Revista de Derecho Vol. XXVI - Nº 2 - Diciembre 2013 Páginas 265-269

De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia)

Comentario de Iván Hunter Ampuero

Valdivia, veintiséis de septiembre de dos mil trece.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada de treinta y uno de octubre de dos mil doce, considerandos y citas legales, con excepción del fundamento 11º que empieza con la expresión "Que, de conformidad con el artículo 889 del Código Civil…", que se elimina.

Y SE TIENE, ADEMÁS, PRESENTE:

Primero: Que a fojas 207 interpuso recurso de apelación la parte demandada en contra de la sentencia que acogió la demanda de reivindicación y ordenó la restitución del retazo de terreno denominado "Sector B", de 0,50 hectáreas; a pagar lucro cesante por $ 4.285.800; y a restituir los frutos naturales y civiles, en la etapa de cumplimiento del fallo, a fin de que, en definitiva, se rechace la demanda de reivindicación y el lucro cesante; en subsidio, se condene al actor a la restitución del precio recibido, más los reajustes e intereses que se devenguen entre la época de suscripción del contrato de promesa y su efectivo pago, como asimismo, a la restitución de las mejoras introducidas por su parte al inmueble; o, en su defecto, de su valor, todo, con costas. Fundamenta el recurso en los siguientes términos:

Señala que hizo valer en la contestación de la demanda un contrato de arrendamiento y de promesa de compraventa, suscrito con el actor el 20 de julio de 1993, en virtud de los cuales detenta la tenencia material del inmueble denominado "Sector B". No se cumplen todos los requisitos de la reivindicación ya que el actor jamás ha estado privado de su posesión, ni su representada se ha comportado como señor y dueño del inmueble; es decir, no se ha retenido indebidamente el inmueble en los términos del artículo 915 del Código Civil. Se indica, además, que el contrato de arrendamiento, según la cláusula decimo segunda, se pactó por un plazo de siete años, de modo que concluyó el 20 de julio de 2000. La promesa, por su parte, se extinguía el 4 de septiembre de 2001, esto es, más de un año después del término del arrendamiento. Afirma asimismo que el incumplimiento no sólo es de su parte, sino que éste es atribuible a ambas, ya que permanecieron inactivas en cuanto al ejercicio de sus derechos, resultando, a su juicio, improcedente que el Tribunal ponga el incumplimiento sólo de cargo de su parte, y no

del actor. Por otra parte, se afirma que la condena por lucro cesante es improcedente, por no cumplirse los requisitos pertinentes. El actor debió devolver el precio recibido. Así, el incumplimiento recíproco torna inviable la condena a la indemnización por lucro cesante, conforme al artículo 1552 del Código Civil. Y aún en el evento de existir perjuicio para el actor, aquel no puede atribuirse a su parte. En subsidio, solicita se le devuelva la suma pagada en el contrato de promesa.

SEGUNDO: Que a fojas 223 adhirió a la apelación el actor a fin de que se confirme la sentencia apelada con declaración de que se condene a la demandada a pagar una suma no inferior a $ 60.000.000 por concepto de lucro cesante, y por concepto de daño moral, la suma de $ 20.000.000, y al pago de las costas de la causa y del recurso.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 889 del Código Civil, la reivindicación o acción de dominio "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela". Por otra parte, si bien el artículo 895 del mismo Código, establece que la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor, ello no es óbice para que pueda dirigirse en contra del mero tenedor (véase los artículos 896 y 897 del Código Civil). Por último, la acción real puede dirigirse en contra del *injusto detentador*, a fin de recuperar la mera tenencia.

El injusto detentador ha sido definido en los siguientes términos: "Es el mero tenedor que sabe que no es poseedor y estando obligado a restituir no lo hace" (Rodrigo Barcia Lehman, *Lecciones de Derecho Civil. De los bienes*, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Santiago, pág. 75).

A dicha situación se refiere el artículo 915 del Código Civil, a cuyo tenor: "Las reglas de este título [o sea, el Título XII de la reivindicación], se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor"; esto es, sin una justificación legal o fundamento legítimo, privando al dueño del objeto de su dominio (en el mismo sentido, véase Daniel Peñailillo Arévalo, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 534-535).

CUARTO: Que conforme a los medios de prueba aportados al proceso y pormenorizados en los fundamentos undécimos y duodécimo de la sentencia apelada ha quedado establecido que dan todos los supuestos como para que se haya acogido la acción reivindicatoria en contra del demandado, en su calidad de mero tenedor, que se negó a la entrega del bien raíz, debiendo hacerlo. Dicha calidad se produjo por efecto del contrato de arrendamiento, mientras estuvo vigente, más no por el contrato de promesa que no produce efectos reales de ninguna especie, puesto que la única obligación que por esencia pertenece a dicho contrato es la de otorgar el contrato prometido; es decir, sólo mantiene únicamente los efectos personales entre las partes.

QUINTO: Que, por otra parte, como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, existe objeto ilícito, si la promesa de compraventa de tierras indígenas, de acuerdo a la

definición de los artículos 12 y 13 de la Ley Nº 19.253, publicada el 5 de octubre de 1993, no es promitente comprador una persona de la misma etnia.

SEXTO: Que consta del proceso que el contrato de promesa fue celebrado el 20 de julio de 1993 y el contrato prometido debía celebrarse el 4 de septiembre de 2001, esto es, al amparo de la Ley Nº 19.253, en cuyo caso, ya no podía producir efecto alguno por adolecer de objeto ilícito. Por otra parte, se estipuló que mientras se cumplía el plazo para la celebración del contrato prometido, en el mismo contrato, se celebró un arrendamiento por un plazo de duración de siete años a contar del 20 de julio de 1993, estableciéndose en la cláusula decimocuarta la obligación de restitución al término del contrato en el mismo estado; esto es, expiró el 20 de julio del año 2000.

SÉPTIMO: Que no fue materia de la cuestión controvertida, fijada por los escritos fundamentales, el hecho nuevo introducido en el escrito de apelación del demandado por el cual pretende se le restituya el precio de lo pagado al momento de suscribirse el contrato de promesa de compraventa, consistente en la suma de $ 4.400.000, así como lo relativo al cobro de mejoras.

En consecuencia, no se emitirá pronunciamiento a su respecto, so pena de incurrir en un vicio de casación en la forma, en concordancia, además, con el principio de congruencia.

OCTAVO: Que, conforme al párrafo primero del artículo 1698 del Código Civil, "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

NOVENO: Que el daño moral se ha definido como la lesión o menoscabo que el hecho dañoso pueda ocasionar en un derecho o interés del que es titular la persona afectada y que se encuentra en la esfera extra-patrimonial del individuo, sin perjuicio de tener presente que, no obstante tener dicho carácter, no queda liberado el afectado de acreditarlo, lo que no se cumple en el presente caso, por cuanto no se acompañaron al proceso antecedentes probatorios suficientes que permitieran al tribunal ponderar los reales efectos provocados al actor por los hechos materia de la reclamación deducida por vía principal, en mérito a lo cual no resulta procedente acceder a la pretensión del demandante respecto de los perjuicios invocados por concepto de daño moral.

En cualquier caso, el actor que adhirió al recurso de apelación del demandado, en lo petitorio de su escrito, solicitó una suma no inferior a veinte millones de pesos, no facultando al tribunal a fijar un monto distinto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo establecido en los artículos citados, 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE CONFIRMA la sentencia apelada de treinta y uno de octubre de dos mil doce, escrita de fojas 133 a 143.

Redacción del Ministro don Darío Carretta Navea.
Regístrese y devuélvase.
Rol Nº 389-2013.

Comentario

Que el daño moral no requiere prueba fue un discurso aprendido durante mucho tiempo por nuestros tribunales. La idea de que es imposible probar lo íntimo, subjetivo o interno, terminó imponiéndose frente a una aplicación estricta del Art. 1698 CC. No siempre se utilizaban las expresiones correctas. En ocasiones se hablaba de exención probatoria cuando en realidad sí había prueba, pero de naturaleza indirecta o periférica. El daño moral se lograba establecer por medio de un razonamiento probatorio inferencial, mediante la utilización de máximas de la experiencia, por lo general, sin respaldo científico (también conocidas como máximas espurias), pero de un alto grado de probabilidad. En otros casos efectivamente los tribunales actuaban con pruebas indirectas poco fiables, con inferencias probatorias de justificación débil, y con un grado de probabilidad muy bajo. En todos estos casos la "presunción de daño moral" ha sido aceptada e incluso defendida a ultranza por la jurisprudencia.

La prueba de los hechos síquicos, que carecen de materialidad en el mundo real, ha sido siempre incómoda para el Derecho y el proceso. Para el Derecho en la medida que resulta imposible prescindir de las valoraciones o móviles internos como criterios de política sustantiva. Es el caso, por ejemplo, de la acción pauliana que requiere de la prueba de una serie de hechos síquicos, o la prueba de la negligencia o el dolo. Para el proceso porque el establecimiento verdadero de la prótasis normativa es siempre una condición necesaria para que la decisión sea justa. El problema es que solo la exteriorización del hecho por parte del agente es una prueba directa del mismo. Si el demandado confiesa que actuó dolosamente y con ánimo de defraudar a su acreedor podremos entender que está probado. Un poco de realidad nos dice, sin embargo, que esa prueba será difícil –por no imposible– de obtener. Por eso el Derecho y el proceso judicial deberían reaccionar frente a la prueba de ese hecho de manera distinta a lo que tradicionalmente lo hace.

La sentencia que comentamos nos recuerda algo sumamente relevante en el ámbito probatorio: el daño moral requiere prueba. Esta conclusión de tenor sencillo pero de expresión firme, representa una postura que se alinea con los pensamientos modernos del Derecho Probatorio. El daño moral es un hecho que se somete a las mismas reglas probatorias que el daño material, sin embargo, dada su especial naturaleza no es necesaria ni esperable una prueba directa. De esta forma la carga se levanta con algún elemento de convicción –aunque sea periférico–, capaz de servir de inferencia para el establecimiento del daño moral. En el caso concreto, el juicio tenía por objeto la reivindicación de un predio en manos de un tercero en calidad de mero tenedor, es decir, se trata de un juicio exclusivamente patrimonial, donde "no se acompañaron al proceso antecedentes probatorios suficientes que permitieran al tribunal ponderar *los reales efectos provocados al actor* por los hechos materia de la reclamación deducida por vía principal" (Considerando noveno).

La sentencia nos parece sumamente correcta y ajustada en este punto[1]. La lesión de un interés extrapatrimonial requiere de una prueba más exigente a cuando el daño recae

[1] Interesante parece además la motivación que se formula en el considerando séptimo por cuanto se excluye la posibilidad de fundar nuevos hechos o peticiones en el escrito de apelación, lo que guarda estrecha sintonía –como afirma la sentencia– con el principio de congruencia.

sobre la esfera física o síquica de la víctima. Esta conclusión permite efectuar una lectura de esta sentencia, especialmente de su *ratio decidendi*, para dar lugar a la siguiente fórmula:

a) Cuando el juicio versa sobre bienes jurídicos patrimoniales, y el daño tiene lugar solo en la esfera pecuniaria del sujeto, el actor asume dos cargas: por una parte, la carga de la prueba, que supone la necesidad de tamizar las afirmaciones de las partes con medios de prueba que arrojen información acerca de la verdad del hecho. Esta carga es común para todos los sujetos que pretenden el reconocimiento de una obligación (Art. 1698 CC). La segunda carga, adicional y complementaria a esta, es la carga de la justificación de la máxima de la experiencia que puede utilizar el juez para inferir la existencia del daño moral. En los casos en que el juicio versa sobre bienes exclusivamente patrimoniales, no es imposible que se produzcan consecuencialmente daños morales, pero habrá que justificar cuál es la máxima de la experiencia o nexo que permite hacer esa inferencia. En esto la jurisprudencia debiera ser exigente, como lo demuestra esta sentencia, debiendo requerir una prueba suficiente de la relación de necesidad entre el perjuicio material y el moral[2].
b) Cuando el juicio versa sobre bienes jurídicos extrapatrimoniales, y el daño tiene lugar en la esfera física o síquica del sujeto, la situación no es muy distinta a la anterior, pero el actor puede eximirse de la justificación de la máxima de la experiencia cuando esta aparezca sustentada en generalizaciones socialmente aceptadas. A su vez la aceptación de la máxima de la experiencia dependerá del grado de generalización que expresa, lo que debe ser justificado por el juez en la sentencia. De esta forma, la exención probatoria que puede caber en el ámbito de la prueba del daño moral está relacionada con el *grado de aceptación* que pueda dársele a la máxima de la experiencia que utiliza el juez y que sirve de nexo de inferencia[3], en una escala de mayor a menor grado.

Aunque esta sentencia no lo dice, su lectura es inequívoca: no es aceptable una generalización que diga que de la pura lesión del patrimonio por la privación de la posesión material de un inmueble se derive un daño moral. El sujeto que quiera sustentar esa inferencia deberá probarla en juicio.

[2] En similar sentido puede verse: C. Arica, 24 de agosto de 2011, Rol Nº 492-2008.

[3] Un caso paradigmático en torno a la aceptación (o no) de una máxima de la experiencia es la sentencia de la Corte Suprema, 3 de septiembre de 2009, Rol Nº1346-2008, "Rivas Torres, Jacob y otros con Municipalidad de Villarrica", donde el voto de mayoría estima que el vínculo de parentesco es insuficiente para establecer la existencia de un daño moral derivado del fallecimiento del pariente, exigiendo una prueba directa del perjuicio efectivamente causado al actor. Por su parte, el voto de minoría estima que ese vínculo de parentesco es suficiente para inferir la existencia de un daño moral.