baxendale*[20] y surgió a partir de un contrato de transporte suscrito entre unos transportadores y los propietarios de un molino, quienes buscaban que aquellos llevaran una pieza rota al fabricante para que fuese sustituida. Los transportadores entregaron la nueva pieza con varios días de retraso, por lo cual los propietarios reclamaron el lucro cesante causado por la paralización del molino. El Tribunal desestimó la demanda y adujo que el deudor desconocía el hecho de que el molino no iba a poder operar hasta la llegada de la pieza. Por tanto, el lucro cesante resultaba demasiado remoto para los transportadores y no había fundamento jurídico para que fuese reparado.

Del caso citado emergen dos reglas. Una se refiere a que el daño será indemnizable siempre y cuando este hubiera podido ser razonablemente contemplado por las partes al momento de la celebración del contrato. La segunda exige que si el demandante notifica expresamente a la parte incumplida sobre circunstancias de las cuales pudiese surgir un eventual daño por el incumplimiento, tal daño también debe ser reparado (Collins, 2003, p. 411).

2.2 La regla de la previsibilidad del daño. Características particulares

Luego de estudiar las generalidades de la regla de la previsibilidad del daño, nos proponemos analizar las características particulares de este límite de la responsabilidad contractual. Presentaremos de manera transversal las particularidades de esta regla con el fin de evaluar cómo se manifiestan en cada uno de los ordenamientos estudiados.

2.3 Previsibilidad desde el punto de vista del deudor

Para empezar, es pertinente estudiar el sujeto de la previsibilidad. Es decir, determinar a quién se le exige que prevea o pueda prever el daño para que opere la

20 Inglaterra, *Hadley v. Baxendale* [1854] 156 Eng. Rep. 145.

regla de la previsibilidad, como límite de la responsabilidad. Existen tres posibles respuestas. En primer lugar, que dicha exigencia se hiciese respecto del acreedor, en segundo lugar, que se hiciese respecto del deudor o, por último, que fuera exigible que los dos hubieran previsto o hubieran debido prever la pérdida.

En principio, en los ordenamientos del *civil law* existe unanimidad en que el análisis sobre la previsibilidad de las pérdidas debe realizarse exclusivamente respecto de la parte incumplida. No se precisa, en consecuencia, que también la parte afectada por el incumplimiento deba haber previsto o debido prever las pérdidas cuya indemnización pretende.

Esta característica difiere de las teorías *remoteness of loss* (Collins, 2003, pp. 410-413; Stone, 2013, pp. 482-487; Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904) del *common law*. En efecto, dicha tradición jurídica exige que se estudie la previsibilidad desde el punto de vista de las dos partes (Gillette y Walt, 2016, p. 344; Schwenzer, 2011, p. 1706; Gotanda, 2011, p. 1003). Sin embargo, de acuerdo con Gillette y Walt (2016, p. 345) dicha diferencia no es significativa, pues en la práctica es probable que si el daño resultaba previsible para el deudor, este también era previsible para el acreedor.

2.4 La celebración del contrato como referente temporal para la evaluación de la previsibilidad del daño

Sobre este supuesto, lo importante a resaltar es que la parte incumplida haya previsto o debido prever las posibles pérdidas derivadas de un eventual incumplimiento del contrato para el momento de la suscripción del acuerdo, que no es otro que aquel en que produce efectos la aceptación de la oferta. El estudio de la previsibilidad en dicho momento es relevante, ya que corresponde a la fecha en la cual las partes distribuyen también los riesgos contractuales.

Para la doctrina, la regla es justa, pues se basa en que antes de la celebración del contrato las partes tienen la oportunidad de protegerse a sí mismas, por ejemplo, subiendo el precio del contrato de conformidad con los riesgos asumidos, adquiriendo seguros para el cumplimiento, excluyendo los riesgos mediante cláusulas de exoneración, limitando o excluyendo su responsabilidad o, en su defecto, absteniéndose de suscribir el acuerdo (Díez-Picazo, Roca y Morales, 2002, p. 378; Gotanda, 2011, pp. 1002-1003; Gillette y Walt, 2016, p. 340).

Se señala entonces que, si después del día de la firma del contrato, el acreedor transmite una información al deudor de la cual este no tenía conocimiento o este la adquiere de otro modo, aquello no cambia, de forma alguna, el balance de riesgos contemplado en el contrato.

2.5 Previsibilidad subjetiva y previsibilidad objetiva

Los ordenamientos bajo estudio establecen que habrá responsabilidad contractual en cabeza del deudor incumplido por el daño padecido por el acreedor, siempre y cuando se cumpla una de las dos siguientes condiciones: la primera, que el deudor hubiera previsto dicho daño o, la segunda, que el deudor lo debiera haber previsto o, lo hubiera podido prever razonablemente.

Cada una de las dos referidas condiciones denota un matiz distinto de la regla de la previsibilidad. La primera, que exige que la parte incumplida hubiera previsto la pérdida sufrida por el acreedor, corresponde a la denominada "previsibilidad subjetiva", mientras que la segunda, que exige que el deudor debía razonablemente haber previsto el daño, concierne a la denominada "previsibilidad objetiva". Así, el juez deberá determinar lo que era efectivamente previsible para la parte incumplida ("previsibilidad subjetiva") o para otra persona puesta en su posición ("previsibilidad objetiva") (McKendrick, 2009c, p. 886).

Ahora, al analizar estos conceptos a la luz de los "casos fáciles" y los "casos difíciles" ya estudiados, concluiríamos que en los "casos fáciles" (aquellos que incluyen la celebración de un contrato que tiene como prestación la satisfacción de un interés extrapatrimonial), para definir la indemnización del daño no patrimonial al juez le basta con valerse de la regla de la previsibilidad objetiva. En cambio, declarar la indemnización de los daños no patrimoniales en los "casos difíciles" (aquellos que incluyen la suscripción de un contrato, cuya prestación pretende satisfacer un interés patrimonial del acreedor) es mucho más complicado para el juez, pues, en general, le compete realizar un juicio de previsibilidad objetiva y subjetiva del deudor. Le corresponderá entonces evaluar si cualquier deudor razonable hubiera previsto la concreción de un daño no patrimonial en caso de incumplimiento y si la parte incumplida había efectivamente anticipado la ocurrencia de dicha pérdida como efecto de su incumplimiento.

2.6 Valoración del daño conforme al criterio de la previsibilidad

Dentro de los matices de la utilidad de la regla de la previsibilidad del daño, destaca el empleo de esta como herramienta para que el juez pueda valorar el daño por el que debe responder la parte que incumple un contrato. Es así como a partir de la evaluación del daño que el deudor previó o debía haber previsto al momento de la celebración del contrato, el juez debe determinar el *quantum* de la indemnización.

En lo atinente al estudiado daño no patrimonial, se resalta que su valoración constituye un tema clave a la hora de ahondar en los problemas que suscita su reparación. Así, la valoración de este tipo de daño ha sido desde antaño un proceso difícil, pues la tarea de determinar la cuantía del daño indemnizable estará siempre acompañada de una cierta discrecionalidad del juez, ya que no existe un elemento objetivo que sirva como parámetro para valorar el *quantum* de la deuda resarcitoria. Por lo anterior, se recalca la importancia de que el juez pueda acudir a la regla de la previsibilidad como herramienta para cuantificar dicha pérdida. Consideramos que tratar a la regla de la previsibilidad como un instrumento para la valoración del daño tiene una función que merece la pena resaltar. Dicha concepción brinda seguridad jurídica a las partes, pues da certeza tanto al deudor como al acreedor respecto de la valoración de la indemnización de cara a un eventual incumplimiento.

Mediante la ilustración de la adaptación de la regla de la previsibilidad del daño por parte de ordenamientos nacionales, pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, demostramos que, pese a las diferencias entre los sistemas, existe una esencia de dicha regla que se mantiene transversal, independientemente del derecho que la aplique. Consideramos que luego de dominar las características básicas de dicho límite, podemos emplear esta herramienta en el próximo capítulo y analizar a fondo la conexión de la regla de la previsibilidad con la reparación del daño no patrimonial contractual.

3. La Previsibilidad Del Daño Como Límite De La Reparación Del Daño No Patrimonial Contractual.

Con fundamento en los conceptos básicos ya estudiados, ahondaremos en la solución al problema principal propuesto por la presente investigación, que busca esclarecer que en los ordenamientos nacionales estudiados la previsibilidad del

daño constituye un presupuesto esencial para determinar la procedencia de la reparación del daño no patrimonial contractual.

En primer lugar, la tradición jurídica francesa corresponde a un referente obligatorio para ahondar en la reparación del daño no patrimonial provocado por el incumplimiento de un contrato y se le atribuye la adopción de la regla de la previsibilidad del derecho romano en su *Code civil*, razón por la cual esta hace parte de la mayoría de los códigos de tradición latina (Carrasco, 1989, pp. 710-720).

Pese a que el derecho francés contemporáneo se proclama como un sistema abierto a la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad del daño limita la indemnización a las pérdidas previstas o previsibles (Malaurie, Aynès y Stoffel-Munck, 2024, núm. 964-966, pp. 553-555; Bénabent, 2016, núm. 422, pp. 324-325; Viney y Jourdain, 2011, núm. 319-333, pp. 706-726), a diferencia de la jurisprudencia, la doctrina francesa no se ha preocupado particularmente por estudiar la relación existente entre la responsabilidad derivada del daño no patrimonial contractual y el límite de la previsibilidad (Giaoui, 2023, p. 22).

A continuación, presentaremos cuatro providencias de la Corte de Casación francesa que dan cuenta del análisis judicial de la reparación del daño no patrimonial contractual bajo la lumbre del límite de la previsibilidad del daño.

El primer caso, que data de 1990[21], surgió porque el demandante le entregó a la sociedad *Wilco-Maxicolor*, laboratorio demandado, cuatro películas fotográficas para que fueran reveladas. El laboratorio perdió las películas y devolvió al demandante cuatro películas vírgenes y 432 francos, correspondientes a la suma que había inicialmente pagado por la revelación. El demandado se amparó en una cláusula limitativa de la responsabilidad incluida en el contrato suscrito. Dicha cláusula citaba al (antiguo) artículo 1150 del *Code civil* y restringía la responsabilidad del laboratorio, en caso de pérdida de una película entregada por un cliente, a la reposición de una película virgen. Lo anterior salvo pacto escrito en contrario en el que el cliente declarara el valor particular que le atribuía a las películas, lo cual incrementaría el precio del servicio.

El Tribunal calificó a la referida cláusula como nula. Además, ya que, según el artículo 1150 del *Code civil,* para el laboratorio era previsible el daño no patrimo-

21 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].

nial que iba a padecer un cliente en caso de pérdida de una película fotográfica, el Tribunal condenó a la demandada a reparar dicho daño por un total de 1.500 francos. La Corte de Casación, sin embargo, casó la sentencia y calificó a la cláusula como válida, pues consideró que esta ofrecía al cliente la oportunidad de asignarle a sus películas un valor mayor que el de una película virgen. En este orden, consideró que el contrato no iba en contravía de lo dispuesto por el artículo 1150 del *Code civil.*

El supuesto presentado es altamente interesante, pues pone de presente que el límite de la previsibilidad del daño constituye un supuesto fundamental para determinar si hay lugar o no a la reparación del daño no patrimonial contractual. También cabe estudiar la decisión del acreedor en relación con la transmisión de la información relevante respecto del interés que tenía frente a la prestación. La cláusula limitativa de la responsabilidad incluida en el contrato invitaba al cliente a manifestar cualquier apego emocional que tuviera respecto de una película para así garantizarle que, en caso de pérdida, recibiría una compensación acorde al daño causado. Evidentemente, la transmisión de esa información implicaría un pago extra en cabeza del acreedor, motivo por el cual probablemente este se negó a comunicar su situación particular en el caso concreto y se vio así privado de la reparación del daño no patrimonial. Por otra parte, es claro que para el laboratorio era efectivamente previsible el daño no patrimonial que podía sufrir su contraparte en caso de pérdida de las películas. En consecuencia, hábilmente, el demandado decidió blindarse frente a ese riesgo al incluir una cláusula limitativa de la responsabilidad en el contrato.

El segundo y el tercer caso que traeremos a colación tienen supuestos fácticos y jurídicos muy similares. El primero se resolvió el 18 de abril de 2011[22] y surgió a partir del proyecto de una pareja de disfrutar de unas vacaciones en Cuba. Los demandantes pretendían tomar un tren de la compañía *Société Nationale des Chemins de fer Français* (en adelante, SNCF) desde Saint-Nazaire hasta la estación de Montparnasse, luego de lo cual abordarían un vuelo a la isla desde París. Sin embargo, el tren se retrasó tres horas, por lo cual les fue imposible tomar el avión y se vieron truncadas sus vacaciones.

22 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 18.04.2011 [10-15.056].

El Tribunal condenó a la SNCF a reparar tanto los daños patrimoniales como los daños no patrimoniales provocados a los demandantes, al considerar que el incumplimiento del contrato de transporte los había privado de hacer un "viaje excepcional". La Corte de Casación casó la providencia y argumentó que esta atentaba contra los (antiguos) artículos 1147, 1149 y 1150 del *Code civil.* La providencia hizo especial alusión al límite de la previsibilidad del daño y señaló que en la sentencia del Tribunal no estaba acreditado que la SNCF hubiera previsto o podido prever que la estación de Montparnasse no era el destino final de los viajeros y que el retraso del tren les impediría tomar su vuelo. El juez colegiado sostuvo que los daños alegados eran "totalmente imprevisibles" para la demandada.

El razonamiento jurídico de la referida sentencia fue reafirmado por la Corte de Casación en la providencia del 2 de octubre de 2013[23]. Dicha decisión tuvo lugar porque la demandante compró un billete para viajar en un tren de la SNCF desde Marsella hasta Lyon, pero luego planeaba abordar un avión que la llevaría a Brest. No obstante, el tren presentó más de cinco horas de retraso por lo que perdió el vuelo. El Tribunal reconoció daños patrimoniales y no patrimoniales en cabeza de la demandante. Luego, la Corte de Casación, una vez más, casó la sentencia, pues sostuvo que esta no había considerado el límite de la previsibilidad contemplado en el *Code civil,* ya que para la SNCF era imposible prever que Lyon no era el destino final de la demandante.

Aplaudimos las apenas expuestas decisiones de la *Cour de Cassation*, pues consideramos que estas hicieron valer los límites de la responsabilidad contractual consagrados en el *Code civil*. Es así como la Corte ahondó en las particularidades de los casos concretos para determinar si los alegados daños eran una consecuencia "inmediata y directa" del incumplimiento y, además, si estos habían sido previstos o eran previsibles para la parte demandada.

Por último, examinaremos la reciente sentencia del 13 de julio de 2022 de la Corte de Casación[24]. En este caso, la Corte resolvió un conflicto en el cual la actora celebró un contrato de obra para la reparación de daños estructurales en su inmueble. El contratista abandonó la obra sin terminarla, razón por la cual la contratante lo demandó para solicitar la reparación de los perjuicios patrimoniales

23 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 2.10.2013 [12-26.975].
24 Francia *Cour de cassation, troisième chambre civile,* 13.07.2022 [21-13.567]

y no patrimoniales causados por la frustración que le generó el no poder alquilar su inmueble. Si bien la Corte reconoció el padecimiento de daños patrimoniales, no reconoció aquellos no patrimoniales, pues adujo que la demandante no logró probar que su frustración se derivara directamente de la imposibilidad de alquilar su inmueble. Aunque en este caso no se condenó a indemnizar el daño no patrimonial, aplaudimos que el límite utilizado para esta decisión haya sido la regla de la previsibilidad.

Los referidos pronunciamientos demuestran la armonía existente entre las posturas doctrinales que estudian el contenido y la interpretación del artículo 1231-3 del *Code civil* (antiguo artículo 1150) y las decisiones jurisprudenciales francesas que ahondan en la conexión entre el límite de la previsibilidad del daño, consagrado por tal disposición, y la reparación del daño no patrimonial.

Por otra parte, en el ámbito del derecho español existe una postura armónica en la doctrina que establece una coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad del daño, consagrada en el artículo 1107 del Código Civil. En efecto, Carrasco Perera ha profundizado sobre el tema en diversas obras. Sostuvo, en 1989, que el problema de la reparación del daño no patrimonial contractual no debe estudiarse de cara al artículo 1106 del Código Civil, atinente a las partidas del daño resarcible, sino a la luz del artículo 1107 del mismo cuerpo normativo, relacionado con la previsibilidad del daño (Carrasco, 1989, p. 747).

Para Díez-Picazo (1996), el artículo 1107 delimita el concepto de daño no patrimonial, ya que "no puede excluirse la indemnización de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual. Lo que debe determinarse es si tal daño era previsible para el deudor" (p. 688). En el mismo sentido, Rodríguez Guitián (2007, p. 256; 2008a; 2008b) García López (1990, p. 323) y Pérez de Ontiveros (2006, pp. 52-53) sostienen que para determinar si un daño no patrimonial es resarcible, es esencial preguntarse si la angustia o las molestias sufridas por el acreedor entran dentro de lo que podría haber pronosticado el deudor.

Serrano Ruiz presenta una postura disidente al respecto, pues a su juicio, "una aplicación restrictiva del contenido del artículo 1107 podría suponer una eliminación tácita del daño moral por incumplimiento del contrato [...] nos encontraríamos ante un caso de *probatio* diabólica". (Serrano Ruiz, 2016, p. 235). Rechazamos

plenamente la postura presentada, pues, en primer lugar, el doctrinante olvida que el límite de la previsibilidad del daño es un límite legal. En segundo lugar, desconoce que, según la legislación española, la carga de la prueba en cabeza del demandante puede consistir en acreditar que la parte incumplida efectivamente haya previsto el daño causado (previsibilidad subjetiva) o puede limitarse a probar que el deudor lo debió haber previsto (previsibilidad objetiva) y en este último supuesto no se le impone al demandante una carga probatoria, sino argumentativa. Por último, a nuestro juicio, su reflexión apunta a un fin loable: la efectiva reparación por vía judicial del daño no patrimonial contractual. Sin embargo, el medio propuesto para lograr ese fin es equivocado, pues los límites de la responsabilidad, lejos de pretender "eliminar tácitamente" el daño no patrimonial contractual, garantizan la demarcación de las fronteras de su adecuada reparación. Si el juez es indiferente a tales límites, podríamos alcanzar otro panorama indeseado, consistente en la absoluta discrecionalidad judicial y la eventual reparación de cualquier molestia derivada del incumplimiento de un contrato.

Comentaremos, a continuación, algunos casos de la jurisprudencia española que ilustran la aplicación de la regla de la previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales contractuales.

Recordemos que, en 1984, por primera vez en la jurisprudencia española, se declaró la responsabilidad por un daño no patrimonial contractual[25]. En dicha providencia, el Tribunal Supremo reconoció la indemnización a favor de un abogado en consecuencia del incumplimiento de un contrato que había celebrado con la Compañía Telefónica Nacional de España, ya que esta había omitido incluir sus datos en una guía telefónica.

Es de suma relevancia resaltar que, aunque tangencialmente, la sentencia introdujo el tema de la previsibilidad como límite de la responsabilidad por el daño no patrimonial contractual, pues el Tribunal Supremo afirmó que la celebración del contrato de publicidad determinó para la compañía telefónica la previsión del padecimiento de dicho daño en cabeza del abogado, en caso de incumplimiento (García López, 1990, pp. 328-329). Consideramos que esta corresponde a una manifestación de la previsibilidad objetiva.

25 España, STS 9.5.1984 [RJ 1984\2403].

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona del 7 de junio de 2002[26] es relevante para el tema estudiado. Dicha providencia se originó por el incumplimiento de un profesional obligado a realizar un reportaje fotográfico de una boda. El día del evento, en vez de acudir el profesional, acudió su esposa. La sentencia confirmó la decisión del juzgado de primera instancia que había condenado al fotógrafo a reparar los daños no patrimoniales causados a la pareja e hizo referencia a la "falta de calidad de las fotografías y del revelado". Lo anterior daba cuenta de la entidad del daño sufrido. Por otra parte, la audiencia puso de presente el cumplimiento de la regla de la previsibilidad al indicar que el trabajo del demandado "no alcanza(ba) las expectativas de calidad, orden, presentación y cobertura general del acontecimiento, requeridas razonablemente de un profesional al que se le encarga el reportaje". Si bien la providencia no se refirió expresamente al artículo 1107 del Código Civil, es claro que el juez sí evaluó el límite de la previsibilidad del daño, pues determinó qué podían esperar los novios del profesional.

Consideramos esta providencia como un buen ejemplo del camino que debe recorrer el juez para evaluar si hay lugar o no a la reparación del daño no patrimonial por incumplimiento contractual. La sentencia estudia los tres elementos de la responsabilidad contractual y luego analiza sus límites: la entidad del daño no patrimonial, el nexo causal y la previsibilidad del daño.

Traemos también a colación la STS 28.3.2005[27], un caso clásicamente empleado por la doctrina española para ilustrar el límite de la previsibilidad del daño (Gómez Pomar, 2007, p. 27; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 259-260; Díez-Picazo, 2008, pp. 39-42; Solé, 2009, pp. 27-28). Dicho supuesto surgió en vista de que el Banco Santander celebró con el demandante un contrato de cambio de moneda y le entregó seiscientos dólares estadounidenses. Posteriormente, el demandante viajó a Ohio, EE. UU., donde mantenía una relación sentimental con una ciudadana estadounidense. Luego, la pareja intentó ingresar el dinero en una entidad de crédito, la cual detectó que los billetes eran falsos, por lo que la pareja fue detenida, registrada e interrogada en público por agentes del Departamento del Tesoro norteamericano. Aunque esta quedó en libertad al

26 (AC 2002/1154); Audiencia Provincial de Baleares de 22 de junio de 2004 (AC 2004/959).
27 España, sts 28.3.2005 [RJ 2005\2614].

mostrar la prueba de la adquisición de los dólares en el banco español, dicho evento provocó la ruptura de la relación sentimental.

La primera y la segunda instancia condenaron a la entidad bancaria. El juzgado de primera instancia calificó los daños padecidos como no patrimoniales y condenó a la demandada por 5.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial, sin embargo, consideró que el demandante había sufrido solo meras molestias y, por ende, rebajó la cuantía de la indemnización a 650.000 pesetas. Finalmente, el Tribunal Supremo condenó al banco a indemnizar los daños no patrimoniales por todos los conceptos alegados por el demandante, los cuales incluían la ruptura de relación sentimental y fijó un importe de 360.000 euros.

Para resolver el tema de la reparación del daño no patrimonial contractual, consideramos que al juez le correspondía preguntarse si el sufrimiento y la congoja padecidos por el demandante eran previsibles para el banco. Por un lado, es claro que el demandante era titular del derecho a ser indemnizado por el sufrimiento y la angustia que padeció de cara a su detención y a la de su pareja por parte de los agentes del Departamento del Tesoro norteamericano. Se evidencia entonces que no sufrió una mera molestia, sino un impacto emocional de una alta magnitud, de conformidad con el límite de la entidad del daño. Tal consecuencia del incumplimiento, además, resultaba previsible para el Banco Santander como deudor de la obligación, ya que es natural que el demandante quisiera usar el dinero o depositarlo en una entidad financiera y que la posesión de billetes falsos le conllevara problemas legales. Ahora, respecto de la indemnización por la congoja que le generó la ruptura de su relación sentimental, no consideramos que tal evento supere los límites estudiados de la responsabilidad. El Tribunal, sin embargo, condenó al banco por tal concepto, pues consideró que le había sido vulnerado al demandante su "derecho al libre desarrollo de la personalidad". No obstante, incluso bajo la hipótesis de que la entidad de tal sufrimiento era alta, resulta imposible demostrar que para el banco resultara previsible que el demandante iba a finalizar su relación con ocasión de la entrega de billetes falsos por su parte.

Para terminar, nos referiremos a la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de julio de 2021[28], en esta se resolvió sobre la venta de un vehículo automotor

28 España, sts 3068.2021 [RJ 561\2021].

que fue modificado en su software para que las emisiones de NOx que emitía el auto fueran menores a las verdaderas. El comprador de este vehículo, ocho años después de la compraventa, interpuso una demanda en la que solicitó el reconocimiento del daño patrimonial y no patrimonial. Este último derivado del engaño de la vendedora en relación con las especificaciones del auto, pues hubo una "comercialización fraudulenta y/o dolosa del vehículo". Pese a que, tanto en el fallo en primera instancia como en el fallo en la apelación, se negaron las pretensiones del demandante, en la sentencia del Tribunal Supremo se reconocieron los daños patrimonial y no patrimonial. Acerca del daño no patrimonial, el Tribunal consideró que "el empleo de un dispositivo de software ilegal constituye un incumplimiento contractual que entraña un daño moral *ex re ipsa*", ya que este se deduce necesariamente del incumplimiento. El juez colegiado se refirió, además, a la previsibilidad del daño no patrimonial, consagrada en el artículo 1107 del Código Civil.

Del anterior análisis se desprende que aunque son variadas las providencias en las que la jurisprudencia española trata la correlación entre el daño no patrimonial contractual y la previsibilidad del daño, lo cierto es que, desafortunadamente, la regla general en los casos en los que se estudia la reparación de este tipo de daño, el juez omite cualquier referencia al artículo 1107 del Código Civil (García Gutiérrez, 2023, pp. 64-65).

Por último, en la esfera del derecho del Reino Unido, como ejemplo de los sistemas del *common law*, el panorama es muy similar a aquel presentado respecto de la tradición del *civil law*. Desde el punto de vista doctrinal, McGregor, al igual que la mayoría de la doctrina de la familia del *common law,* concibe a la regla de la previsibilidad –*remoteness of loss* (Collins, 2003, pp. 410-413; Stone, 2013, pp. 482-487; Chen-Wishart, 2022, pp. 540-547), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904)– como un parámetro o límite primordial para la configuración de la responsabilidad contractual (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244). El autor expone que la regla general en derecho inglés consiste en la negación de la reparación del daño no patrimonial contractual, pues usualmente, en los contratos comerciales las partes no contemplan la materialización de un daño no patrimonial como consecuencia del incumplimiento (McGregor, 2014, p. 73).

La postura de McGregor es refutada por Harder, quien se aparta de la idea según la cual la angustia o el padecimiento psicológico no puedan ser previstos

como potenciales consecuencias del incumplimiento de un contrato (Harder, 2010, p. 106). Por su parte, Chen-Wishart señala que para que un daño no patrimonial contractual sea indemnizado, este no puede ser una consecuencia remota del incumplimiento. A juicio de la autora, tal requisito obliga a que el demandado haya previsto el daño como efecto del incumplimiento contractual (Chen-Wishart, 2022, p. 519).

Es claro entonces que en el universo del *common law* existen diferentes líneas de pensamiento que se debaten entre mantener la clásica regla del no resarcimiento del daño no patrimonial contractual o evolucionar hacia un tratamiento más abierto del tema y permitir su reparación en determinados supuestos. Pese a las referidas discrepancias, es claro que todas las corrientes presentadas basan su argumentación en la regla de la previsibilidad del daño, pues su fundamento es la posibilidad del deudor de anticipar la materialización de tal daño como consecuencia de su incumplimiento.

Pasaremos ahora a estudiar la materia en el ámbito jurisprudencial. Antes de ahondar en los supuestos del *common law* en los cuales podemos evidenciar la relación entre el límite de la previsibilidad del daño y el resarcimiento del daño no patrimonial contractual, recordemos que la regla general en la jurisprudencia del Reino Unido consiste en la negación de la reparación de este tipo de daño. No obstante, desde hace algunas décadas, la concepción cerrada frente a la reparación del daño no patrimonial contractual en el seno del derecho del Reino Unido ha ido mutando hacia la aceptación del resarcimiento de tal daño en determinados y excepcionales supuestos.

Comentaremos a continuación el caso *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd*[29], que tiene su origen en la demanda presentada por el señor Wiseman en contra de la aerolínea, en la cual exigió la reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales que alegó haber padecido por el incumplimiento de un contrato. El demandante había comprado a la compañía un billete de regreso de Nigeria a Inglaterra. No obstante, la aerolínea se negó a dejarlo abordar el vuelo, acusándolo de tener un pasaporte falso y haciéndolo quedar en ridículo frente a un grupo de amigos de su iglesia. Doce días después, una vez probado que su documentación estaba en regla, el demandante pudo viajar. Sin embargo, durante su estadía en

29 Inglaterra, *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd* [2006] EWHC 1566 (QB).

Nigeria, el señor Wiseman fue asaltado. Además, la relación sentimental que mantenía con su prometida se rompió ya que no pudo ir a visitarla, como lo tenía previsto. Los daños patrimoniales alegados por el demandante correspondieron a los gastos que tuvo que asumir durante su estancia en Nigeria. Por otra parte, el demandante pidió que se le repararan los daños no patrimoniales, traducidos en el "trauma mental" que le provocó el asalto, la ruptura de su relación sentimental y los malos tratos y la humillación que padeció en el aeropuerto frente a sus amigos.

El juez Eady fundamentó el estudio de los daños reparables en cabeza del demandante con base en el análisis de la *remoteness rule*, asimilable a la regla de la previsibilidad en el *civil law*. El juez condenó a la aerolínea a la reparación de los daños patrimoniales alegados. En cambio, arguyó que no tenían asidero jurídico los daños no patrimoniales. En cuanto al asalto, concluyó que si bien el incumplimiento dio lugar a este, pues si el demandante hubiera viajado, no lo hubieran asaltado, lo anterior no era un fundamento suficiente para hacer de las consecuencias del robo un daño resarcible. A propósito de la terminación de la relación sentimental, la providencia no consideró como probable que tal daño hubiera sido causado por el incumplimiento del contrato. Respecto del daño alegado por el humillante trato recibido en el aeropuerto y la vergüenza que sufrió el señor Wiseman frente a sus amigos, la sentencia señaló que debía negarse la indemnización en virtud de que las partes no contemplaron que el hecho de no permitir el abordaje del demandante generaría una afectación en su salud.

El supuesto estudiado es altamente interesante, pues trata varias materias relativas a la reparación del daño no patrimonial, por lo cual merece la pena hacer un breve comentario al respecto. Para empezar, nos adherimos a los argumentos presentados por la providencia para fundamentar la no reparación de los daños derivados del asalto y de la ruptura de la relación sentimental del demandante. Sin embargo, consideramos que debe analizarse cuidadosamente la fundamentación de la negación del resarcimiento de este tipo de daño sufrido por el señor Wiseman en vista de los malos tratos recibidos en el aeropuerto por parte de los trabajadores de *Virgin Atlantic Airways Ltd.* Afirma la sentencia que el impacto alegado por el demandante no era previsible para las partes, pues estas no podían anticipar que "el solo hecho de no permitir que un pasajero abordara una aeronave [...] daría lugar a una avería en su salud". Consideramos que dicho razonamiento sería correcto si los hechos en los que se fundamenta fueran ciertos, pues el juez no concibió la totalidad de las

circunstancias en las que se desarrolló el incumplimiento. En efecto, la aerolínea no se limitó a "no permitir que un pasajero abordara una aeronave", sino que sus empleados trataron de forma impropia al demandante, acusándolo erróneamente de tener un pasaporte falso. A nuestro juicio, sí resultaba previsible para las partes que de este incumplimiento se derivaría un daño no patrimonial indemnizable.

Otra sentencia que da cuenta de la coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y el límite de la previsibilidad es el caso escocés *Diesen v. Samson*[30], el cual surge a partir del incumplimiento de un contrato celebrado entre un fotógrafo y una pareja de novios que quería tener un recuerdo del día de su boda. La providencia argumentó que, si bien la prestación principal del contrato no era satisfacer un interés no patrimonial en cabeza de los demandantes, el daño no patrimonial padecido por estos se fundamentó y fue indemnizado con base en el hecho de que el contrato tampoco tenía un contenido puramente comercial a raíz del valor sentimental de las fotografías.

Watts v. Morrow[31] también ilustra el tema tratado. Mediante esta providencia, la Corte de apelación (*England & Wales*-División Civil) decidió sobre el resarcimiento del daño no patrimonial contractual a una pareja que tuvo que sufrir extensas reparaciones de su vivienda por vicios que no conocía. En las consideraciones de la decisión, el juez aclaró que, si bien la reparación de este tipo de daño en el *common law* es excepcional, este podría ser indemnizado en los contratos cuyo interés fuera no patrimonial o en aquellos en los cuales dicho daño fuera previsible.

Watts v. Morrow[32] fue citado por el caso escocés *Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd.*[33] del 18 de abril de 2017. Dicho conflicto surgió de la compra que hizo una pareja de los materiales para el recubrimiento del techo de su vivienda. Los demandantes buscaron elegir un material de calidad que brindara un color estético por un periodo de 15 a 20 años después de su instalación, pues manifestaron que para ellos era importante su apariencia. La compañía demandada les ofreció un material de estas calidades y su instalación finalizó en 2005. Sin embargo, cuatro años después, los techos empezaron a decolorarse por defectos de fábrica. En 2012, luego de una restauración fallida, los compradores

30 Escocia, *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49.
31 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.
32 Inglaterra, *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939.
33 Escocia, *Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd.* [2017] SC DUN 28.

emprendieron acciones legales. En la demanda, solicitaron la indemnización de daños patrimoniales y no patrimoniales; estos últimos, por los inconvenientes relacionados con la mala apariencia del techo, la cual afectó el disfrute de su casa.

Al analizar los daños no patrimoniales, la Corte señaló que, aunque inicialmente y a partir de *Addis v. Gramophone Co.* se entendió que el incumplimiento del contrato no daba lugar a la indemnización de daños no patrimoniales, esta posición fue cambiando a lo largo de los años[34]. Si bien el objeto del contrato de compraventa era la satisfacción de un interés patrimonial, la Corte afirmó que el color y los acabados de los materiales habían sido esenciales para los actores al escoger el producto. Es por ello que el referido incumplimiento había causado molestia en los demandantes, tanto por el hecho de tener que vivir en una casa con un techo que les desagradaba como por los múltiples desgastes que sufrieron al tratar de restaurarlo. En virtud de lo anterior, el juez reconoció el padecimiento de un daño no patrimonial. (Abed, 2024, p. 96).

Aplaudimos la citada decisión, pues cuenta con varios de los lineamientos para estudiar el daño no patrimonial contractual establecido en este escrito. Según la clasificación ya presentada, este caso puede calificarse como un "caso difícil", ya que el objeto del contrato pretendía satisfacer, en principio, un interés meramente patrimonial. Sin embargo, el juez decidió condenar al demandado a reparar el daño no patrimonial en virtud del análisis de la previsibilidad subjetiva. Conforme al estudio de los hechos del caso, la Corte ahondó en la información transmitida por parte de los demandantes al vendedor demandado y concluyó que el interés no patrimonial de los compradores se había incorporado al contrato, de manera que el vendedor había asumido el riesgo de tener que reparar ese interés en caso de incumplimiento.

Si bien la tradición del *common law* se ha mostrado, a lo largo de la historia, renuente frente a la posibilidad de reparar el daño no patrimonial por el incumplimiento contractual, a partir del estudio de los diversos casos presentados, demostramos que en los supuestos en los que dicha reparación tiene cabida, la jurisprudencia utiliza teorías, tales como *remoteness of loss* (Chen-Wishart,

34 *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* [1909] AC 488, HL.; *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ. 9, 4 All ER 939; *Ruxley Electronics Ltd* v. *Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] *House of Lords* 49, [2002] 2 AC 732, [2001] 4 All ER 801; *Mack* v. *Glasgow City Council* [2006] SC 543.

2022, pp. 540-547; Stone, 2013, pp. 482-487; Collins, 2003, pp. 410-413), *contemplation of the parties* (McGregor, 2014, pp. pp. 209-244) o *foreseeability* (Treitel, 2003, pp. 901-904), asimilables al límite de la previsibilidad del *civil law,* para determinar si hay lugar o no a la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales.

Una vez estudiada la doctrina de diversos ordenamientos nacionales respecto de la coordinación entre la reparación del daño no patrimonial contractual y la regla de la previsibilidad, se evidencia que, a nivel teórico, el ordenamiento en el que se ha ahondado más en el tema corresponde al sistema español. En contraste con lo anterior, en todos los sistemas estudiados encontramos ejemplos jurisprudenciales de la referida coordinación, incluso en el derecho del Reino Unido, sistema reacio a la reparación del daño no patrimonial.

En referencia a los casos concretos analizados, reiteramos que, si bien varios de ellos ilustran enteramente el problema jurídico estudiado, lo que demuestra que en los ordenamientos nacionales expuestos se ha afianzado el estudio del daño no patrimonial a la luz del límite de la previsibilidad, no es menos cierto que el empleo de dicho límite para estudiar este tipo de daño no es la regla general en la jurisprudencia europea.

Por otra parte, ponemos de presente que las providencias presentadas no fueron escogidas al azar. Buscamos, en cambio, presentar decisiones que plantearan problemas similares para que se hicieran tangibles para el lector las similitudes y diferencias de los enfoques de los diversos sistemas respecto de la reparación del daño no patrimonial contractual a la luz del criterio de la previsibilidad.

En primer lugar, estudiamos que a diferencia de lo que sucedió en la esfera de la jurisprudencia española, en la jurisprudencia inglesa la ruptura de una relación sentimental como consecuencia del incumplimiento de un contrato no se consideró como un daño no patrimonial indemnizable, en cuanto esta no se catalogó como una consecuencia previsible del incumplimiento contractual. Al respecto, cabe reiterar que la providencia STS 28.3.2005[35] ha sido duramente criticada por la doctrina española por esa particular decisión (Díez-Picazo, 2008, pp. 39-42; Gómez Pomar, 2007, p. 27; Rodríguez Guitián, 2007, pp. 259-260).

35 España, sts 28.3.2005 [RJ 2005\2614].

Asimismo, se analizaron las soluciones provistas por estos dos ordenamientos frente a los malos tratos recibidos por demandantes acusados falsamente de haber cometido actos ilícitos. Mientras en el caso español se indemnizó al demandante por haber sido detenido y fichado por parte de las autoridades estadounidenses por la posesión de billetes falsos, que le había entregado una entidad bancaria[36], en el caso inglés se negó la condena al demandante que fue humillado y acusado de tener un pasaporte falso por lo cual se le impidió abordar un vuelo de regreso a Londres[37].

Para terminar, examinamos en Francia[38], en España[39] y en Escocia[40] la solución provista por estos ordenamientos frente a la afectación de la satisfacción emocional que siente una persona al poseer fotografías, las cuales no son más que recuerdos de sus vivencias. En el caso francés se reconoció el apego sentimental que podía tener el demandante frente a unas películas fotográficas que fueron perdidas por el laboratorio donde las envió para que fueran reveladas. Aquí se catalogó el daño no patrimonial padecido por el demandante como previsible. Sin embargo, no se condenó al laboratorio, ya que estaba amparado por una cláusula limitativa de la responsabilidad. En los casos españoles y escocés, en cambio, los mismos supuestos fácticos, correspondientes al incumplimiento de un profesional obligado a realizar un reportaje fotográfico de una boda, dieron lugar a la condena del demandado a reparar el daño no patrimonial sufrido por la pareja demandante. Ello, en virtud de que resultó claro para los distintos jueces que la prestación contractual no era exclusivamente patrimonial, sino que incluía el interés inmaterial y sentimental de los novios de tener las fotografías como recuerdo de su boda. Por tanto, el daño no patrimonial padecido se catalogó como previsible al momento de la celebración del contrato. Lo anterior da cuenta de que, pese a las características intrínsecas de cada sistema jurídico, que hacen único a cada modelo, la aplicación de la regla de la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales puede dar vía a similares soluciones.

36 España, STS 28.3.2005 [RJ 2005\2614].
37 Inglaterra, *Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd.* [2006] EWHC 1566 (QB).
38 Francia, *Cour de Cassation*, *Première Chambre Civile*, 17.07.1990 [87-18584].
39 España, SAP de Gerona 07.06.2002 [AC 2002\1154]; SAP de Baleares 22.06.2004 [AC 2004/959].
40 Escocia, *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49.

Llegados a este punto, consideramos resuelto el problema jurídico planteado al inicio de esta investigación correspondiente a esclarecer si la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato. Pese a que los ordenamientos nacionales tanto de la tradición del *civil law* como del *common law,* no contienen una disposición legal que provea la reparación del daño no patrimonial contractual, se ha demostrado que su jurisprudencia ha ahondado en este tema y ha planteado argumentos contundentes al respecto, los cuales dan cuenta del poder creativo de esta fuente del derecho.

Conclusiones

Es conveniente ahora hacer un pequeño recuento del camino recorrido. El problema jurídico de la presente investigación se dirigió a demostrar que la regla de la previsibilidad del daño constituye un límite de la responsabilidad por daños no patrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato. Este fue analizado y resuelto con base en varios ordenamientos nacionales.

Pese a las conclusiones presentadas en el desarrollo de este escrito respecto del entendimiento de la previsibilidad como límite de la reparación del daño no patrimonial contractual, no consideramos que las respuestas formuladas correspondan al punto final del objeto de investigación planteado. Al contrario, a nuestro parecer, todavía falta mucho camino por recorrer alrededor de la materia, especialmente, por parte de la doctrina y, más aún, de la jurisprudencia, que ha demostrado ser una fuente primordial en materia de responsabilidad civil.

Si bien hay un camino trazado en los diversos sistemas jurídicos que defiende el rol de la previsibilidad como límite del resarcimiento del daño no patrimonial contractual, no existe una contundencia o clara coherencia en sus fuentes de derecho. Por lo tanto, resulta indispensable una regla sólida, bien sea a nivel jurisprudencial o doctrinal que permita garantizar una seguridad jurídica respecto de la utilización del criterio de la previsibilidad del daño como presupuesto para determinar la reparación del daño no patrimonial.

Recordemos el hecho según el cual, si bien se encuentran infinidad de casos (especialmente en la jurisprudencia de la tradición del *civil law* (Carrasco, 2024, pp. 1194-1195; Chen-Wishart, 2022, pp. 515-530; McGregor, 2014, pp. 67-87;

Solé, 2009, pp. 21-29; Collins, 2003, pp. 414-418; Treitel, 2003, pp. 987-993; García López, 1990, pp. 323-331) en los cuales se condena a la parte incumplida a indemnizar un daño no patrimonial, pocos de tales supuestos hacen referencia a la previsibilidad del daño y son apenas contados aquellos en los que se hace expresa mención a la regla de la previsibilidad como límite de la responsabilidad contractual derivada del daño no patrimonial.

El autor francés Bénabent sostiene en su última publicación a propósito del criterio de la previsibilidad, que "se puede observar que esta regla, sin duda un poco olvidada en la práctica, no se invoca muy a menudo". Desafortunadamente, la posición del doctrinante es cierta más allá de las fronteras galas, en vista del reducido número de decisiones jurisprudenciales que aplican el límite de la previsibilidad en el ámbito de la responsabilidad por daños no patrimoniales contractuales, tanto en los sistemas adheridos al *civil law* como en aquellos adheridos al *common law*. Lo anterior puede ser interpretado de dos formas opuestas. En primer lugar, podría plantearse que la reducida invocación de la regla lleva a su total desuso. La segunda interpretación llevaría a entender que si bien las decisiones que se valen de la regla son pocas, estas corresponden a un referente obligatorio para futuras providencias y a una fuente de inspiración para doctrinantes apasionados por la materia.

Confiamos en que la interpretación correcta sea la segunda presentada. Sin embargo, no nos aferramos a dicha postura llevados únicamente por una visión idealista de la relevancia de la regla de la previsibilidad del daño, en cambio, consideramos que el hecho de que dicho criterio esté presente con diversos matices, pero manteniendo una única esencia, en el derecho romano, en los códigos de tradición latina, en la jurisprudencia angloamericana e incluso en las reglas y principios más importantes de derecho de los contratos aprobadas en el ámbito internacional, corresponde a una fiel muestra de la utilidad práctica de la limitación.

En este sentido, no consideramos que el uso reducido del límite de la previsibilidad del daño como presupuesto de la responsabilidad contractual por daños no patrimoniales corresponda a una sentencia de muerte de dicha limitación. Concebimos, en cambio, las referidas decisiones que, a nuestro juicio, aplican adecuadamente la regla para limitar el daño no patrimonial como una fuente de inspiración para que en un futuro se siga aplicando la regla de la previsibilidad en esa dirección.

Por otra parte, creemos que la actual falta de armonía respecto de los supuestos en los cuales se indemniza el daño no patrimonial contractual y, concretamente, respecto de los límites de la noción y de su reparación llevan a un inevitable casuismo y discrecionalidad del juez a la hora de resolver a favor o en contra de su resarcimiento (Carrasco, 2024, p. 1194). Lo anterior sumerge a los contratistas que se someten a la justicia en una total incertidumbre, pues les resulta casi imposible determinar cuándo un daño no patrimonial padecido será reparado a su favor.

Otro problema repetidamente señalado por la doctrina como consecuencia de la ausencia de unificación en cuanto a las fronteras de la reparación del daño no patrimonial corresponde a la instrumentalización de dicho daño para indemnizar pérdidas patrimoniales no acreditadas (García López, 1990, p. 151; Pérez de Ontiveros, 2006, pp. 28-29; Díez-Picazo, 2008, p. 14) o para resolver los problemas derivados del cálculo de la indemnización (Gómez Pomar, 2007, p. 26; Marín y Milà, 2017, pp. 204-205).

Consideramos que el hecho de concebir a la regla de la previsibilidad como un límite de la reparación del daño no patrimonial puede resolver, al menos en parte, la falta de armonía respecto de los supuestos en los cuales se indemniza dicho daño para así dar vía a la resolución de los referidos problemas.

Esperamos entonces haber satisfecho la función principal de este trabajo, que consistía en la definición de la regla de la previsibilidad y la exaltación del rol de esta como límite de la responsabilidad contractual por el daño no patrimonial. Así, se pretendió mostrar a la previsibilidad como una de las puertas de entrada y, a la vez, una de las puertas de salida del juez para la determinación de la responsabilidad del deudor por el daño no patrimonial provocado por el incumplimiento de un contrato. Lo anterior evita la infracompensación o la falta de compensación del daño no patrimonial contractual, en cuanto obliga al juez a declarar su reparación cuando se acrediten los elementos y se estudien los límites de la responsabilidad, entre los cuales encontramos la previsibilidad. Asimismo, obliga al juez a no declarar la responsabilidad cuando el daño no resulte previsible, de acuerdo con los parámetros presentados.

Referencias bibliográficas

Abed, M. (2024). Damages for non-pecuniary losses derived from contractual breach: A comparative study of English & Palestinian civil law [Doctoral dissertation, University of Zurich]. ZORA. https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/260274/[1](https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/260274/1/260274.pdf)

Bénabent, A. (2016). *Droit des obligations*. lgdj, Issy-les-Moulineaux.

Bonelli, F. (1997). La responsabilità per danni. En M. Bonell y F. Bonelli (dirs.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi unidroit* (pp. 307-338). Giuffrè.

Carrasco Perera, Á. (1989). Comentario al art. 1107 CC. En M. Albaladejo García, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. xv, vol. 1. Edersa.

Carrasco Perera, A. (2024). *Derecho de contratos*. 4.ª ed. Aranzadi.

Collins, H. (2003). *The law of contract*. 4.ª ed. Lexis Nexis.

Chen-Wishart, M. (2022). *Contract Law*. 7.ª ed. Oxford University Press.

De Vita, M. G. (2022). El daño no patrimonial en el derecho contractual comparado. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 11(2), 121–175. https://doi.org/10.26807/rfj.vi11.448.

Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Civitas.

Díez-Picazo, L., Roca, E. y Morales, A. M. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos.* Civitas.

Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15), 9-28.

Esteve pardo, A. (2015). El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato. *Revista adc*, tomo lxviii, fasc. ii, 601-624.

García López, R. (1990). *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. José María Bosch Editores.

García, G. (2023). *Daños morales derivados de los defectos de la edificación.* Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. 9 (88), 60 – 81.

Giaoui, F. S. (2023). *Damage to reputation: A comparative analysis of pecuniary compensation for non-pecuniary harm.* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 46(1), 1–43. https://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol46/iss1/1.

Gillette, C. y Walt, S. (2016). *The UN convention on contracts for the international sale of goods*. Cambridge University Press.

Gómez Pomar, F. (2007). El incumplimiento contractual en derecho español. *Revista InDret,* (3), 1-49.

Gómez Pomar, F. (2015). *El daño moral y su cuantificación*. Bosch.

Gotanda, J. (2011). Damages. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales, *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (pp. 990-1011). C. H. Beck, Hart, Nomos.

Harder, S. (2010). *Measuring damages in the law of obligations: the search for harmonized principles,* Bloomsbury Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, (28), 277-366.

Jaberi, S. (2023). *Non-pecuniary Damages in Construction Contract Claims: Looking for principles.* International Construction Law Review.a

Lara, M. (2024). *Indemnización de los daños morales.* Tirant prime.

Malaurie, P., Aynès, L. y Stoffel-Munck, P. (2024). *Droit des Obligations*. 13.ª ed., lgdj, Issy les Moulineaux.

Mate Satué, L. C. (2021). La delimitación del concepto de daño moral: Un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, (32), 278–313. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8055224.

McGregor, H. (2014). *McGregor on Damages*. 19.ª ed. Sweet & Maxwell.

McKendrick, E. (2009c). Comentario al artículo 7.4.4 picc. En S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of*

International Commercial Contracts (PICC) (pp. 885-888). Oxford University Press.

Morán, D. (1998). Comentario al artículo 7.4.4. En D. Morán (coord.), *Comentario a los principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional* (pp. 363-365). Aranzadi.

Palmer, V. (2015). The French awakening in the nineteenth century. En V. V. Palmer (ed.), *The Recovery of non-pecuniary loss y European Contract Law* (pp. 58-76). Cambridge University Press.

Pérez De Ontiveros, C. (2006). *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Aranzadi.

Pérez Velásquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo.* Boletín Oficial del Estado.

Pothier, R.-J. (1861). Traite des obligations. En J. J. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, vol. ii.

Rodríguez Guitián, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 239-263.

Schwenzer, I. (2011). Comentario al artículo 74 de la Convención de Viena. En I. Schwenzer y E. Muñoz (dirs.), *Comentarios sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de* mercaderías (pp. 1679-1716). Aranzadi.

Serrano Ruiz, M. Á. (2016). *El daño moral por incumplimiento del contrato*. Universidad Pablo De Olavide.

Solé, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *Revista InDret*, (1), 1-42.

Stone, R. (2013). *The modern law of contract*. 10.ª ed. Routledge.

Treitel, G. (2003). *The law of contracts*. 11.ª ed. Sweet & Mawell.

Viney, G. y Jourdain, P. (2011). *Les effets de la responsabilité*. 3.ª ed. lgdj.

Jurisprudencia citada

País	Sentencia	Año	Referencia
Escocia	Diesen v Samson	1971	[1971] SLT (Sh Ct) 49.
Escocia	Peebles & Anor v. Rembrand Builders Merchants Ltd	2017	*Scotish Sheriff Court Decisions, Sheriffdom Of Tayside Central And Fife At Dundee,* 18.04.2017, SC DUN 28.
España	Adolfo S. B c. Compañía Telefónica Nacional de España	1984	STS, 1.ª, 9.5.1984, RJ 2403
España	D. Aurelio c. Banco de Santander Central Hispano, SA	2005	STS, 1.ª, 28.3.2005, RJ 2614
España	Parte anónima c. M. Conde Premium y Volkswagen Audi España S.A.	2021	STS, 23.07.2021, RJ 561/2021
España	D. Luis Pablo c. Telefónica de España S.A.U.	2024	STS 27.02.24, RJ 977/2024
Francia	Parte anónima contra *Wilco-Maxicolor*	1990	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 17.07.1990, 87-18584
Francia	Parte anónima contra *Société Nationale des Chemins de fer Français*	2011	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 18.04.2011, 10-15.056
Francia	Parte anónima contra *Société Nationale des Chemins de fer Français*	2013	*Cour de Cassation, Première Chambre Civile*, 2.10.2013, 12-26.975
Francia	Monsieur et Madame L c. Monsieur et Madame C, et leur fils D.	2019	*Cour de cassation, troisième chambre civile,* 19.12.2019, 18-22.155

Francia	*Bouygues Immobilier* et *Allianz* contra Parte anónima	2022	*Cour d'appel de Pau.* 28.06.2022, 20/00980.
Francia	*Public Works* et Parte anónima contra Parte anónima	2022	*Cour de cassation, troisième chambre civile,* 13.07.2022, 21-13.567
Francia	Monsieur D H contra *Corsair*	2023	*Cour d'appel de Paris,* 12.01.2023 [21/02564].
Inglaterra	Hadley v. Baxendale	1854	156 Eng. Rep. 145 [1854]
Inglaterra	Hobbs v. L. & S. W. Railway Co.	1875	[1875] L.R. 10 Q.B. 111
Inglaterra	Addis v. Gramophone Co. Ltd.	1909	[1909] AC 488, HL
Inglaterra	Watts v Morrow	1991	[1991] 1 WLR 1421, [1991] EWCA Civ 9, 4 All ER 939
Inglaterra	Johnson v. Gore Wood & Co	2000	[2000] UKHL J1214-3.
Inglaterra	Wiseman v. Virgin Atlantic Airways Ltd.	2006	[2006] EWHC 1566 (QB)
Inglaterra	Khan v. Mehmood	2022	[2022] EWCA Civ 791.