

Carlos Alberto  
**Chinchilla Imbett**

Mauro  
**Grondona**

Editores

# Incumplimiento y sistema de remedios contractuales

Fernando Alarcón Rojas

Alberto Maria Benedetti

José Félix Chamie

Carlos Alberto Chinchilla Imbett

Andrea D'Angelo

Matteo Dellacasa

Mauro Grondona

Aída Patricia Hernández Silva

Jorge Herrera M.

Milagros Koteich Khatib

Margarita Morales Huertas

Pablo Moreno Cruz

Martha Lucía Neme Villarreal

Fabrizio Piraino

Paula Natalia Robles Bacca

Javier M. Rodríguez Olmos

Vincenzo Roppo

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

CARLOS ALBERTO  
CHINCHILLA IMBETT

MAURO  
GRONDONA

Editores

# INCUMPLIMIENTO Y SISTEMA DE REMEDIOS CONTRACTUALES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

*Incumplimiento y sistema de remedios contractuales / Aída Patricia Hernández Silva [y otros] ; Carlos Alberto Chinchilla Imbett, Mario Grondona (editores).* -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.

770 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905595

1. Responsabilidad contractual – Colombia 2. Responsabilidad civil – Colombia 3. Incumplimiento de contrato -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Derecho civil -- Colombia I. Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, editor II. Grondona, Mauro, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

346 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

febrero de 2021

ISBN 978-958-790-559-5

© 2021, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT Y MAURO GRONDONA (EDITORES)

© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2021

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MILAGROS KOTEICH KHATIB\*

*Indemnización de perjuicios contractuales:  
nuevos daños, nuevas formas de reparación*

Sumario: 1. Introducción. 2. Las transformaciones del contrato como fuente de responsabilidad. 3. Tipología del daño extrapatrimonial. 4. La ‘lesión a derechos’ como nueva categoría indemnizable frente al incumplimiento contractual. 5. Una decisión pendiente del ordenamiento jurídico. 6. ‘Reparación’ de la lesión a derechos. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho ha cambiado en materia de indemnización de perjuicios contractuales desde la promulgación del Código Civil en el siglo XIX. Para la época, se entendió que, debido a que el contrato tutelaba únicamente derechos de carácter relativo (de crédito o patrimoniales), las consecuencias derivadas de su incumplimiento debían tener necesariamente esa misma naturaleza, es decir, naturaleza patrimonial o económica. Otro tipo de consecuencias, como las extrapatrimoniales, solo podían ser atendidas por la responsabilidad aquiliana, en la medida en que ellas eran consideradas *imprevisibles* en el mundo contractual; por lo que eran tenidas como normalmente no indemnizables. Pues bien, a la fecha, ya no es cierto ni lo uno ni lo otro.

## 2. LAS TRANSFORMACIONES DEL CONTRATO COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

En efecto, ya no es cierto que el contrato tutele únicamente derechos de carácter relativo, esto es, que sea incapaz de tutelar derechos de carácter absoluto, como la vida, la integridad psicofísica o el honor (a); ni es cierto tampoco que las únicas consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento sean las de carácter patrimonial o económico (b)<sup>1</sup>.

(a) En cuanto a lo primero, se tiene que, gracias al ingreso de la llamada “obligación de seguridad” en el mundo contractual, el contrato hoy es, ciertamente, capaz de proteger o tutelar no solo derechos de carácter relativo o patrimonial, sino también derechos o intereses de carácter absoluto o personal;

---

\* Profesora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

1 “El único pronunciamiento que en todo ese tiempo llegó a una conclusión diferente fue el de 6 de julio de 1955, que condenó a un mandante al pago de los perjuicios morales que ocasionó a su abogado, por haber incumplido el contrato de mandato (*G. J. LXXX* p. 658)”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 5 de agosto de 2014, exp. SC10297-2014, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

lo cual, en Colombia, se previó normativamente por primera vez en el año de 1971 con la promulgación del Código de Comercio, por medio de la previsión de la norma contenida en su artículo 982 (y ss.), que regula las obligaciones a cargo del transportador terrestre de personas, entre las que se señala la de conducir *sano y salvo* al pasajero a su destino. Con ello, la norma quiso significar que dentro de dicha promesa contractual se encuentra la prestación consistente en amparar la vida, la integridad psicofísica y la salud del pasajero; incumplido lo cual, se habrá *incumplido el contrato*, y no simplemente –como antes lo entendíamos– el deber genérico de abstención consistente en no causar daños injustificados a terceros –propio de la responsabilidad extracontractual–. Lo anterior, con las importantes consecuencias que ello comporta, pues, si decimos que en estos casos la acción es contractual, tenemos que, una vez fenecida esta por prescripción –por el breve término de prescripción que la caracteriza–, no podrá incoarse por parte del pasajero la acción aquiliana<sup>2</sup>, por grave que haya sido su lesión.

En conclusión, desde 1971, podemos decir que la obligación contractual del transportador ya no se limita a, por decirlo de algún modo, conducir al pasajero de un punto geográfico a otro, sino que *debe* hacerlo –y ya no solo por imperativo aquiliano– preservando su integridad psicofísica, su salud y su vida; en modo tal que, si con ocasión de la ejecución del contrato se le causa daño a uno de esos derechos, la acción de perjuicios respectiva *no podrá ser* sino contractual (valga anotar que, cosa distinta ocurre, naturalmente, si quienes demandan son los herederos o familiares del pasajero por los daños que ellos personalmente sufren en virtud de la muerte o lesiones de este último, pues ellos no hacen parte del contrato, de manera que no cuentan con la acción contractual, sino únicamente con la extracontractual).

b) En cuanto a lo segundo, consistente en que el incumplimiento del contrato solo puede producir consecuencias de carácter patrimonial o económico, tenemos que fue el artículo 1.006 también del Código de Comercio (recientemente derogado por el Código General del Proceso –aunque no en el aspecto que aquí nos interesa–) el que por primera vez –por lo menos a nivel normativo– dijo, sin ambages, que en sede de responsabilidad contractual es indemnizable también el ‘daño moral’ (el cual debe leerse hoy, más ampliamente, como ‘daño extrapatrimonial’).

---

2 Términos de prescripción: en el caso concreto es de dos años, tal como lo dispone el artículo 993 del Código de Comercio, y no de 10, como sucede en sede extracontractual.

Como puede advertirse, entonces, todos los cambios de los que hemos hablado fueron introducidos por la legislación mercantil –no por la civil–; lo cual se entiende si se considera la época de promulgación de ambos cuerpos normativos. Para 1971, fecha de promulgación del Código de Comercio vigente, mucha agua había corrido ya en nuestra materia desde la promulgación de nuestro código civil decimonónico, lo que ciertamente le permitió al codificador mercantil prever las innovaciones normativas que venimos de señalar.

Para el Código Civil colombiano, aún hoy, los únicos daños indemnizables son el daño emergente y el lucro cesante; en un todo conforme con la filosofía ‘patrimonialista’ –que no personalista– que distingue no solo a nuestro código civil, sino a todos los códigos civiles de su tiempo. Puede decirse que el daño extrapatrimonial o personal es, pues, desconocido para nuestro código.

Es solo gracias a la jurisprudencia que, paulatinamente, esta lógica cambiará, para permitir, en sede civil, la indemnización de algo más que el daño emergente y el lucro cesante.

Para comenzar, fue ella, la jurisprudencia, quien primero afirmó, en contravía de la letra del Código Civil, lo que a la postre consagraría el artículo 982 del Código de Comercio, antes citado: que el contrato *sí* es capaz de tutelar derechos de carácter absoluto. Y también fue ella la que aceptó por primera vez la reparación del daño extrapatrimonial o inmaterial, no solo en materia contractual, sino, más en general, en el mundo del derecho de daños.

### 3. TIPOLOGÍA DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Dentro de la tipología o clasificación de dicho daño, el turno fue primero, como es natural, para el daño moral o *pretium doloris*; para dar paso luego a muchos otros rubros, de los cuales, algunos se encuentran hoy aún entre nosotros, mientras que otros gozaron apenas de una vida efímera.

Como es bien sabido, la primera ocasión en que se indemnizó en Colombia el daño extrapatrimonial, en su categoría más prístina, el *pretium doloris*, fue en 1922 en el seno de la Casación Civil con el famoso caso Villaveces contra el Municipio de Bogotá; y lo propio ocurriría más tarde en el ámbito contractual.

Luego, en el año de 1993, ahora en el seno del Consejo de Estado, se reconocería en Colombia el segundo tipo de daño extrapatrimonial, esto es, el llamado ‘daño a la vida de relación’, que más tarde, en el 2008, sería también recibido por la jurisdicción ordinaria (Casación Civil), y virtualmente abandonado por la jurisprudencia administrativa (año 2014).

Más tarde, puede observarse que proliferaron los rubros de daño extrapatrimonial, lo que introdujo gran anarquía en la materia; razón por la cual, en el año 2014, la jurisprudencia de unificación se vio precisada a intervenir para introducir cierto orden por medio de una nueva sistematización del perjuicio inmaterial.

En efecto, el Consejo de Estado, mediante ocho sentencias de unificación jurisprudencial de fecha 28 de agosto de 2014<sup>[3]</sup>, estableció que los daños extrapatrimoniales indemnizables en la jurisdicción contencioso-administrativa serían solo tres, a saber: el daño moral, el daño a la salud y el daño extrapatrimonial proveniente de la afectación relevante a bienes constitucional o convencionalmente tutelados (esta última constituye una categoría residual frente al daño a la salud, en el sentido de que, indemnizado este, no puede pedirse indemnización por el mismo motivo por medio de esta tercera categoría). Y ese sigue siendo, al menos hasta hoy, el panorama en la materia en dicha jurisdicción.

En cuanto a la jurisdicción ordinaria, la Casación Civil, en fecha 5 de agosto de ese mismo año (2014), dispuso que fueran también tres las categorías de daño extrapatrimonial indemnizable, aunque no exactamente las mismas del Consejo de Estado: el daño moral –categoría que comparte entonces con la jurisdicción contenciosa–, el daño a la vida de relación –rubro nacido en la jurisdicción contenciosa, pero donde hoy ya no se indemniza– y el daño a bien jurídico constitucionalmente tutelado.

#### 4. LA ‘LESIÓN A DERECHOS’ COMO NUEVA CATEGORÍA INDEMNIZABLE FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Nos detendremos de manera particular –en virtud de la especial importancia que tiene para la materia que nos ocupa– en el último rubro mencionado, esto es, en el daño a bien jurídico constitucionalmente tutelado, no sin antes resaltar que, primero, se trata hoy de un daño común tanto a la jurisdicción ordinaria como a la jurisdicción administrativa, y, segundo, que –en el caso de la jurisdicción ordinaria– su reconocimiento se dio, *por primera vez, en el*

---

3 Sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, Sección 3.ª, 28 de agosto de 2014, exp. 26.251, C. P. Jaime Orlando Santofimio; exp. 32.988, C. P. Ramiro Pazos; exp. 27.709, C. P. Carlos Zambrano; exp. 31.172, C. P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; exp. 36.149, C. P. Hernán Andrade; exp. 28.804, C. P. Stella Conto Díaz; exp. 31.170, C. P. Enrique Gil Botero; exp. 28.832, C. P. Danilo Rojas.

*marco de una controversia contractual*, y no en una extracontractual, como ha sido lo usual.

Esto último, dicho sea de paso, deja bastante claro que, si bien en principio los daños inmateriales o personales se admitían únicamente en materia extracontractual, hoy en día no cabe duda acerca de que *todo* cuanto se predique para la materia aquiliana es igualmente aplicable o procedente en materia contractual; al margen de que en esta última sede pueda ser en ocasiones más difícil su prueba<sup>4</sup> –lo cual, no prejuzga, en absoluto, sobre su procedencia–.

El caso en cuestión, por medio del cual la Casación Civil en el año 2014 reconoció el tercero de nuestros rubros extrapatrimoniales, es decir, el “daño a bien jurídico constitucionalmente tutelado”, fue el de una pareja que promovió proceso ordinario contra un determinado banco para que se lo declarara civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mutuo que habían celebrado, en virtud de haber abusado de su posición dominante al haber procedido a reversar unilateralmente el alivio al que por ley tenían derecho, afectar su integridad psíquica al someterlos a constantes cobros injustificados, y, particularmente, por el hecho de haberlos reportado de manera arbitraria a las centrales de riesgo. Los demandantes rechazaban los cobros que les hacía el banco, aduciendo que este no podía variar a su antojo las condiciones iniciales del crédito.

Pues bien, la sentencia de primera instancia (del año 2007) negó las pretensiones de la demanda<sup>5</sup>, lo cual fue confirmado por la alzada (en 2010) la cual agregó que *aunque estaba demostrado que la demandada incumplió sus obligaciones contractuales* al reversar el alivio que se había aplicado al crédito

---

4 En este sentido, encontramos sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 7 de abril de 1994, exp. 9367, M. P. Daniel Suárez Hernández: “Por último, en relación con los perjuicios morales, se revocará la condena impuesta por el *a quo*, por cuanto si bien es cierto que la Sala admita la posibilidad de que la pérdida de un bien material cause un perjuicio moral, tal perjuicio no se presume, debe ser real y quedar plenamente acreditado y justificado dentro del proceso; prueba que se echa de menos en el plenario, razón por la cual se negará la indemnización por este concepto”. En el mismo sentido, sentencias de la misma Corporación de fecha 19 de abril de 1994, exp. 7096, M. P. Juan de Dios Montes Hernández; 30 de marzo de 1995, exp. 10019, M. P. Daniel Suárez Hernández; 27 de julio de 1995, exp. 10714, M. P. Juan de Dios Montes Hernández; 2 de julio de 1998, exp. 11166, M. P. Juan de Dios Montes Hernández; 23 de mayo de 2012, exp. 21269, M. P. Enrique Gil Botero.

5 Con sustento en que la reversión del alivio estuvo legalmente justificada y no hubo, por tanto, incumplimiento por parte de la demandada.

sin el consentimiento de los deudores y, también, *al reportarlos como morosos en las centrales de información (sin serlo), no existía prueba de los perjuicios que tal proceder les pudo haber generado.*

En cuanto a esto último, la *lesión al buen nombre*, una vez llega el proceso a casación, la Alta Corte<sup>6</sup>, en cambio –si se quiere, de manera revolucionaria–, sostuvo:

[E]l daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que *no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.*

Y continúa:

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: *i)* mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); *ii)* como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, *iii)* como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

Pues bien, contrario a lo que afirma la Casación Civil, la realidad es que *sí existen dudas en la doctrina y en la ciencia jurídica en general* acerca de la necesidad –o la posibilidad siquiera– de reparar la ‘simple’ lesión a derechos; que de ‘simple’, en realidad, tiene poco. Con ‘simple’ nos referimos a que se trataría de una lesión, de un daño considerado en sí mismo, y no *a partir de sus consecuencias*, es decir, no sería un ‘perjuicio’ como tradicionalmente lo hemos entendido.

A este respecto, la sentencia en cuestión señala: “[L]a vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado *no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio,*

---

6 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 5 de agosto de 2014, exp. SC10297-2014, M. P. Ariel Salazar Ramírez, antes citada.

*la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto*<sup>77</sup> (cursivas fuera de texto), que eran –valga recordarlo– los tres tipos de daño que hasta entonces había conocido esta corporación.

Y continúa diciendo:

En cuanto al menoscabo del derecho al buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la *violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia*. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque *el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de stirpe constitucional*.

## 5. UNA DECISIÓN PENDIENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Luego, entonces, no hay margen de duda de que para la Casación Civil las cosas en materia del daño y su reparación han cambiado profundamente, si se tiene en cuenta que la lógica tradicional, esa que rodea a nuestro código civil decimonónico –y a todos los de su época, se insiste–, es aquella consistente en que la responsabilidad civil o patrimonial indemniza solo perjuicios, y no *simples daños*, es decir, solo consecuencias perniciosas, y no daños o lesiones a derechos.

A este respecto, creemos que la Corte ha entendido que las nuevas realidades –y particularmente la realidad constitucional– imponen un cambio de ruta en nuestra materia, pues no de otra manera podrá protegerse a la persona humana en el campo de la responsabilidad civil, o del derecho privado en general. Continuar con la lógica que distingue entre el daño y el perjuicio, para decir que solo el último es indemnizable, es tanto como *confinar* a la persona humana, y la lesión a sus derechos fundamentales (que puede no producir las típicas ‘consecuencias’ dañosas que conocemos) al campo del derecho público, y concretamente al campo del derecho penal, como ha sido la tradición.

---

77 Y agrega: “[P]or el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación [...]. El objeto de la tutela judicial efectiva civil en este específico evento es el derecho fundamental al buen nombre en sí mismo considerado, y no la afectación de otros bienes jurídicos tales como el patrimonio, la integridad psíquica o moral, o la vida de relación del sujeto [...]”.

Ello sería, en efecto, una opción, una decisión de política legislativa; pero lo que es necesario tener claro es que, si la decisión es otra, si la decisión de la sociedad es la de brindarles a esos derechos no solo una tuición de tipo público (consistente en sancionar al ofensor), sino también una de carácter privado (consistente en indemnizar a la víctima), debe necesariamente renunciarse a esa lógica acerca del daño y el perjuicio que nos ha acompañado durante tanto tiempo.

Es decir, si mi pretensión es la de darle tutela civil, privada (y no simplemente pública) a la *lesión* de estos derechos personalísimos, fundamentales, debo saber que ello impone modificar, subvertir, ciertos postulados tradicionales y fuertemente arraigados de la responsabilidad civil o patrimonial. Si decido, en cambio, mantener el *statu quo* de la cuestión –para seguir indemnizando únicamente las lesiones *en función de sus consecuencias*–, deberé hacer las cuentas con esa corriente de pensamiento –a la que adherimos– que afirma que es absolutamente desproporcionado exigirle, por ejemplo, a una persona que ha padecido una amputación que, para ser indemnizada, pruebe que *algo* ha sufrido por ello (alguna *consecuencia*)<sup>8</sup>. En dicha hipótesis, nos preguntamos, ¿no debería bastar con la prueba de la lesión misma para dar por acreditado un daño indemnizable? ¿Sería legítimo negarle reparación a la víctima porque esta no alegó, no probó o no pretendió daño moral, o alguno de los otros daños del tipo *consecuencia* reconocidos por la jurisprudencia?

En definitiva, lo que nos preguntamos es si sería conforme con la ética de la responsabilidad que el juez exija, para que sea procedente la reparación, que dicha violación, que dicha lesión, a más de existir, produzca alguna consecuencia ulterior. La violación, pasible de reparación, existe con independencia de sus posibles y apenas eventuales consecuencias –como tradicionalmente las hemos entendido–.

La discusión, pues, está servida; y, como se ha dicho antes, la sociedad tendrá que realizar su elección.

---

8 El problema ‘relacional’ al que alude el daño a la vida de relación, sin duda lo tiene en cuenta la categoría del daño a la salud, pero ello no constituye su esencia, al punto de que este puede existir sin aquel.

6. ‘REPARACIÓN’ DE LA LESIÓN A DERECHOS  
 –QUE NO ES, DE SUYO, SUSCEPTIBLE DE SER  
 VALORADA DE MANERA OBJETIVA–

En el caso de continuar por la senda trazada por las altas cortes en 2014, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia (Casación Civil), de indemnizar no solo consecuencias sino incluso lesiones, seguiría preguntarse *cómo deberán valorarse y liquidarse las ‘simples’ lesiones a dichos derechos personalísimos o fundamentales*.

Hay que decir que, actualmente, en este punto se apartan la jurisprudencia civil y la contenciosa administrativa, pues, mientras que el Consejo de Estado sostiene, primero, que dichas lesiones deben indemnizarse de manera preferente con medidas distintas de la indemnización pecuniaria, por ejemplo, con medidas satisfactorias consistentes en pedir disculpas públicas o realizar conmemoraciones u homenajes<sup>9</sup>, y segundo que, solo cuando estas medidas no sean suficientes o eficientes para dejar indemne a la víctima, podrá indemnizarse pecuniariamente hasta por un máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; la Casación Civil, en cambio, sostiene que tal valoración y liquidación debe prescindir de baremos o reglas preestablecidas.

Más exactamente, sobre el punto, la Casación Civil dice lo que sigue:

No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al hacer la correspondiente estimación.

En cuanto al daño al buen nombre, es preciso admitir, en los términos del derecho comparado actual, que la esfera reservada de la persona se valora con base en criterios extrínsecos, con prescindencia de la consideración subjetiva que cada quien tenga sobre su propio honor, intimidad o imagen. Estos parámetros externos se encuentran demarcados por la trascendencia que el ordenamiento jurídico les concede a los bienes esencialmente personalísimos, los cuales gozan de un superior privilegio por cuanto se encuentran expresamente consagrados en la Constitución Política como garantías fundamentales.

---

9 O como imponer la realización de un monumento o de una placa (medidas simbólicas y de memoria).

Junto con la pauta anterior, deben valorarse las circunstancias particulares de cada caso, pues son ellas, precisamente, las que permiten a la jurisprudencia adaptar los criterios objetivos a las situaciones concretas de cada realidad; y en tal sentido se hace necesario tener en cuenta las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento<sup>10</sup>.

Pues bien, frente a la posición de la Casación, nos preguntamos, ¿de qué manera la ausencia o la proscripción de pautas o de reglas generales en esta materia garantizaría mejor la concreción de la igualdad material, que constituye objetivo de la justicia y de la equidad concretamente, si, en ese caso, el juicio lo hará, sin límites entonces, *cada juez* con su propia escala de valores? Porque una cosa es confiar en el juez y otra desconocer que –allí donde no haya parámetro alguno– el juez, valoradas las circunstancias del caso, decidirá según su propia formación y sus propias convicciones.

Por lo anterior, preferimos particularmente la solución que brinda el Consejo de Estado, pues no se ve cómo, con base en las solas particularidades del caso –a las que alude la Casación Civil–, pueda llegarse mejor a la liquidación de esta clase de perjuicio, si estamos hablando de valores (o de guarismos –si se quiere–) que no podríamos ‘descubrir’ con base en la argumentación jurídica, por rigurosa que esta sea. Dicha argumentación tendría que servirme, en cualquier caso, para moverme y oscilar, entre las pautas mínimas y máximas que establezca la jurisprudencia, o incluso, eventualmente, la ley.

De modo que, al menos, una guía en esta materia –a la manera de los topes que ha establecido el Consejo de Estado– luce deseable. Y, si la crítica frente a dicha pautas o baremos es que ellos son arbitrarios, no tendríamos aquí nada que replicar, en la medida en que, en efecto, en todo baremo habrá siempre, inexorablemente, algo de arbitrario (por lo que, de paso, ello no constituiría un ‘vicio’ del sistema –judicial–, sino, en cualquier caso, de la naturaleza misma de

---

10 En el caso en cuestión de 2014, esto fue lo que se decidió: “A partir de todos esos lineamientos, se logra constatar que el daño sufrido por los demandantes corresponde al menoscabo de un derecho superior; que el perjuicio se prolongó por más de cuatro años; que se trata de personas con estudios universitarios cuyo desenvolvimiento profesional y social depende, en gran parte, de su buen nombre; y que mantenían frecuentes relaciones comerciales con entidades crediticias y establecimientos de comercio, ante los cuales su reputación financiera sufrió un grave deterioro. / Todo ello conlleva a concluir que el mencionado daño debe ser tasado en la suma de \$20.000.000 para cada uno de los pretensores”.

las cosas); sin embargo, creemos que el juicio de cada juez –particularmente si es comparado con el de los demás– *no lo será menos* (ni siquiera por un poco).

Lo anterior, en relación con la cuantía del perjuicio; pero no olvidemos que, en el marco de la jurisdicción administrativa, solo podemos pasar a esas cuantías monetarias cuando las medidas de reparación no pecuniarias resulten inidóneas a fin de reparar a la víctima en el caso concreto. De manera que, a este respecto, nos preguntamos: ¿ese tipo de medidas podrían aplicarse en el marco de la jurisdicción ordinaria, es decir, podrían ser impuestas a un particular en beneficio de otro particular? La respuesta en este caso debe ser negativa, si se atiende a las exigencias que impone la dignidad de la persona humana en el sentido de que no podría ser forzada a cumplirlas<sup>11</sup>.

En cualquier caso, la verdad es que en este punto ni siquiera se encuentra comprobada la ‘bondad’ –diríamos– de esa clase de medidas. En este sentido, resulta llamativo cuanto afirman quienes han sido sus beneficiarios. Por ejemplo, frente a la medida de pedir disculpas públicas, en la jurisprudencia administrativa se encuentra el siguiente testimonio: “lamentamos no poder decir que es un hecho plenamente satisfactorio por no ser un acto que surge de la voluntad o del corazón, sino que hace parte de una orden judicial [...] y para nosotros todavía existen muchas preguntas sin respuestas”<sup>12</sup>.

Adicionalmente, se encuentra documentado que en ocasiones estos actos, antes que para reparar a las víctimas, se aprovechan, lastimosamente, para “justificar los hechos o para reducir la responsabilidad”<sup>13</sup>.

De manera que, para no llegar a resultados indeseables y sin duda desafortunados, creemos que en la imposición de tales medidas deben establecerse unos ‘mínimos’, es decir, la jurisprudencia debe conminar o invitar “a la concertación de la medida con las víctimas (en cuanto a fecha, lugar, participantes

---

11 Tal como lo sostenían MAZEAUD, H. y TUNC, A. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (t. III, vol. 1), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pp. 500-501.

12 Palabras de la familia de Jesús Daniel Gil, Mosquera (muerto por ejecución extrajudicial a manos del Ejército), en el acto de disculpas públicas impuesto por sentencia del 26 de octubre de 2012 por parte del Tribunal Administrativo de Santander. Tomado de la *Guía para la implementación de medidas de reparación*, The Swedish Foundation for Human Rights y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Bogotá, 2017, p. 12.

13 Tomado de la *Guía para la implementación de medidas de reparación*, The Swedish Foundation for Human Rights y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Bogotá, 2017, p. 17.

y mínimos de ejecución de la medida), con el ánimo de evitar experiencias unilaterales que en nada enaltecen a los beneficiarios/as de la acción”<sup>14-15-16</sup>.

Como corolario último, entonces, puede decirse que nuestro derecho de daños se encuentra actualmente en diálogo con la Constitución<sup>17</sup>; sinergia de la que ha surgido el imperativo de propender a una mejor y más amplia protección de la persona humana en el marco de la responsabilidad civil o patrimonial (contractual y extracontractual); labor que, ciertamente, podemos absolver con ventaja en la medida en que en nuestro medio no existen limitantes legales en relación con la determinación de lo que debe indemnizarse, ni tampoco respecto de cómo debe llevarse ello a cabo<sup>18</sup>. No se desconoce, en cualquier caso, que el principal reto será el de sistematizar la materia, pues, por atender a lo particular –a las categorías–, se corre el riesgo de que perdamos la visión del conjunto.

---

14 Tomado de la *Guía para la implementación de medidas de reparación*, The Swedish Foundation for Human Rights y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Bogotá, 2017, p. 15.

15 Tal como lo han hecho, por ejemplo, las siguientes sentencias: “Igualmente, la sala dispondrá que se consulte a la víctima, para que, si así lo dispone y como medida de satisfacción, se ordene a la Fiscalía General de la Nación la rectificación de las informaciones”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 17 de septiembre de 2018, exp. 44.923, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; 5 de diciembre de 2016, exp. 39.831, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; y del 17 de noviembre de 2016, exp. 38.256, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; del 14 de febrero de 2018, exp. 56447, M. P. Danilo Rojas: “El contenido de las notas de prensa deberá ser concertado con los familiares de las víctimas, a través de su apoderado, quien además deberá ser informado previamente, al menos con dos semanas de anticipación, de la fecha y el medio informativo en que se realizarán dichas publicaciones, cuyo costo deberá ser asumido por el Ejército Nacional”.

16 “En el caso de Nohemí Pacheco, por ejemplo, su familia manifestó que se sentían agredidos al ser invitados a un acto de perdón que se realizaría dentro del Batallón La Popa, y en un salón llamado ‘Salón de Guerra’, pues ellos hubieran preferido que se realizara en la comunidad y con la asistencia de todos sus integrantes”. Tomado de la *Guía para la implementación de medidas de reparación*, The Swedish Foundation for Human Rights y el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Bogotá, 2017, p. 16.

17 Aunque ya Hermogeniano decía: “como todo derecho tenga pues su causa en el hombre” (D. 1, 5, 2: “cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit”).

18 En este sentido, GIL BOTERO, E. *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Temis, 2014, p. 23.

## BIBLIOGRAFÍA

GIL BOTERO, E. *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Temis, 2014, p. 23.

MAZEAUD, H. y TUNC, A. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. III, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

The Swedish Foundation for Human Rights y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. *Guía para la implementación de medidas de reparación*, Bogotá, 2017.

## SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014, exp. SC10297-2014, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 26.251, C. P. Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, C. P. Ramiro Pazos.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 27.709, C. P. Carlos Zambrano.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 31.172, C. P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 36.149, C. P. Hernán Andrade.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 28.804, C. P. Stella Conto Díaz.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 31.170, C. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 28.832, C. P. Danilo Rojas.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de abril de 1994, exp. 9367, C. P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de abril de 1994, exp. 7096, C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1995, exp. 10019, C. P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10714, C. P. Juan de Dios Montes Hernández, sentencia del 27 de julio de 1995

Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 11.166, C. P. Juan de Dios Montes Hernández, sentencia del 2 de julio de 1998, tomo 375.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de mayo de 2012, exp. 21269, C. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de septiembre de 2018, exp. 44.923, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 39.831, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de noviembre de 2016, exp. 38.256, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de febrero de 2018, exp. 56447, C. P. Danilo Rojas.

**Carlos Alberto Chinchilla Imbett**

Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Génova. Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

**Mauro Grondona**

Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Pisa. Profesor Ordinario de la Universidad de Génova, Italia.

La inejecución del contrato constituye aquel evento incierto que acaece luego de la celebración del contrato, evento que deberá ser combatido por las partes con el fin de proteger los intereses inmersos en la relación negocial. De hecho, el sistema jurídico predispone de un conjunto de tutelas, acciones o derechos dirigidos a garantizar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de su expectativa y ofrece remedios que buscan la corrección en caso de malfuncionamiento del contrato, todo con el fin de permitir el restablecimiento del sinalagma y la tutela de los intereses de las partes.

El presente libro contiene un conjunto de reflexiones en torno al incumplimiento, cuya construcción se hace de forma armónica y sistemática, de manera que se explique y analice el sistema de nociones que circundan la problemática de la inejecución del contrato, así como los aspectos más relevantes de los remedios que disponen las partes para lograr su tutela frente al incumplimiento, basados en la doctrina civilista más relevante y el análisis crítico de la jurisprudencia que se ha ocupado de dichos temas.

La obra inicia con una introducción en la que se tratan los problemas y las perspectivas en materia remedial. Posteriormente los temas están organizados en cuatro partes. La primera desarrolla los aspectos relativos a la ejecución y la inejecución del contrato; la segunda, los remedios que tienen como finalidad la conservación del contrato; la tercera, los remedios que buscan la terminación del vínculo contractual; y, finalmente, algunos instrumentos que consiguen el restablecimiento del vínculo luego de aplicado el remedio y la protección de la parte afectada por el incumplimiento.

Este libro constituye un insumo importante para la doctrina civil, elaborado por profesores de las universidades de Génova, Pavia y Palermo y por profesores de la Universidad Externado de Colombia, lo cual no solo representa una manera de repensar el sistema remedial, sino una muestra del trabajo fraterno y conjunto de las doctrinas italiana y colombiana, ambas preocupadas por cumplir con la labor de elaborar soluciones razonables, equilibradas y pragmáticamente eficaces en materia contractual, de manera que se cumpla con la finalidad del derecho de ser una ciencia práctica que busca lo justo y lo bueno.

