

La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana*

CAMILA JARAMILLO SIERRA**

PAULA NATALIA ROBLES BACCA***

RESUMEN: El presente artículo hace un análisis de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad contractual por daño a la persona en las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, con miras a evidenciar su relación con el problema del llamado 'cúmulo de responsabilidades' y el contenido del artículo 1006 C.Co. colombiano.

PALABRAS CLAVE: daño extrapatrimonial contractual, cúmulo de responsabilidades, acumulación de pretensiones.

Compensation of non-material damages for contractual non-performance: the colombian experience. From non-contractual liability to the recognition of contractual nature of non-material damages and the interference of the wrongly-conceived issue of the 'non cumul'

* El presente artículo tiene origen en un estudio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, desde el año de 1937 hasta el presente.

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2014. Para citar el artículo: C. JARAMILLO y P. ROBLES. "La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 499-527.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Auxiliar de investigación y docente de la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Contacto: camila.jaramillo@uexternado.edu.co

*** Becaria de la Universidad Externado de Colombia y candidata a magíster en la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Contacto: paula.robles@uexternado.co

ABSTRACT: This paper analyzes the civil case law evolution of contractual liability for moral damages at the Colombian Supreme Court in order to evidence its relation with the so call '*non cumul*' issue and the article 1006 of the Colombian Commercial Code.

KEYWORDS: Contractual liability for moral damages, claims accumulation, '*non cumul*' issue.

I. LA REPARACIÓN CONTRACTUAL DEL DAÑO A LA PERSONA Y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA DEL CÚMULO DE RESPONSABILIDADES. ASPECTOS GENERALES Y DE DERECHO COMPARADO

1. Razón de ser, contenido y alcance de la prohibición del cúmulo de la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual

El problema del cúmulo solo puede surgir si se acepta que la responsabilidad civil es una institución integrada por dos esferas diferenciadas, la contractual y la extracontractual, cada una con su propio régimen legal¹, lo que impone la necesidad de establecer cuál es el ámbito que le corresponde a cada una de ellas.

Tradicionalmente se ha entendido que la definición de las condiciones necesarias para la producción de la responsabilidad contractual² sirve al mismo tiempo para definir el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues si un determinado hecho dañino no cumple los requisitos para ubicarse dentro de la esfera de la responsabilidad contractual, entonces ha de ser ubicado en el campo de la responsabilidad extracontractual³.

Sin embargo, aunque teóricamente resulte sencillo delimitar el área que le corresponde a cada esfera de responsabilidad, existen algunas situaciones '*límitrofes*', en las que, según la doctrina⁴, se produce una superposición de ambas especies

- 1 L. TOMASELLO HART, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 1969, 259; J. PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Depalma, 1954, 89, quien resalta que "este problema desde el punto de vista lógico, sólo tiene, en general, entidad, cuando se acepta la distinción entre los dos órdenes de responsabilidad contractual y extracontractual, y se admite que entre ellos existen diferencias sustanciales".
- 2 En general, la doctrina entiende que la responsabilidad contractual surge cuando se reúnen los siguientes presupuestos: 1. Existencia de un contrato ya formado entre el responsable y la víctima; 2. Que el daño sea el producto de la inexecución o la ejecución defectuosa o tardía de una obligación nacida del contrato o que entre en el campo contractual, y 3. Que la inexecución sea imputable al deudor y perjudique al acreedor. En este sentido cfr. G. VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, FERNANDO MONTOYA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 379 y ss. En un sentido similar M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, 1, Madrid, Reus, 1993, 96 y ss.
- 3 G. VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., 379 y ss.; 475; J. BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañino. Problemática en derecho sustantivo español*, Madrid, Dykinson, 1996, 66.
- 4 J. CARBONNIER, *Derecho civil*, MANUEL ZORRILLA RUIZ (trad.), Bosch, 1960, 149; G. VISINTINI, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, Leysser L. León (trad.), Lima, Ara, 2002,

de la responsabilidad. Entonces, la cuestión fundamental es saber qué camino ha de recorrer la víctima del daño para obtener la indemnización a la que tiene derecho en caso de que un mismo hecho dañino pueda calificarse, concomitantemente, como incumplimiento contractual y como violación del deber general de no dañar a otro⁵. Es en estos eventos en los que el problema del cúmulo de responsabilidades se plantea.

Ello se presenta particularmente cuando, como consecuencia de un incumplimiento contractual, se produce lo que un sector de la doctrina ha denominado una lesión del *statu quo* del acreedor⁶, en la medida en que se configura "la violación de uno de aquellos derechos, denominados absolutos, y cuya tutela se afirma aún con prescindencia de una relación determinada"⁷.

Los casos concretos más representativos de esta hipótesis se presentan en aquellos contratos en los que su incumplimiento puede producir, además de daños patrimoniales, daños sobre la integridad de la persona o los bienes del acreedor⁸, en relación con los cuales se reconoce implícitamente la capacidad del contrato para tutelar intereses extrapatrimoniales, razón por la cual se considera que sobre el deudor pesa una *obligación de seguridad*. Es el caso del contrato de transporte de personas⁹, de prestación de servicios médicos, "de enseñanza celebrados con centros escolares y similares, en los celebrados con empresarios de clubs deportivos

108; P. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, Cedam, 1989, 17; BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañino*, cit., 58; S. CAVANILLAS, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, 60.

- 5 PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, cit., 89, resalta que un cuestionamiento así "no se puede plantear sino bajo la faz de la incidencia de la responsabilidad aquiliana en la responsabilidad contractual [...] [La cuestión] no puede existir sin que medie un contrato previo, y por eso, siempre irá de la responsabilidad aquiliana a la contractual". En el mismo sentido, cfr. J. SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, 243.
- 6 MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. 17, quien resalta que en el ámbito general de la responsabilidad "son concebibles a) la mera violación de la expectativa contractual; b) el mero deterioro del *statu quo*; c) el deterioro del *statu quo* de la violación de la expectativa contractual [...] Esta última (sub c) no es reconocida como situación autónoma sino como área de encuentro de a) y b) [...] y los problemas que la rodean son vistos como problemas de interferencia, de cúmulo o de concurso de las otras dos áreas" (trad. libre).
- 7 SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, cit., 243; en el mismo sentido VISINTINI, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., 130.
- 8 YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., 105, expresa que si bien una de las condiciones más obvias para la existencia de responsabilidad contractual es que "el daño resulte del incumplimiento del contrato [lo cierto es que tal afirmación] entraña enormes dificultades de precisión, y constituye probablemente el punto que mejor demuestra la existencia de zonas fronterizas entre las dos esferas de la responsabilidad civil" (cursivas nuestras). Ello debido, en especial, a la integración del contrato por las llamadas obligaciones de seguridad.
- 9 VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., 386, quien resalta que los tribunales franceses desarrollaron el concepto de obligación de seguridad "primero en el

[...]o con ferias, zoológicos y parques de atracciones, en el contrato de hospedaje, en el de hospitalización"¹⁰, por nombrar algunos.

En estos eventos, según la doctrina¹¹, se produce una superposición del régimen de responsabilidad contractual con el régimen de responsabilidad extracontractual, razón por la cual estarían llamados, ambos, a producir sus efectos, dando lugar, así, al problema del cúmulo de responsabilidades.

Lo anterior obliga a establecer si las acciones que de ellos emanan pueden invocarse conjunta o contemporáneamente o si, por el contrario, el ejercicio de una excluye el ejercicio de la otra¹². El camino que se tome frente a este conflicto normativo determina, a su vez, la adhesión a una de las teorías creadas al efecto: teoría de la opción y teoría del no cúmulo.

Conforme a la teoría del *non cumul*, desarrollada principalmente por la doctrina y la jurisprudencia francesas, cuando se reúnen las condiciones para el surgimiento de la responsabilidad contractual es esta la que debe aplicarse, y no las reglas propias de la responsabilidad extracontractual¹³; lo contrario "tendría por efecto alterar el contenido mismo de las obligaciones contractuales, y el principio de la fuerza obligatoria del contrato"¹⁴; además, admitir la intrusión de las reglas extracontractuales en los eventos de responsabilidad contractual conduciría a dejar sin ninguna función a las normas del Código Civil sobre esta última clase de responsabilidad¹⁵. En conclusión, para los partidarios del no cúmulo cada ámbito de responsabilidad tiene unos contornos definidos, razón por la que no es posible confundirlos.

contrato de transporte de personas para extenderla en seguida a muchas otras obligaciones de diferentes contratos".

10 YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., 109; G. SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", en *Trattato della responsabilità contrattuale*, Giovanna Visintini (dir.), III, Padova, Cedam, 2009, 266 y ss.

11 Ver *supra* nota 4.

12 YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., 61; MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., 11; BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*, cit., 1996, 59.

13 VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., 474; CAVANILLAS, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, cit., 61; BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*, cit., 67.

14 VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., 475, quien además resalta que la jurisprudencia francesa rechaza particularmente cualquier intento de acumulación, cuando lo que se pretende es "eludir las consecuencias de disposiciones legales o de cláusulas convencionales restrictivas de responsabilidad; (...) escapar a una responsabilidad objetiva expresamente consentida (...) poner en jaque una cláusula penal o compromisoria (...) prevalerse del seguro de responsabilidad del autor del daño cuando una cláusula del contrato de seguro limita la garantía a la responsabilidad extracontractual".

15 CAVANILLAS, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, cit., 62; BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*, cit., 68; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, cit., 89.

Por su parte, conforme a la teoría de la opción, cuando la víctima del daño se encuentra en un caso de superposición de responsabilidades, se le reconoce la facultad de escoger cuál de las dos acciones, contractual o extracontractual, habrá de utilizar para reclamar la indemnización de perjuicios. Y una vez escogido el camino, tanto la víctima demandante como el juez quedan vinculados por la opción escogida¹⁶. Las razones que se invocan para defender esta teoría radican fundamentalmente en "la idea de que la responsabilidad aquiliana es la *responsabilidad de derecho común*, que posee un alcance absolutamente general", por lo que ha de entenderse que la responsabilidad contractual solo fortalece la protección que otorga la responsabilidad extracontractual, pero no la suprime¹⁷.

Una vez planteado a grandes rasgos el panorama general del problema del cúmulo de las dos especies que integran la responsabilidad civil, es momento de señalar cuál es la relación que existe entre este problema y la negativa a reparar contractualmente el daño a la persona.

2. El daño a la persona producido por incumplimiento contractual y el problema del cúmulo de responsabilidades

Para establecer una relación entre el daño a la persona producido por un incumplimiento contractual y el problema del cúmulo de responsabilidades es necesario, primero, dejar sentado qué es el daño a la persona.

La doctrina ha definido el daño a la persona como aquel que "está constituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tienen una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o el perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos"¹⁸. Así las cosas, el daño a la persona implica, sin lugar a dudas, un daño sobre los derechos absolutos de la personalidad¹⁹, y si ese daño se causa como consecuencia de no haberse ejecutado, o haberse ejecutado tardía o imperfectamente la prestación a cargo del deudor en una relación contractual, entonces es claro que nos encontramos, conforme se explicó arriba, en una hi-

16 YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., 115.

17 SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, cit., 245; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, cit., 93.

18 M. KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 20.

19 Aun si dentro de la categoría de los derechos absolutos ciertamente se encuentran los derechos reales (cfr. U. BRECCIA, *Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, t. 1, vol. 1, trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, 380), en tratándose de daño a la persona la expresión se restringe a aquellos bienes, derechos o intereses más próximos a la persona humana, es decir, en definitiva, a los derechos personalísimos.

pótesis en la que la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual se superponen.

Adicionalmente, el conflicto normativo que genera la señalada superposición se ve agudizado por el hecho de que, conforme a la tesis de la dualidad de la responsabilidad civil, una de las grandes diferencias entre las dos especies que la integran es la extensión de la reparación²⁰. Así, se sostiene con fundamento en el artículo 1616 CC²¹ que en materia contractual solo es indemnizable el perjuicio previsto o previsible a la hora de celebrar el contrato, salvo que se pueda imputar dolo al deudor. Por su parte, en materia extracontractual son indemnizables, según la doctrina²², todos los perjuicios que haya sufrido la víctima, pues el artículo 2341 CC dispone, sin más, que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización". En consecuencia, la reparación del daño extrapatrimonial solo tendría cabida en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, porque no es previsible que un daño de esa clase se produzca al interior del contrato, que es, conforme a esta postura, una institución destinada a regular los intereses pecuniarios de las partes²³ (aun si esta tesis puede considerarse hoy superada).

Por lo tanto, reparar contractualmente un daño extrapatrimonial implicaría la aplicación del régimen extracontractual al ámbito demarcado por el contrato, confundiendo la órbita de aplicación que a cada uno de los regímenes le corresponde.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia comparadas han encontrado que defender de una manera tan rígida las categorías tradicionales que integran la responsabilidad civil pondría en peligro el desarrollo sustancial de esta institución, que debe tener como centro la búsqueda de una tutela integral de la persona humana²⁴. En ese sentido se ha resaltado que el derecho privado ha sufrido una

- 20 J. MÉLICH-ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2006, 184; PIZARRO, "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades", cit., 156; B. QUINTERO, *Teoría básica de la responsabilidad*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 1996, 115; F. NAVIA ARROYO, *Estudio sobre el daño moral*, Bogotá, Elocuencia, 1979, 148.
- 21 Artículo 1616 CC: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". El artículo 1616 colombiano tiene su homólogo en el artículo 1558 chileno.
- 22 C. DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, 1, Santiago, Jurídica de Chile, 2002, 230 y ss.; NAVIA ARROYO, *Estudio sobre el daño moral*, cit., 148; MÉLICH-ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, cit., 184; TOMASELLO HART, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, cit.; C. PIZARRO, "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades", *Anales de Derecho UC*, 3, Santiago, Legis, marzo de 2008, 156.
- 23 Remarcan que dentro del desarrollo histórico de la teoría de la dualidad de la responsabilidad civil se sostienen estos argumentos, entre otros: PIZARRO, "Breves notas sobre el daño frente a la concurrencia de responsabilidades", cit., 156; QUINTERO, *Teoría básica de la responsabilidad*, cit., 115; NAVIA ARROYO, *Estudio sobre el daño moral*, cit., 148.
- 24 Resaltan la transformación de la responsabilidad civil, y el papel trascendental de la jurisprudencia y la doctrina en esta transformación, entre otros, KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 21; E. CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños*

transformación importante, debida al redimensionamiento que el valor del ser humano ha adquirido para esta rama del derecho, asumiendo así el carácter de una regulación que tiene por objeto no solo relaciones reconducibles a la lógica del mercado, sino principalmente vínculos complejos "que tienen incidencia sobre las decisiones personales, los estilos de vida y la realización de la persona"²⁵.

A dicha transformación no es ajena la responsabilidad civil contractual, y por ello se ha puesto de presente que "el incumplimiento contractual debe ser considerado en relación no sólo al valor económico de la prestación, sino también respecto de las consecuencias que tal incumplimiento produce sobre las necesidades personales que puede dejar insatisfechas"²⁶. La consideración de la existencia al interior de la prestación contractual de los intereses extrapatrimoniales, que se suman a los económicos, ha de implicar una redefinición de los intereses que pueden tenerse como dignos de ser tutelados por la responsabilidad contractual²⁷.

Dentro de este contexto de preocupación por alcanzar a nivel contractual una reparación integral del acreedor víctima de incumplimiento juega un papel muy importante el problema del cúmulo de responsabilidades, ya que la solución al mismo "sería la 'puerta de escape' para que en lo contractual se llegara a obtener indemnización del daño moral"²⁸.

Así, en Francia, en donde se encuentra bastante asentada la teoría del no cúmulo de responsabilidades, puede decirse que el desarrollo del concepto de obligaciones de seguridad es un ejemplo de la admisión dentro del campo contractual de obligaciones relativas a los derechos absolutos tales como la vida e integridad personal del acreedor²⁹, y que, en consecuencia, los mismos pueden resultar lesionados por un cumplimiento defectuoso. Esto anclaría a la acción de responsabilidad contractual la reparación de tales daños, pues desde esta perspectiva resultaría apta para garantizar, también, la tutela del patrimonio 'moral' del acreedor.

Por su parte, y en lo que hace a la teoría de la opción, defendida mayoritariamente en Italia, se ha sostenido que con ella se busca permitir al acreedor víctima

a la persona. *El daño a la salud en la experiencia italiana, un modelo para américa latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 17 ss.; BRECCIA, *Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, cit., 180 y ss.

25 SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., 253; trad. libre.

26 *Ibíd.*; trad. libre.

27 *Ibíd.*, 154; CORTÉS, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., 13, resalta que "el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo de un individuo o grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad".

28 TOMASELLO HART, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, cit., 264.

29 Como ya lo hemos señalado, el contrato de transporte de pasajeros ha constituido el escenario más propicio para el desarrollo del concepto de obligaciones de seguridad, el cual ha trascendido también a "contratos como el de hospedaje, el de educación, el asistencial, el hospitalario": QUINTERO, *Teoría básica de la responsabilidad*, cit., 117; VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., 386.

de un incumplimiento la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño no patrimonial (no admitido en principio en el ámbito contractual), pues al contar también con la acción extracontractual, la víctima se beneficia del hecho de que en este último campo la procedencia de la reparación de este tipo de daño es una cuestión 'resuelta'³⁰. Así, algunos autores sostienen, además, que el concurso de acciones por el que aboga la jurisprudencia "persigue una tutela más robusta y eficaz de la víctima, gracias al régimen más favorable (en materia extracontractual) respecto (...) de la prescripción de la acción"³¹.

Sin embargo, debe resaltarse que aunque con la opción se pretenda dar a la víctima la posibilidad de escoger la acción de perjuicios que le resulte más beneficiosa, lo cierto es que por esta misma vía se fortalece aún más la idea de la improcedencia de la reparación contractual del daño a la persona, pues lo que en realidad se está evidenciando es que la responsabilidad contractual no tutela derechos de la personalidad, ni aun cuando ellos estén implicados en la ejecución del contrato, y por esa razón la tutela integral de la víctima solo se lograría concediéndole la posibilidad de escoger la acción extracontractual³².

Visto que las soluciones al problema del cúmulo han servido para lograr la reparación del daño a la persona cuando se produce como consecuencia de un incumplimiento contractual, es momento de pasar a ver las razones principales que le han negado a la responsabilidad contractual la posibilidad de reparar este daño, y su superación.

3. Objeciones a la reparación del daño extrapatrimonial derivado del incumplimiento contractual y su superación

Es menester establecer las razones en las que se fundamentaron parte de la doctrina y la jurisprudencia del sistema de derecho romano³³ para negar la procedencia de la reparación del daño extrapatrimonial contractual.

30 TOMASELLO HART, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, cit., 264.

31 SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., 273, quien añade que además, gracias al concurso de acciones, se hace soportar al deudor el riesgo del incumplimiento, lo cual en tratándose de obligaciones de hacer implicaría un apremio sobre el deudor, para actuar con mayor cautela. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., 140; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, Cedam, 1999, 233.

32 En este sentido, cfr. G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 1999, 86-87, quien resalta que la posibilidad de actuar alternativamente a través de la acción contractual o de la aquiliana quita importancia práctica al problema de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales que son consecuencia de un incumplimiento contractual, ya que el sujeto lesionado solo lograría la reparación de estos con el recurso a la acción extracontractual.

33 El análisis que acá se presenta se concentra fundamentalmente en los argumentos doctrinales y jurisprudenciales sostenidos en Francia, Italia y Chile; así como en las normas sobre la materia contenidas en sus respectivos códigos civiles. Puesto que a nivel comparado el *statu quo* de la cuestión en estos tres países determinó una tendencia seguida por otros

Podríamos sostener que son dos los tipos de argumentos esenciales que sustentan esta tendencia. De un lado, encontramos el equivocado sentido que se le dio al requisito de la patrimonialidad de la prestación, y del otro, la interpretación restrictiva que doctrina y jurisprudencia hicieron de las normas de su respectivo Código Civil sobre la materia.

Respecto del primer punto, ha de destacarse que el carácter patrimonial de la prestación es un requisito fundamental de la misma, ya que dentro de la estructura de la relación obligatoria, constituida por débito y responsabilidad, la patrimonialidad juega un papel trascendental en la medida en que es gracias a ella que el débito primario, es decir, la prestación prometida, puede transformarse, en caso de incumplimiento, en débito secundario o subrogado pecuniario (de la obligación *in natura*)³⁴.

Ello significa que gracias al carácter pecuniario de la prestación es posible garantizar que en caso de incumplimiento, y de no ser posible la ejecución específica, se habrá de perpetuar la obligación por su equivalente en dinero, equivalente que resulta precisamente del requisito que nos ocupa.

Ahora bien, este requisito fue objeto de una confusión doctrinal³⁵ consistente en asimilar la patrimonialidad de la prestación a la patrimonialidad del interés del acreedor, lo cual dio lugar a que, equivocadamente, se considerase que solo podían ser objeto del derecho de obligaciones los intereses patrimoniales de los sujetos³⁶. De manera tal que los intereses morales, al no poseer "fundamento pecuniario, no [serían] objeto lícito de la obligación y [quedarían] excluidos de protección en caso de incumplimiento de las obligaciones que [impone] el contrato"³⁷.

ordenamientos jurídicos que integran el sistema de derecho romano, o bien porque su desarrollo ha tenido una importancia especial para el tema.

34 Cfr. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 77.

35 G. GROSSO, *Las obligaciones contenido y requisito de la prestación*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, 201 y ss., quien resalta que un sector de la doctrina italiana se percató de la existencia de esta confusión, señalando con marcada insistencia "la necesidad de diferenciar estos dos conceptos, en cuanto la prestación puede tener carácter patrimonial y permitir una valoración pecuniaria, sin que el interés del acreedor sea pecuniario". En el mismo sentido, cfr. M. GIORGIANNI, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, EVELIO VERDERA Y TUELLS (trads.), Barcelona, Bosch, 1958, 39. Sostiene el autor: "El mérito de haber denunciado la confusión que hasta entonces reinaba entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del interés corresponde a SCIALOJA, V., quien advirtió que los dos conceptos debían, en cambio, distinguirse cuidadosamente y llegó así a la demostración de que sólo la prestación debe tener carácter patrimonial, mientras el interés del acreedor puede ser también no patrimonial".

36 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 171; GROSSO, *Las obligaciones contenido y requisito de la prestación*, cit., 204, quien explica que desde el derecho romano "[s]e perfila y se elabora más el principio de que la obligación pertenece a la esfera patrimonial, a los *bona*; principio que (...) no es un concepto sistemático moderno sino un principio romano que ha venido evolucionando".

37 M. BARRIENTOS, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, 279.

Lo anterior condujo a que en materia contractual la indemnización por incumplimiento se haya entendido únicamente referida a los conceptos, de contenido puramente económico, de daño emergente y lucro cesante³⁸; con lo cual se negaba la posibilidad de incluir dentro de la 'reparación' los perjuicios de orden extrapatrimonial, pues, de aceptarlos, la prestación objeto de la obligación habría quedado sin uno de sus requisitos esenciales para tener existencia jurídica, cual es el de su patrimonialidad.

Respecto de todo lo anterior cabe aclarar, por una parte, que el requisito de la patrimonialidad de la prestación debe entenderse en un sentido amplio, como la aptitud de la misma para ser valorable en dinero, mas no en el sentido de que la prestación "haya de incrementar el patrimonio del destinatario"³⁹; y, por otra parte, que el interés del acreedor en la prestación puede ser de diversas clases ya que también puede tener objetivos no patrimoniales como la afeción, la salud, el bienestar emocional.

Desconocer este interés no pecuniario es ignorar la voluntad de las partes⁴⁰, en la medida en que ellas lo incluyeron dentro de su regulación contractual; en cuyo caso, si resulta lesionado, lo natural es que sea objeto de indemnización.

Una vez expuesta esta primera objeción y aclaradas sus inconsistencias es momento de pasar a exponer el segundo argumento que tradicionalmente se ha utilizado en contra de la reparación contractual del daño a la persona, es decir, la restrictiva interpretación que se hizo de las normas sobre responsabilidad contractual.

Dada la marcada influencia del *Code Civil* en las demás codificaciones del sistema continental, resulta de trascendental importancia hacer una breve referencia sobre la evolución que en doctrina y jurisprudencia francesa se dio respecto de la responsabilidad contractual por daño a la persona.

38 NAVIA, *Estudio sobre el daño moral*, cit., 150, quien, en contra de esa posición, sostiene que "del carácter pecuniario de la prestación no se deduce necesariamente el carácter pecuniario del daño".

39 GROSSO, *Las obligaciones contenido y requisito de la prestación*, cit., 203. En sentido contrario, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1966, 106, quien haciendo un análisis de la normatividad italiana sostiene que exigir que la prestación sea susceptible de valoración económica (pecuniaria) equivale a requerir que esta constituya un bien clasificable en la llamada riqueza material, es decir que el dar, el hacer y el no hacer del deudor incrementa la consistencia de los bienes patrimoniales, hechos para satisfacer las necesidades económicas del acreedor.

40 Cfr. GIORGIANNI, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, cit., quien explica que el interés del acreedor puede tener por objeto beneficios culturales, religiosos y morales, y no exclusivamente patrimoniales; HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, cit., 352, quien sostiene: "Las apetencias culturales deportivas, de recreación, de solaz, las expresiones de solidaridad y asistencia hacia el prójimo, comenzando con los propios, son oportunidades y ejemplos de intereses extrapatrimoniales del acreedor". En sentido contrario, DE CUPIS, *Il danno*, cit., 105-106, para quien los intereses no patrimoniales únicamente son objeto de numerosas obligaciones que se asumen simplemente por cortesía, como es el caso de ir al teatro, a bailar con alguien o simplemente pasear.

El origen de la restrictiva interpretación normativa se remonta a la equivocada comprensión de las fuentes romanas que realizaron antiguos tratadistas franceses tales como DOMAT y POTHIER, quienes sostuvieron que el derecho romano rechazaba "el resarcimiento del daño moral, puesto que el único atentado que podía ser reparado era el que se causaba a los bienes materiales"⁴¹, representado por el binomio *damnum emergens-lucrum cessans*⁴².

Dicha interpretación fue difundida y consolidada como regla firmemente afianzada en Roma, digna por lo tanto de ser recogida por los códigos que en este sistema jurídico se inspiraron, en especial el Código Civil francés, cuyos intérpretes, siguiendo a DOMAT, dieron lugar al fortalecimiento de una lectura restrictiva de las normas sobre responsabilidad contractual, y entre ellas en especial, del artículo 1149^[43] del *Code Civil*, cuyas referencias a los conceptos de "pérdida" (*perte*) y "ganancia" (*gain*) fueron entendidas como una clara evidencia de que en materia contractual la indemnización tenía como único objetivo restablecer la situación patrimonial del acreedor antes de sufrir el incumplimiento⁴⁴.

41 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 231.

42 *Ibíd.*, donde se explica que, según DOMAT, "en la evaluación de la indemnización debe considerarse únicamente el daño material directo causado por el incumplimiento y no aquellas pérdidas remotas, dentro de las cuales comprende al daño moral (...). DOMAT se fundaba para este análisis en ciertos textos romanos, fundamentalmente en la Ley 33, ad. Leg. Aquilia, cuyo tenor permitía entender, que el derecho romano rechazaba el resarcimiento del daño moral, puesto que el único atentado que podía ser reparado era el que se causaba a los bienes materiales". En contra, S. OCHOA, *La demanda por daño moral, derecho y legislación comparados, jurisprudencia nacional actualizada, jurisprudencia extranjera*, México D.F. Mundonuevo, 1991, 20. Sostiene el autor que en Roma sí existía distinción en materia de *injuria* pues esta se encontraba comprendida en la esfera de la responsabilidad extracontractual y no en aquella contractual; afirma igualmente el autor que existen opiniones contrarias, como la de JHERING, aceptada por MAZEAUD y TUNC, según la cual: "En el derecho romano no se distinguía, cuando se trataba de la reparación o protección de los intereses extrapatrimoniales, entre la responsabilidad aquiliana y la contractual".

43 El artículo 1149 del *Code Civil* reza: "Los daños e intereses debidos al acreedor son en general por la pérdida que ha sufrido y la ganancia de que quedó privado con las excepciones y modificaciones que se dirán más adelante".

44 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 236, explica que estas conclusiones "se encuentran avaladas por otros varios fundamentos. Primero, el artículo 1149 reproduce la división que el jurisconsulto Paulo hacía de la indemnización pecuniaria y en la que, como puede deducirse, se señalan los dos únicos elementos que pueden formar parte de esta forma de reparación. Son los únicos, porque solo a través de ellos se puede poner al acreedor en el mismo estado en que se encontraría si el deudor hubiera ejecutado la obligación (...). Segundo, el mencionado precepto que establece la regla general en cuanto a los daños cuya reparación es procedente no alude al moral. Omisión que no puede ser tomada sino como una negativa del legislador a indemnizarle. Y, por último, la interpretación restrictiva del artículo 1149 se encuentra confirmada por las fuentes en que se inspiró: el Derecho Romano, contrario al resarcimiento del daño moral, y las tesis de DOMAT y POTHIER, renuentes también a su admisión. Atendidos estos antecedentes, no cabe duda alguna de que sus redactores tuvieron únicamente en mente los daños materiales y no los morales".

Esta comprensión restringida de la responsabilidad contractual tuvo una importante influencia en los demás derechos codificados inspirados en el Código Civil francés, ya que al retomar el mismo esquema respecto de la reparación de los daños derivados del incumplimiento contractual no se incluyó en ellos norma expresa respecto de la indemnización del daño extrapatrimonial⁴⁵.

Así, la influencia del desarrollo doctrinal y jurisprudencial francés se reflejó en países como Italia principalmente bajo la vigencia del *Codice Civile* de 1865, el cual en su artículo 1227^[46] reproducía casi literalmente el contenido del artículo 1149 de su homólogo francés, circunstancia que a su vez implicó la réplica en Italia de los argumentos interpretativos del mencionado artículo del *Code*⁴⁷.

Sin embargo, el desarrollo de este aspecto tomó en Italia un rumbo más complejo con la expedición del *codice civile* de 1942, pues al hecho de que el artículo 1223^[48] reguló la materia de manera muy similar al artículo 1227 de la anterior codificación (es decir, usando términos con significado fundamentalmente patrimonial "pérdida que él [acreedor] ha experimentado y de la ganancia de la cual ha sido privado") se sumó una dificultad adicional, generada por el debate doctrinal acerca del alcance que debía dársele, a nivel contractual, al artículo 2059 del mismo estatuto⁴⁹, que pese a ser parte de la regulación sobre responsabilidad extracontractual podía tener incidencia directa sobre el tema en cuestión⁵⁰. Ello porque tal norma se refiere a los daños no patrimoniales, estableciendo al efecto que estos solo serán resarcidos en los casos establecidos por la ley.

Así, un sector mayoritario de la doctrina ha entendido que, en concordancia con esta disposición, el daño no patrimonial únicamente procede en caso de que el hecho dañoso constituya además un ilícito penal, ya que solo en el artículo 185 de la legislación penal se reconoce con carácter general este tipo de daños.

45 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 237.

46 Artículo 1227 del *codice civile* de 1865: "Los daños y perjuicios son en general debidos al acreedor en razón de la pérdida que ha experimentado y la ganancia de la cual ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones más adelante establecidas".

47 En Italia, durante la vigencia del *codice civile* de 1865, se sostuvo mayoritariamente que al contenido del artículo 1227 no cabía darle otro sentido que el de entender que era voluntad del legislador limitar los daños contractuales a los puramente económicos. SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., 255.

48 Artículo 1223: "El resarcimiento del daño derivado del incumplimiento o del retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida como la ganancia frustrada, en cuanto sean una consecuencia suya inmediata y directa".

49 Artículo 2059 CC italiano: "Daños no patrimoniales. El daño no patrimonial será resarcido solo en los casos establecidos por la ley". Artículo 185 C. Penal italiano: "Todo delito obliga a las restituciones, según las normas de las leyes civiles. Todo delito que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento al culpable y a las personas que, según las normas de las leyes civiles, deban responder por el hecho de éste".

50 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 298.

Esta interpretación restrictiva se ha extendido tradicionalmente⁵¹ al ámbito contractual, entendiéndose así "que su resarcibilidad es factible sólo en cuanto el incumplimiento constituya a la par que una infracción a las obligaciones nacidas del contrato, una violación a una norma de orden penal"⁵².

Por su parte, en Latinoamérica puede resaltarse el panorama que sobre esta materia se ha presentado en países como Chile, en donde cabe destacar el poco interés doctrinal y jurisprudencial a este respecto, ya que la asimilación de los argumentos provenientes de Francia se hizo sin mayor resistencia y tras poca discusión. Sin embargo, debe ponerse de presente que los términos del artículo 1556^[53] son más restrictivos que los empleados por el artículo 1149 del *Code Civil* puesto que el primero habla con exactitud del daño emergente y el lucro cesante, y no simplemente de "pérdida" y "ganancia". De esta forma, la estrechez de los términos empleados por la norma favoreció una interpretación exegética y restringida de la misma, lo que demostraría que existe una exclusión abiertamente querida por el legislador respecto de la no indemnización de los daños morales a nivel contractual.

Dejando atrás este panorama de objeciones y debido a la reconsideración del valor de la persona humana para el derecho civil, así como a la injustificable diferencia de trato frente al daño a la persona, en materia de responsabilidad contractual y aquiliana, doctrina y jurisprudencia han hecho esfuerzos ingentes para garantizar la reparación integral de la víctima en ambas esferas de la responsabilidad. Lo anterior ha conllevado una reinterpretación de los textos normativos anteriormente estudiados.

Es así como en Francia el desarrollo del concepto jurídico de *obligaciones de seguridad* ha sido fundamental para admitir al interior del contrato obligaciones que tienen como objeto la salvaguarda de derechos personalísimos del acreedor, tales como su vida e integridad, los cuales, de resultar lesionados, traerían como consecuencia lógica su indemnización. Pero además, es gracias a la solidez de los desarrollos de esta teoría que hoy en día se admite también la reparación del daño a la persona de origen contractual en negocios jurídicos que no contienen obligaciones de seguridad, lo que ha implicado en últimas que a nivel contractual este tipo de daños se repare en la actualidad con la misma amplitud que en la esfera aquiliana⁵⁴.

51 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 300, explica que el enfoque mayoritario "considera que la responsabilidad por daño no patrimonial se encuentra *enteramente* sometida a la restricción impuesta para el régimen extracontractual por el artículo 2059. Esta ha sido además la tesis admitida por la jurisprudencia".

52 *Ibíd.*

53 Artículo 1556 CC chileno: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

54 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 433.

Por su parte, en Italia, en los últimos años se han multiplicado a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial los esfuerzos por realizar la tutela integral de la persona humana en el ámbito de la responsabilidad civil⁵⁵; en especial, entre 1955 y 2003 la categoría del daño extrapatrimonial por incumplimiento contractual sufrió una importante ampliación con el acogimiento "por parte de la jurisprudencia (...) del daño existencial y del reconocimiento en 2002 del llamado daño por vacaciones frustradas"⁵⁶.

"La casuística del daño contractual a la persona se ve enriquecida en Italia gracias a la evolución jurisprudencial sobre responsabilidad tanto del transportador como del profesional en el área sanitaria"⁵⁷. En definitiva, "la nueva línea interpretativa de la jurisprudencia italiana se ha desarrollado en torno al bien constitucionalmente protegido de la salud, cuya protección se traslada del hecho ilícito al área de la responsabilidad por incumplimiento con el objetivo de beneficiarse del régimen más favorable a la víctima"⁵⁸.

Finalmente hemos de referirnos a la tendencia de superación del problema que en Chile han desarrollado minoritariamente doctrina y jurisprudencia. La doctrina se ha esforzado por promover la reinterpretación del artículo 1556^[59] con fundamento en que desde la época de su redacción al día de hoy se han producido cambios históricos que hacen procedente una actualización de la norma para dar cabida a la múltiple variedad de daños a la persona⁶⁰, argumento que se encuentra reforzado por el hecho de que no es posible sostener que el legislador excluyó una categoría de daños que sencillamente no tenía en mente en el momento de redactar sus normas.

55 SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., 252; dentro de esta tendencia cabe resaltar esfuerzos de autores como R. SCOGNAMIGLIO, *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*, FERNANDO HINESTROSA (trad. y notas), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962, 14, quien para superar las nocivas consecuencias del artículo 2059 sostuvo la tesis según la cual el daño moral es una clasificación de daño no patrimonial, mas no la única. Afirma que el legislador equivocadamente ha asimilado los dos conceptos, queriéndose referir al daño moral cada vez que nombra el no patrimonial. Con esta aclaración afirma el autor que quedan excluidos de la limitación del artículo 2059 del *codice civile* aquellos daños extrapatrimoniales como la reputación, el honor o la lealtad, que no pertenecen al moral. Sostiene entonces que los daños morales deben regirse por el artículo 2059 y los no patrimoniales que restan por el artículo 2043 que establece la reparación del daño sin especificar su calificación. En contra, NAVIA, *Estudio sobre el daño moral*, cit., 155: "El error de Scognamiglio está en que no considera que el respeto debido a los sentimientos, es decir, a la integridad síquica, constituye un derecho de la personalidad, autónomo e independiente de los demás bienes extrapatrimoniales".

56 SAVORANI, "Il danno non patrimoniale da inadempimento", cit., 259.

57 *Ibid.*, 260.

58 *Ibid.*

59 Ver *supra* nota 52.

60 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 345.

Por su parte, a nivel jurisprudencial son destacables los fallos de la Corte de Apelación de Concepción de 1984^[61], el fallo de Casación del 13 de diciembre de 1988^[62] y el fallo de Casación del 20 de octubre de 1994^[63], los que pese a su escaso número han tenido el mérito de reconocer la procedencia del daño moral en la esfera contractual. Otra manifestación de esta tímida tendencia de superación es, hoy en día, la expedición de la Ley sobre protección de los derechos del consumidor⁶⁴ que concede a este último el derecho a ser indemnizado material y moralmente a causa del incumplimiento.

En conclusión, podemos sostener que la responsabilidad contractual por daño a la persona ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia comparadas tras importantes esfuerzos por superar las limitaciones que durante años se arraigaron en la tradición jurídica del sistema continental. Sin embargo, es pertinente proceder a analizar cuál ha sido la evolución que sobre este respecto ha sufrido la jurisprudencia civil colombiana.

II. INFLUENCIA RECÍPROCA ENTRE LA JURISPRUDENCIA CIVIL SOBRE REPARACIÓN CONTRACTUAL DEL DAÑO A LA PERSONA Y EL ARTÍCULO 1006 C.CO. COLOMBIANO

1. Antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negaba la reparación contractual del daño a la persona

En Colombia el problema de la responsabilidad contractual por daño a la persona fue estudiado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con una jurisprudencia fluctuante, de posturas contrapuestas y en muchos casos con argumentos confusos.

Así, en los primeros fallos de los que tenemos referencia⁶⁵ la Corte se muestra abierta a admitir la posibilidad de que en materia contractual resulten reparables

61 *Ibíd.*, 351: "En el caso del daño moral se hacía consistir en los perjuicios a las relaciones familiares y protocolares que se le[s] habían causado a los demandantes por los problemas judiciales en que se habían visto envueltos por la negligencia de los demandados".

62 La sentencia del 13 de diciembre de 1988 ordenó la reparación del daño moral por parte de un banco quien no le entregó a su cliente un préstamo de dinero que se le había prometido.

63 DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, cit., 352, sostiene que "la sentencia de nuestro máximo Tribunal de 20 de octubre de 1994, ha tenido el mérito de sumarse a la tendencia comparada en la materia al modificar, por primera vez, sus consabidos argumentos contrarios a su reparación ordenando la reparación del daño moral ocasionado a una abogada y regulándola en la suma de \$ 2'250.000".

64 Ley 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor aprobada el 7 de enero de 1997 y publicada en el diario oficial el 7 de marzo de 1997.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 28 de septiembre de 1937 M.P.: JUAN FRANCISCO MÚJICA; del 25 de noviembre de 1938 M.P.: RICARDO HINESTROSA

los perjuicios extrapatrimoniales, incluso en casos en los que el contrato en virtud del cual se demandaba su reparación no implicaba prestaciones que involucraran derechos de la personalidad del acreedor⁶⁶. Y en el caso contrario, de que el contrato sí implicara prestaciones de tal índole, como lo es el contrato de transporte de personas⁶⁷, la Corte entendió que el mismo implicaba la obligación del transportador de llevar sanos y salvos a los pasajeros a su lugar de destino, lo que supondría admitir, como ya se ha explicado, que los derechos de la personalidad de las partes sí pueden ser parte de los intereses involucrados por un contrato⁶⁸, y por lo tanto su lesión admitiría reparación en el marco de la responsabilidad contractual⁶⁹. Sin embargo, hay que poner de presente que si bien en estos primeros fallos no se produce efectivamente una condena por perjuicio extrapatrimonial contractual, ello solo es consecuencia de deficiencias probatorias, o el producto

DAZA, del 30 de agosto de 1940, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA, del 23 de abril de 1941, M.P.: ANÍBAL CARDOSO GAITÁN.

- 66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de septiembre de 1937, M.P.: JUAN FRANCISCO MÚJICA, en la que se estudia, entre otros asuntos, la reclamación de perjuicios morales devenidos del incumplimiento de un contrato de mandato. Puede leerse textualmente en los considerandos de la Corte: "los perjuicios morales tienen en este caso su fuente en la culpa de Botta (el mandatario demandado), por la extralimitación de sus funciones de gerente". Con lo que se evidencia que para entonces la Corte no encuentra dificultades graves en admitir dentro de la esfera de la responsabilidad contractual un daño extrapatrimonial. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 1940, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA, sobre el incumplimiento de un contrato de prenda. Para la Corte no resulta ilógica la pretensión tendiente a obtener la reparación del daño moral que el demandante consideró haber sufrido como consecuencia de una conducta de su contraparte, y muy al contrario señala que "una depresión síquica que hubiese inhabilitado a Montoya para su labor habitual o al menos disminuídole, así fuera temporalmente, sus capacidades, o un descrédito que lo descalificara comercialmente o le abajara su buen nombre, o, en general algo de esa índole, habría constituido perjuicio moral"; de esa manera, puede notarse que las razones en las que los anteriores fallos se fundan para denegar la indemnización reclamada por perjuicios morales son únicamente de deficiencia del acervo probatorio respecto de la existencia y alcance de tales perjuicios.
- 67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 25 de noviembre de 1938, M.P.: RICARDO HINESTROSA DAZA, y del 23 de abril de 1941, M.P.: ANÍBAL CARDOSO GAITÁN. En el primero de los fallos la Corte señala expresamente que las obligaciones del transportador de personas son de seguridad e implican conducir y poner sano y salvo al pasajero en el lugar de su destino. En el segundo fallo puede leerse textualmente en las consideraciones de la Corte que "la Empresa del Cable Aéreo estaba obligada a conducir al pasajero Elías Urrea sin daño para su persona". Con lo anterior se evidencia que para la Corte emanan del contrato de transporte obligaciones de seguridad respecto del pasajero, y por lo tanto la integridad del pasajero es un asunto contractual.
- 68 Aunque de manera contraria en el fallo del 9 de diciembre de 1938 en decisión de única instancia, llama la atención la afirmación de la Corte conforme a la cual, "si un individuo va en un tren y sufre un perjuicio por causa de un accidente, la empresa respectiva viola las leyes que está obligada a cumplir sobre previsión, etc., pero no un contrato". Con lo cual se puede notar que la Corte entiende que la protección de la integridad personal del pasajero no es un asunto contractual, sino que tratándose de este tipo de derechos, su protección y consagración está entregada a la ley, puesto que por su propia naturaleza pertenecen al hombre con independencia de cualquier acto contractual.
- 69 KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 354.

de una mala formulación de los cargos en casación, pero no de una postura de la Corte que rechace tajantemente esta posibilidad.

Tras esta primera etapa, en la que, si bien no hay una postura definida en torno al tema que nos atañe, sí puede verse una actitud de la Corte abierta a reparar por la vía contractual perjuicios de índole extrapatrimonial, hemos de resaltar una segunda etapa en la que se define la postura de la jurisprudencia civil por la negativa a indemnizar contractualmente los daños a la persona.

Un fallo determinante dentro de esta segunda etapa es el del 9 de octubre de 1942, en donde la Corte señala:

... es jurisprudencia de la Corte que no se pueden acumular o instaurar a un mismo tiempo la acción por indemnización de daños contractuales y la indemnización por perjuicios morales. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independiente de todo arrimo contractual, pueden constituir así mismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación, porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio.

De esta manera, puede verse que la Corte interpretó el hecho de haberse pedido por los demandantes perjuicios morales como clara señal de estarse incoando una acción extracontractual⁷⁰, para luego explicar que cuando un mismo hecho, "además de tener la calidad de culposo con relación a determinado contrato [constituya] asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual", se presenta para la víctima la posibilidad de intentar dos acciones separadamente, es decir, sin acumularse.

Así, empieza a tejerse una confusión bastante grave, entre el problema de la procedencia o no de la responsabilidad contractual por daño a la persona y el problema del cúmulo de las responsabilidades, pues para la Corte resulta inadmisibles el daño extrapatrimonial contractual, no tanto por las razones tradicionalmente invocadas, y a las que se hizo referencia en otra parte de este artículo, sino porque de admitirlo se produciría, según su sentir, una acumulación indebida de respon-

70 Además de la afirmación arriba transcrita pueden leerse en el fallo afirmaciones como esta: "no puede remitirse a duda que el demandante estableció una acción para que se le indemnizara el daño causado por otra persona, quizás fundada en las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, es decir, estableció una acción por perjuicios morales"; o como esta: "la demanda se estableció no para pedir el cumplimiento de obligaciones contractuales, sino por hechos causados en la persona y bienes de la sociedad 'Salomón Gattas e Hijos', es decir, se estableció una acción por perjuicios morales".

sabilidades. Con lo cual se entiende que la reparación contractual del daño a la persona no solo implica confundir los regímenes que integran la responsabilidad civil, sino además dar lugar a una doble indemnización del perjuicio.

Respecto de esto último resulta preciso aclarar que la doctrina⁷¹ es tajante en explicar que el problema del cúmulo de responsabilidades no consiste en un problema de doble indemnización, pues es obvio que la víctima no podría obtener indemnización plena por la vía contractual y posteriormente aspirar a obtener una indemnización por la vía extracontractual. Por ello, consideramos que el hecho de que la Corte objete la reparación contractual del daño a la persona por ver en ello una hipótesis de doble reparación del daño evidencia su incompreensión sobre el tema.

Pero la errónea comprensión del problema del cúmulo no acaba ahí, porque la Corte, por un lado, expresa que cuando se produce la denominada superposición de responsabilidades no es posible acumular las acciones, con lo cual pareciera tomar partido por el *no cúmulo*; pero a renglón seguido manifiesta que dicha imposibilidad de acumulación se manifiesta en la existencia de una opción para ejercer cualquiera de las dos acciones pero independientemente, camino por el cual la Corte le concedería a la víctima la posibilidad de intentar las dos acciones, con tal de que sea en procesos independientes.

Es evidente que la Corte no entiende que conforme a la teoría del *no cúmulo*, si se reúnen las condiciones para intentar la acción contractual, ella es la única acción que puede intentarse, sin que haya lugar a elegir o a acumular otra acción. Eso es exactamente lo que significa no acumulación de las acciones de responsabilidad, mas no una cuestión exclusivamente procesal de acumulación de pretensiones.

La confusión llega a su grado más alto con el fallo del 22 de septiembre de 1950, en donde al aparte arriba transcrito, y que se reiterará en los fallos sucesivos sobre la materia⁷², se suma la siguiente afirmación:

Se "autoriza la posibilidad de acumular las acciones provenientes de la indemnización de daños materiales y morales causados. Pero siempre y cuando que ellos no provengan de una misma relación jurídica, esto es, perjuicios materiales y morales originados en el incumplimiento de relaciones contractuales y daños morales y materiales que se deriven en la fuente de las obligaciones extracontractuales".

71 TOMASELLO HART, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, cit., 260; SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, cit., 244; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., 116.

72 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 29 de julio de 1944, M.P.: JOSÉ MIGUEL ARANGO; del 20 de febrero de 1945, M.P.: HERNÁN SALAMANCA; del 29 de octubre de 1945, M.P.: PEDRO CASTILLO PINEDA; del 30 de noviembre de 1945, M.P.: JOSÉ ANTONIO MONTALVO.

Tratar de entender qué quiso decir la Corte es una cuestión compleja, no solo por la confusa redacción que emplea, sino porque jurídicamente incurre en extrañas afirmaciones. Empieza por explicar que si un mismo hecho produce responsabilidad contractual y extracontractual la víctima cuenta con dos acciones que debe ejercer separadamente. A renglón seguido, la Corte pretende establecer una relación entre el problema del cúmulo y la pretensión de reparación de daño moral, y es aquí cuando el argumento se hace verdaderamente difícil de comprender, pues dice que es posible "acumular las acciones provenientes de la indemnización de daños materiales y morales", pero aclara que ello está condicionado a que "ellos no provengan de una misma relación jurídica", y para tratar de explicar su condicionamiento señala: "esto es, perjuicios materiales y morales originados en el incumplimiento de relaciones contractuales y daños morales y materiales que se deriven en la fuente de las obligaciones extracontractuales".

Ahora bien, brillan por su ausencia en el fallo las razones⁷³ que expliquen por qué el simple hecho de reclamar daños morales y daños materiales en una misma demanda conlleva a mezclar de forma inaceptable los regímenes de la responsabilidad civil.

Pero el panorama continúa oscuro con el fallo del 30 de marzo de 1951^[74], en el que la postura de la Corte deja ver que aún existen dudas sobre los problemas que según nuestro criterio se encuentran confundidos (daño a la persona contractual; cúmulo de responsabilidades). Así, la Corte deja aclarado que solo por vía extracontractual pueden reclamarse perjuicios morales, porque reclamarlos por la vía contractual daría lugar a la "la anomalía de aceptar que siendo uno mismo el sujeto pasivo del derecho, una misma la causa de donde se hace derivar la res-

73 Tal vez estas razones puedan encontrarse en el fallo del 20 de febrero de 1945 en donde se lee textualmente que "el confusionismo de las dos especies inconfundibles de responsabilidad civil, dentro del cual se desenvuelve la sentencia del Tribunal, lo conduce lógicamente a equivocaciones jurídicas, constitutivas, asimismo, de violaciones legales, como es la condena que se hace en la sentencia por perjuicios morales de afección (*pretium doloris*) (...) cuando tratándose de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales como los de que aquí se trata. *Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente solo en sufrimiento moral es precisamente una de las muchas modalidades que la diferencian de la que se genera en la culpa aquiliana*" (cursivas nuestras).

74 El caso resuelto por este fallo tiene la peculiaridad de que la demanda respectiva es interpuesta por dos demandantes, uno que actúa *iure proprio*, y otro que actúa *iure hereditatis*, y ello da lugar a que la Corte sea muy clara en señalar que los perjuicios morales solo los puede reclamar quien actúa *iure proprio* por medio de la acción extracontractual, mientras que quien actuó *iure hereditatis* vía contractual no puede reclamarlos porque, según la Corte, "al incorporar dentro de los beneficiarios de la condena al pago de los perjuicios morales, se incurrió en la parte resolutive del fallo acusado, en la anomalía de aceptar que siendo uno mismo el sujeto pasivo del derecho, una misma la causa de donde se hace derivar la responsabilidad y uno mismo el beneficiario de la indemnización patrimonial y de la moral, pueda obtener así una doble reparación de perjuicios".

ponsabilidad y uno mismo el beneficiario de la indemnización patrimonial y de la moral, pueda obtener así una doble reparación de perjuicios”.

De esta manera puede verse que la negativa a la reparación contractual del daño a la persona toma el aspecto de una afirmación de principio, tornándose aún más difícil entender por qué el reconocimiento del perjuicio moral por vía contractual da lugar a una doble indemnización de perjuicios⁷⁵.

Durante todo el desarrollo de esta segunda etapa jurisprudencial, el único intento por atemperar las rígidas afirmaciones de la Corte estuvo representado por el salvamento de voto del magistrado RICARDO HINESTROSA DAZA al fallo de la sentencia del 29 de julio de 1944. Allí HINESTROSA DAZA resalta la injusticia que genera la postura adoptada por la Corte, al remarcar:

Si tomamos como ejemplo un caso de transporte, verbigracia, por acto u omisión culposos el vehículo ha causado unas mismas lesiones a un pasajero y a un transeúnte, las que en ambos ha producido perjuicios materiales y morales debidamente comprobados ante el Juez, no veo cómo legal y equitativamente, la sola consideración de que la culpa sea contractual para el uno y extracontractual para el otro haya de determinar en la sentencia indemnización plena para el transeúnte y exclusión para el pasajero de cuanto no sea perjuicio material.

La Corte está tan confundida en lo que hace al problema de reparar contractualmente el perjuicio extrapatrimonial que no solo no se da cuenta de que su postura deja al acreedor sin indemnización plena, sino que además piensa que si reconociera tal reparación le daría una doble indemnización.

Queda así evidenciado el panorama jurisprudencial sobre reparación contractual del daño a la persona antes de la expedición del Código de Comercio, caracterizado por confusiones y contrastes.

Pasemos ahora a establecer cuál fue la influencia que esta confusa jurisprudencia tuvo sobre el contenido del artículo 1006 C.Co. Tal influencia la consideramos

75 Y se puede sentir en la lectura del fallo que la misma Corte se encuentra en problemas al tratar de explicar la razón por la cual la reclamación de perjuicios morales extracontractuales no genera doble indemnización. Así, puede leerse en el fallo: “Otra cosa sucede en lo que hace a la condenación de quienes ejercitaron la acción indemnizatoria de perjuicios morales subjetivos, provenientes de la culpa extracontractual (...). Culpa con la cual se produjo un daño cuya reparación corresponde a la indemnización de perjuicios morales (...). En este caso, no existe acumulación o yuxtaposición de acciones de responsabilidad dependientes de una misma relación jurídica, ni por los conceptos de perjuicios materiales y morales se percibe una doble reparación del daño, sino que la responsabilidad se hace depender de la culpa extracontractual y se pretende indemnización por perjuicios morales *solamente*”. Cabe preguntarse: ¿acaso la Corte se da cuenta de lo infundado de su afirmación en materia contractual y se ve en la necesidad, para justificar su postura en materia extracontractual, de acudir a las pretensiones del caso concreto, ya que, casualmente, los demandantes reclamaron *solamente* los perjuicios morales?

existente en dos aspectos obvios de la norma: el daño moral contractual y el cúmulo de responsabilidades.

2. Influencia de la jurisprudencia civil sobre reparación contractual del daño a la persona en la redacción del artículo 1006 C.Co. colombiano

El presente aparte lo desarrollaremos tratando dos frentes de influencia. Por un lado queremos evidenciar la influencia que tuvo esta jurisprudencia sobre la manera en que el artículo 1006 pretendió resolver el problema del cúmulo de responsabilidades. Por otro lado, analizaremos la influencia de la jurisprudencia civil sobre la admisión legislativa del daño moral contractual.

Para el estudio del primer frente de influencia resulta necesario aclarar que, además, y como si las cosas no fueran ya lo suficientemente complejas, el problema del cúmulo de responsabilidades se vio confundido también con el problema de la calidad en la que los herederos del contratante muerto actúan en el proceso, es decir, si se presentan actuando *iure proprio* o *iure hereditatis*⁷⁶.

La confusa relación entre los tres problemas (daño a la persona contractual, cúmulo de responsabilidades y calidad en la que se actúa en el proceso) puede notarse claramente⁷⁷ en la sentencia del 4 de abril de 1968, en donde la Corte sostiene que la identificación de un hecho como generador de responsabilidad contractual o extracontractual es dudosa en dos casos: a) "en ciertos contratos cuyo desenvolvimiento coloca en gran proximidad a las partes y da ocasión a que una de ellas lesione a la otra en su persona o en los atributos y reflejos de su personalidad", y b) "cuando habiendo fallecido un contratante de resultados de acontecimiento ocurrido en el contacto con el otro, en la ejecución del trato, demandan herederos de él, que bien pueden ser simples sucesores, como también víctimas en sus propios intereses personales y patrimoniales, por causa de aquel deceso".

Respecto de los herederos del pasajero fallecido la Corte sostuvo que, según su jurisprudencia, a ellos les corresponde una opción para elegir la acción que intentarán⁷⁸, pero esta opción la entiende referida la Corte a la posibilidad de

76 Esta específica confusión en la que incurre la jurisprudencia la han remarcado autores como J. TAMAYO, *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999, p. 149, quien señala: "el colmo de la confusión en la jurisprudencia de nuestro país, lo encontramos en múltiples decisiones de la Corte Suprema de Justicia en las que se confunde el problema de la opción entre las dos responsabilidades con el ejercicio acumulativo de la acción hereditaria y de la acción personal". En contra, SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, cit., 245, quien opina que la Corte ha tomado partido por la teoría de la opción cuando se refiere a la posibilidad que tienen los herederos del pasajero fallecido de elegir entre la acción *iure proprio* y la acción *iure hereditatis*.

77 Las confusiones están también presentes en los fallos del 22 de septiembre de 1950 y del 30 de marzo de 1951, ambos con ponencia de PABLO EMILIO MANOTAS, pero escogimos el fallo del 4 de abril de 1968 por parecernos ejemplar.

78 Aclara la Corte que si los herederos intentan la acción *iure hereditatis*, los perjuicios extrapatrimoniales solo habrán de proceder si el pasajero no murió instantáneamente.

elegir si en el proceso actúan *iure proprio* o *iure hereditatis*, con lo cual se evidencia que se está confundiendo la calidad en la que se actúa en el proceso con las posibilidades que emanan según la teoría de la opción frente al problema del cúmulo de responsabilidades, es decir, con la posibilidad de optar por reclamar los perjuicios por la vía contractual o por la vía extracontractual.

Infortunadamente, tantas idas y venidas de la jurisprudencia tendrán finalmente un reflejo en el derecho positivo, concretamente en el artículo 1006 C.Co., cuyo tenor literal es el siguiente:

Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.

En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.

Como puede verse, el primer párrafo de la norma acoge por completo los planteamientos jurisprudenciales que nosotros hemos mostrado. Nos parece que esta parte del artículo 1006 es una síntesis de la postura jurisprudencial de la Corte. Y en consecuencia no es más que la positivización de las confusiones en la materia, teniendo como resultado, por una parte, el de no resolver absolutamente nada⁷⁹ en torno al problema del cúmulo de responsabilidades⁸⁰; y por otra, el de desdibujar por completo las características esenciales de la figura procesal de la acumulación subjetiva de pretensiones⁸¹. Figura que procede cuando se está en presencia de pretensiones formuladas por varias personas, siendo un mismo juez el competente para evacuarlas todas por medio del mismo trámite procesal, y cuando quiera que las pretensiones versen sobre un mismo objeto, se deriven de

79 En contra, G. MARTÍNEZ RAVE y C. MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2003, 74, quienes sostienen que "el artículo 1006 del Código de comercio, establece con claridad meridiana una opción para el heredero del pasajero que muere en desarrollo del contrato de transporte"; QUINTERO, *Teoría básica de la responsabilidad*, cit., 29, sostiene que el artículo 1006 tiene la virtud de aclarar cuál es la pretensión que deben intentar los herederos del pasajero fallecido; NAVIA ARROYO, *Estudio sobre el daño moral*, cit., 151, afirma que "en cuanto a la coexistencia de los dos tipos de responsabilidad, no hay para qué detenerse, toda vez que el art. 1006 del Código de Comercio lo excluye".

80 Sin embargo, debe aclararse que es el artículo 982 C.Co. el que consagró implícitamente la teoría de la absorción, "cuando al hablar de las obligaciones del transportador señala que éste no sólo debe conducir al pasajero al lugar de destino, sino que debe conducirlo sano y salvo, incluyendo así una obligación de seguridad dentro del contrato": KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 354.

81 Por su parte, la acumulación objetiva de pretensiones se da cuando "existe unidad de parte, pero diversidad de objetos": H. LÓPEZ BLANCO, *Procedimiento civil*, 1, 9ª ed., Bogotá, Dupré, 2005, 469.

una misma causa, deban servirse de unas mismas pruebas o tengan entre sí una relación de dependencia⁸².

Requisitos *todos* que se cumplen en la hipótesis en que por virtud de un incumplimiento contractual pierda la vida el pasajero, y actúen en el proceso sus herederos acumulando las pretensiones a que tiene derecho la sucesión y la pretensión a la que tienen derecho ellos mismos por el perjuicio que la muerte de su causante les produjo. Impedir en estos casos la acumulación de pretensiones y exigir dos procesos sucesivos o separados implica no solo un absurdo desgaste del aparato jurisdiccional, en contra de la norma procesal, sino una desmotivación para intentar la otra pretensión a la que se tiene derecho.

Por su parte, y en lo que hace a la responsabilidad contractual por daño a la persona, que es el segundo frente de influencia, también puede verse el reflejo de la jurisprudencia de la Corte sobre el artículo 1006.

La Corte desde tiempo atrás venía sosteniendo que en cabeza del transportador pesaba una obligación de seguridad y que debido a ello la reparación de los daños extrapatrimoniales causados a consecuencia de su incumplimiento debía hacerse por vía contractual⁸³; y además en el fallo de 4 de abril de 1968, como ya lo indicamos, sostuvo que en caso de muerte del pasajero podían reclamarse los perjuicios morales tanto si se actuaba *iure proprio* como *iure hereditatis*, con la salvedad de que si se actuaba *iure hereditatis* tal reclamación por perjuicios morales solo era posible si el pasajero había sobrevivido y fallecía posteriormente, pues ante un deceso instantáneo era imposible que tal derecho se hubiera alcanzado a consolidar en su patrimonio.

Ahora bien, es importante poner de presente cuál es el resultado de conjugar las dos partes que componen el artículo 1006 C. Co. y los precedentes jurisprudenciales.

Si aplicamos en rigor lo que dice el párrafo primero de la norma a la reclamación de perjuicios morales cuando el pasajero ha fallecido se tiene que si se produce la muerte inmediata del pasajero y se actúa *iure hereditatis*, no se podrán reclamar los daños morales sino solo los materiales. Y en otro proceso sucesivo o separado podrán reclamarse *iure proprio* tanto los perjuicios morales como los materiales sufridos personalmente por el heredero.

Ahora bien, si el deceso del pasajero no es inmediato, sino que se produce tras un periodo de tiempo de supervivencia, entonces habrá lugar a reclamar *iure hereditatis* tanto los perjuicios morales como los patrimoniales, y en proceso sucesivo

82 Art. 82 CPC.

83 En sentencia del 4 de abril de 1968 la Corte señala expresamente que, en lo que hace al contrato de transporte, le corresponde al transportador llevar al pasajero sano y salvo al lugar de destino. Razón por la cual, cuando durante la ejecución del contrato se produzca una lesión en la persona del pasajero, la reparación de la misma habrá de reclamarse por la vía contractual.

o separado habrá lugar a reclamar *iure proprio* los perjuicios morales y materiales sufridos en forma personal por el heredero.

Esta es, teóricamente, la aplicación que según nuestro punto de vista le cabe al artículo 1006 C.Co. Veamos ahora qué ha sucedido en la práctica, y cómo ha influido la norma en el desarrollo jurisprudencial posterior.

3. La actual procedencia normativa de la reparación contractual del daño a la persona contenida en el artículo 1006 C.Co., frente a su infrecuente reconocimiento en la práctica jurisprudencial

Uno de los más importantes efectos que produjo el contenido del artículo 1006 C.Co. de 1971 se materializó en el hecho de que si bien la norma consagró la posibilidad de reclamar contractualmente la reparación de los daños extrapatrimoniales refiriéndose únicamente al contrato de transporte, la doctrina⁸⁴ y la jurisprudencia⁸⁵ nacionales han defendido una aplicación extensiva de la norma a todos los demás contratos.

En consecuencia, el artículo 1006 C.Co. ha servido de fundamento positivo para respaldar la procedencia general de la reparación contractual del daño a la persona, y de esa manera se ha convertido en el argumento principal para superar,

84 KOTEICH, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, cit., 354-355, quien al efecto sostiene: "el artículo 1006 del Código de Comercio consagró en forma expresa la posibilidad de que se produzca un daño extrapatrimonial en el desarrollo del contrato de transporte de pasajeros, con lo cual al menos teóricamente, tendría que considerarse a partir de entonces zanjada la discusión acerca de la admisibilidad del resarcimiento del daño extrapatrimonial en materia de incumplimiento contractual en general, pues, por *analogia legis* la norma que permite su reparación en el marco del contrato de transporte debe ser aplicable a los demás contratos, naturalmente, siempre y cuando el daño resulte acreditado dentro del proceso". En el mismo sentido, F. NAVIA, *Del daño moral a daño fisiológico, ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 43-46, quien antes de analizar algunos fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los que se negó tajantemente la posibilidad de reparar contractualmente el daño moral contractual, señala que "el tema ya se encuentra superado por intervención expresa que hubo de hacer el legislador, a fin de zanjar, en forma definitiva, la discusión alrededor del daño moral contractual [...] [E]l artículo 1006 del Código de Comercio resolvió definitivamente el asunto [pudiendo aplicarse] a todos los casos en que el incumplimiento de obligación contractual lesione un bien de la personalidad con repercusiones en la vida de relación o en los sentimientos de la contraparte".

85 Consideramos que la jurisprudencia ha hecho suyo el argumento doctrinal de la aplicación del artículo 1006 C.Co., por *analogia legis*, a los demás contratos, ya que si bien no se encuentra una manifestación expresa en ese sentido, sí es posible ver que los fallos emitidos por la Sala de Casación Civil con posterioridad a la promulgación del Código de Comercio de 1971, admiten sin reparos la posibilidad de ocurrencia y reparación del daño extrapatrimonial contractual en casos que no tienen nada que ver con el transporte. Así en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 8 de mayo de 1990, M.P.: EDUARDO GARCÍA SARMIENTO; del 12 de julio de 1994, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA; del 15 de octubre de 2004, M.P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE; del 25 de mayo de 2005, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA; del 18 de octubre de 2005, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

en el ámbito contractual, las objeciones que por tanto tiempo nuestra jurisprudencia opuso para admitir la reparación integral del daño sufrido como consecuencia de la defectuosa ejecución de obligaciones contractuales.

Así, podemos sostener que a nivel legislativo el artículo 1006 C.Co. ha dejado abierto un espacio fértil para la multiplicación de fallos en los que se reconozca la indemnización del perjuicio extrapatrimonial causado por un incumplimiento contractual. Sin embargo, la práctica jurisprudencial refleja una realidad muy diferente, caracterizada, de una parte, por una marcada escasez de fallos sobre la materia, y de otra, por una aplicación del artículo 1006 C.Co. poco uniforme e incluso distante del tenor literal de su texto, por lo menos en lo que al primer inciso de la norma se refiere.

En lo que hace a la primera característica arriba enunciada, podemos resaltar que después de la promulgación del Código de Comercio la jurisprudencia civil sobre daño extrapatrimonial contractual adquirió mayor uniformidad en el sentido de sus fallos, y pese a su reducido número sí puede advertirse la superación de los reparos que por tanto tiempo se opusieron para admitir este tipo de daños en la órbita del contrato, el cual es reconsiderado no solo como una institución por medio de la cual los particulares regulan sus intereses económicos, puesto que se admite que este también pueda tener por objeto derechos de carácter personalísimo.

Así, puede notarse que la mayoría de los fallos proferidos después de 1971^[86] deciden controversias en rededor del incumplimiento de contratos que tienen por objeto la salud, la vida y la integridad de la persona humana, y reconocen, luego de declarar o confirmar la existencia de los respectivos contratos, el derecho de las víctimas a ser reparadas por los daños extrapatrimoniales que les fueron ocasionados por sus deudores incumplidos.

En ese sentido, podemos resaltar fallos como el proferido por la Sala de Casación Civil el 12 de julio de 1994, con ponencia de PEDRO LAFONT PIANETTA, en el que se señala que si bien en el ámbito contractual no es tan común la ocurrencia de daños no patrimoniales, sí es posible que, tratándose de contratos que “en su esencia y ejecución [se refieran] a la salud de la persona humana[, su incumplimiento] sea causa concurrente tanto de daños materiales como de daños morales en el paciente”.

Asimismo, el fallo del 15 de octubre de 2004, con ponencia de CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, en el que la Corte en sus consideraciones analiza toda una serie de intereses de orden extrapatrimonial⁸⁷ que fueron dañados por el incumplimiento

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 8 de mayo de 1990, M.P.: EDUARDO GARCÍA SARMIENTO; del 12 de julio de 1994, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA; del 15 de octubre de 2004, M.P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE; del 25 de mayo de 2005, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA; del 18 de octubre de 2005, M.P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

87 En efecto, puede verse que la Corte toma en consideración aspectos como la edad del demandante, quien era un niño cuando la mala praxis de su médico tratante le produjo la

contractual del deudor, precisamente por estar envueltos en las obligaciones que sobre este último pesaban, y que por lo tanto debía salvaguardar con su diligencia.

También resulta pertinente llamar la atención sobre el fallo del 18 de octubre de 2005, en el que la Corte abunda en expresiones en las que se evidencia que la deficiente conducta contractual observada por el deudor es la causa del perjuicio extrapatrimonial sufrido por el acreedor, quien por un "deplorable descuido se ve parapléjico a la vez que [...] percibe cómo se le escapa rápidamente la vida, estando plenamente consciente de su estado", razones que en el sentir de la Corte justifican de sobra la procedencia de la reparación de todos estos perjuicios de orden extrapatrimonial sufridos por el acreedor antes de su deceso.

Por otro lado, es importante resaltar que la Corte también ha reconocido, si bien implícitamente, que el daño extrapatrimonial contractual puede sufrirse incluso en el marco de contratos que no impliquen los intereses personalísimos del acreedor.

Así, en el fallo del 25 de mayo de 2005, con ponencia de PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, en el que, con ocasión de un contrato de prenda sobre unas joyas dadas en garantía, se solicita la indemnización de los perjuicios morales que el deudor prendario sufrió como consecuencia de la pérdida culposa de las mismas. Aquí, si bien la Corte niega la indemnización, lo hace únicamente con base en la insuficiencia del material probatorio para acreditar el valor de afección que las joyas tenían para el demandante. Lo que, *contrario sensu*, significa que de haberse probado adecuadamente esta circunstancia se habría procedido al reconocimiento de la indemnización correspondiente al perjuicio extrapatrimonial sufrido. Por tanto, a nivel contractual los daños extrapatrimoniales pueden sufrirse, no solo en aquellos contratos cuyas obligaciones impliquen bienes de la personalidad, sino también en aquellos contratos en los que se regulan intereses puramente patrimoniales de las partes, y en esa medida la única condición para su reparación es la plena prueba de su padecimiento.

En conclusión, desconcierta el escaso número de fallos sobre la materia, pues, pese a contar con todas las herramientas, incluso legislativas, para abundar en jurisprudencia sobre el tema, lo cierto es que se puede notar una pérdida de interés en el asunto, tanto a la hora de reclamar como a la hora de fallar. Lo segundo, tal vez, por considerarse innecesaria una discusión jurisprudencial sobre un punto que

amputación de una de sus piernas; asimismo se toma en cuenta "la congoja y la aflicción incalculables que en él se produzcan; y es que resulta apenas natural entender que, aparte de la tristeza que desde un comienzo se experimente, este sentimiento con el paso de los años se incremente y lo acompañe hasta el final de su existencia, al contemplar cómo, debido al traumatismo físico de las proporciones del sufrido, tempranamente se alteraron las condiciones de su vida, puesto que, ante las restricciones o limitaciones a que estará sometido por el uso permanente de una prótesis, algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras quedaron truncadas prematuramente". Afirmaciones todas que evidencian que para la Corte se ha producido un redimensionamiento del valor que tiene, al interior de un contrato, la persona humana.

está zanjado a nivel positivo; pero lo que no resulta fácil de explicar es por qué son tan escasas las reclamaciones de los demandantes en el sentido de pretender la reparación de daños extrapatrimoniales contractuales, cuando lo lógico sería que abundaran pretensiones de esa naturaleza, ya que se cuenta con norma expresa y además con jurisprudencia uniforme en el sentido de aceptar su reparación.

Por otra parte, las inquietudes que nos plantea la jurisprudencia civil posterior a 1971 sobre este punto, no se detienen aquí, pues esta también se caracteriza por una aplicación del artículo 1006 C.Co. poco uniforme e incluso distante del tenor literal de su texto, por lo menos en lo que a la primera parte de la norma se refiere. Circunstancia que nos resulta de importancia ya que en el transcurso de esta exposición hemos hecho énfasis en la compleja relación que existió, a nivel jurisprudencial, entre la procedencia contractual del daño a la persona y el problema del cúmulo de responsabilidades.

De esta manera, y como lo hemos resaltado en otro lugar, el artículo 1006 C.Co. pretendió equivocadamente resolver el problema del cúmulo al disponer que los herederos del pasajero difunto podrían reclamar los perjuicios extracontractuales sufridos personalmente con la muerte de su causante y también los perjuicios contractuales transmitidos *mortis causa*, ejerciendo separada o sucesivamente las acciones correspondientes, pero nunca acumulándolas en la demanda.

Infortunadamente, la norma olvida que una verdadera hipótesis de cúmulo solo se presenta cuando *un mismo sujeto* ha sufrido, con ocasión de un mismo hecho dañino, una ofensa a sus derechos absolutos devenida de un incumplimiento contractual, evento que no se configura en el supuesto de hecho previsto por la norma ya que esta regula los perjuicios sufridos por *dos sujetos*: el pasajero fallecido y sus herederos.

Tal vez por lo absurdo de la norma es posible ver en los fallos de la Corte Suprema de Justicia una tendencia a admitir sin problemas la acumulación de pretensiones, permitiendo a los demandantes acudir a la jurisdicción reclamando en un mismo libelo a nombre del difunto los perjuicios morales sufridos por este, y a nombre propio los perjuicios que la muerte de su causante les produjo personalmente.

De esta tendencia es bastante ejemplificador el fallo de 18 de octubre de 2005, referido con antelación, en el que puede leerse:

... la demandante reclama, de un lado, para la sucesión de [x] (*iure hereditatis*), la indemnización del perjuicio moral que su esposo padeció al verse postrado e impedido por causa del accidente, así como los sufrimientos y dolores que lo acongojaron hasta su fallecimiento, y de otro, para sí (*iure proprio*), el perjuicio que personalmente sufrió por causa del fallecimiento de aquél. Y no advierte la Corte, hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violente las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil.

No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas "acciones" de las cuales es titular; tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal.

Además, también pueden encontrarse fallos en los que se admite la acumulación de estas pretensiones de forma alternativa, es decir, pidiendo que se declare la existencia del contrato y en consecuencia se reparen los daños extrapatrimoniales sufridos por el acreedor antes de morir, y en subsidio que se declare la responsabilidad extracontractual del demandado y se indemnicen a los herederos los perjuicios sufridos personalmente por ellos con la muerte del acreedor. Esta posibilidad puede verse en el fallo del 8 de mayo de 1990 en el que la Corte no ve error de derecho cometido por el sentenciador de instancia al dar trámite a una demanda que acumuló de esa forma las pretensiones de los demandantes⁸⁸.

Sin embargo, estos fallos siembran la duda acerca de cuál es el alcance que tiene el artículo 1006 C.Co. en lo que hace al ejercicio *iure proprio* o *iure hereditatis* de las acciones que se derivan de la muerte del pasajero, pues es claro que la norma no está siendo aplicada en su tenor literal, sino que, al contrario, al admitir la acumulación de estas pretensiones en el sentido en el que hemos señalado, lo que está haciendo es desconocerla. No de otro modo se explica que la Corte se vea en la necesidad de aclarar con tanta vehemencia que esa acumulación de pretensiones no desconoce ninguna norma procesal o sustancial, tal y como lo hizo en el fallo del 18 de octubre de 2005.

Por esta razón consideramos que el artículo 1006 C.Co. no está siendo aplicado tal y como este lo dispone en lo que a la acumulación de pretensiones se refiere, sino que al contrario, la práctica jurisprudencial, en aplicación del artículo 82 CPC, ha permitido la acumulación subjetiva de pretensiones.

88 Las pretensiones de la demanda en este caso se impetraron así: "Tercera: Declarar que los demandados, son *solidariamente responsables* por *culpa civil contractual*, como consecuencia del incumplimiento, o falla en el cumplimiento, o en la prestación, en razón de negligencia, y/o impericia, y/o imprudencia, y/o falta de vigilancia, en el desarrollo y ejecución del Contrato o contratos a que refiero en los numerales anteriores; de las *lesiones y fallecimiento* del señor Carlos Eduardo Sanabria Medina, este último, ocurrido el día 5 de Junio de 1982, en esta ciudad como fruto de los hechos que empezaron a causarse el día 6 de octubre de 1981, o en fecha que se determinará en los hechos. Como pretensiones subsidiarias solicitaron que se profiriera el que a continuación se indica: (...) Declarar que los demandados son *solidariamente responsables* de *culpa civil extracontractual*, como consecuencia de sus actuaciones desarrolladas en la persona de Carlos Eduardo Sanabria Medina, y cuyo fruto son las lesiones y posterior fallecimiento del mismo. Como consecuencia de la declaración anterior, *condenar* a la parte demandada a pagar en forma solidaria y a favor de mis poderdantes [los herederos], la *indemnización* correspondiente por los *daños y perjuicios materiales y morales* [sufridos por estos]".

De esta manera, podemos afirmar que la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia ha reencaminado la forma en que deben ejercitarse las acciones que corresponden a los herederos *iure proprio* e *iure hereditatis*, entendiendo, correctamente, que cuando se está ante una acumulación subjetiva de pretensiones por un evento generador de responsabilidad civil no hay una hipótesis de cúmulo de responsabilidades.

En términos generales podemos sostener, a manera de conclusión, que en la práctica el contenido del artículo 1006 C.Co. ha tenido poca importancia, ya que por una parte no ha implicado una significativa proliferación de demandas y sentencias que pretendan y reconozcan, respectivamente, el daño extrapatrimonial contractual, sino que extrañamente a partir de su vigencia se percibe una palmaria escasez. Y por otra parte, el inciso primero de la norma no ha tenido ninguna aplicación, en los fallos de los que tenemos conocimiento, ya que la Corte ha preferido insistir en la admisibilidad de la acumulación subjetiva de pretensiones.

Sin embargo, resulta importante matizar la conclusión anterior, aclarando que aunque en la práctica la influencia del artículo 1006 C.Co. no es intensa, teóricamente el inciso segundo de la norma ha permitido zanjar definitivamente la discusión en torno a la procedencia de la reparación contractual del daño a la persona, lo cual implica un avance importante de nuestro legislador, que ha sido acompañado e intensificado por nuestra jurisprudencia y doctrina, en un deseo por superar las objeciones injustificadas que antaño se opusieron para garantizar, en la órbita de la responsabilidad contractual, la reparación integral de los acreedores víctimas de un daño.