

EL TRATAMIENTO Y LA APLICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO COMPRENDIDO
ENTRE EL AÑO 2007 - 2011

SILVIA PATRICIA CACERES RONDON
MONICA VIVIANA DIAZ GONZALEZ

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2011

EL TRATAMIENTO Y LA APLICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO COMPRENDIDO
ENTRE EL AÑO 2007 - 2011

SILVIA PATRICIA CACERES RONDON
MONICA VIVIANA DIAZ GONZALEZ

Monografía de grado presentada para optar el título de
Abogado

Director
HECTOR ELIAS HERNANDEZ VELASCO
Profesor Escuela de Derecho y Ciencia Política

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA

2011

DEDICATORIA

A Dios, por otorgarme la sabiduría y el conocimiento para emprender cada actividad en mi vida.

A mis padres, son mis pilares y mi ejemplo a seguir. A ellos por la confianza que han depositado en mí y por su incansable apoyo.

A mis hermanos, consejeros y compañeros, que a diario me comprenden y me apoyan en la lucha por mis sueños.

A las demás personas, especiales en mi vida, que en todo momento han estado guiando mi camino y apoyándome en los momentos difíciles.

Infinidad de gratitud.

Silvia Patricia

A Dios, mi amado Padre Celestial, por su inmensa misericordia y amor para conmigo. Quien me dio la fe, la fortaleza y la esperanza para terminar este trabajo.

A mis queridos Padres y Hermanos, por su amor, ánimo y apoyo incondicional, que recibí de ellos durante todo este periodo.

A mi Iglesia Centro Cristiano de las Asambleas de Dios, quienes aprecio, quiero y agradezco, ya que junto con mi familia, los hemos aprendido a amar y querer.

Amigos y demás, mil gracias.

Mónica Viviana

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	14
1.1 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL	17
1.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	21
1.3 EL DAÑO	23
1.3.1 Tipología del Daño.....	26
2. DAÑO MORAL.....	34
2.1 REFERENCIAS HISTÓRICAS DEL DAÑO MORAL.....	34
3. ANALISIS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	44
3.1 TITULARIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN	46
3.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL	47
3.2.1 Criterios de Tasación de los Perjuicios Extrapatrimoniales.....	54
3.3 DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	57
4. ANALISIS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	67
4.1. CRITERIOS DE LIQUIDACIÓN	67
4.2 PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL	70
4.3 TIPOLOGÍA DE LESIONES.....	71
5. APLICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA	74

CONCLUSIONES88
BIBLIOGRAFIA.....91
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS94

RESUMEN

TÍTULO

EL TRATAMIENTO Y LA APLICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 2007 – 2011*

ÁUTORES

CACERES Rondon Silvia Patricia

DIAZ Gonzalez Monica Viviana **

PALABRAS CLAVES

RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL, DAÑO MORAL, REPARACION, PERJUICIO.

DESCRIPCIÓN

El daño es el fundamento primordial de la función resarcitoria. Y, siguiendo la doctrina, el derecho colombiano ha optado por dividirlo en dos campos a saber, tales como, los daños patrimoniales y los perjuicios extrapatrimoniales, clasificación realizada desde los efectos económicos que se predicen de uno, y, otro, sobre el patrimonio interno de la víctima.

El tema del daño moral es uno de los más relevantes en el campo de la protección de la persona, por tanto, aparece cuando se lesionan los llamados derechos de la personalidad.

El presente trabajo apunta a desarrollar la aplicación de la figura del daño moral en Colombia, con especial acento en la evolución jurisprudencial del mismo. Todo ello con el objeto de identificar el tratamiento que existe en nuestros tribunales a tal figura, con el fin de enfrentarlo con las visiones doctrinales que se distinguen al respecto. En efecto, en nuestro sistema jurídico, no existen dispositivos legales para la tasación de los perjuicios, por tal razón, la doctrina y la jurisprudencia han ido creando las pautas que se deben atender en la fijación de la reparación dineraria del daño moral.

El perjuicio moral es reconocido tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado. Sin embargo, se presentan algunos matices de desarrollos diferentes entre una y otra jurisdicción.

En relación al estudio de esta figura jurídica en la jurisprudencia del Tribunal de Bucaramanga, ha sido estático y poco novedoso, en materia de reconocimiento de daño moral en los diversos casos de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

* Proyecto de Grado

**Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: HERNÁNDEZ Velasco Hector Elias.

SUMMARY

TITLE

TREATMENT AND APPLICATION OF MORAL DAMAGES IN CONTRACT AND EXTRA CONTRACTUAL LIABILITY IN CIVIL JURISPRUDENCE OF THE CIVIL ROOM OF THE SUPERIOR COURT JUDICIAL DISTRICT OF BUCARAMANGA IN PERIOD 2007 - 2011*

AUTHORS

CACERES Rondón Silvia Patricia
DIAZ González Mónica Viviana**

KEY WORDS

LIABILITY, CONTRACT, EXTRACONTRACT, MORAL DAMAGE, REPAIR, DAMAGE.

DESCRIPTION

The damage is the primary base for repairing function. And, following the doctrine, the Colombian law has chosen to divide it into two camps, such as property damage and pecuniary damages, classification made from the economic effects that are predicated of one, and another, on the inner pecuniary of the victim.

The issue of moral damage is one of the most important in the field of protection of the individual; therefore, it appears when the injured person's rights are violated.

This work aims to develop the application of the figure of moral damage in Colombia, with special emphasis on developments in jurisprudential growing of the same. All this in order to identify the treatment that exists in our courts to such a figure, in order to cope with the doctrinal views which differ in this respect. Indeed, in our legal system, there are no legal provisions for the assessment of damages, for that reason, doctrine and jurisprudence have been creating the standards that must be met in setting monetary compensation for moral damages.

The moral damage is recognized in both the Supreme Court and the Council of State. However, there are some nuances of different developments between the two jurisdictions. In relation to this legal study in the Court of Bucaramanga, it has been static and not very novel, on the recognition of moral damage in the various cases of liability, both contractual and extracontract.

* Work Degree

**Faculty of Human Sciences.School of Right and Political Science.Directress: Héctor Elías Hernández Velasco.

INTRODUCCION

Uno de los elementos esenciales para que se configure la responsabilidad civil, es el daño causado, por tanto, no se puede hablar de este tipo de responsabilidad si no se acredita que se ha generado un perjuicio, un detrimento a la víctima, ya sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Pues sin duda alguna, la función principal de la responsabilidad civil es la de reparar el daño generado por la conducta omisiva o activa de un individuo, ya que su importancia radica en lograr el restablecimiento de la víctima, buscando transportar al perjudicado a una situación análoga a aquella en que se habría encontrado si el daño no hubiese tenido lugar, razón suficiente para mencionar que solo este hecho puede presentarse en el caso de los daños materiales, porque la víctima nunca podrá encontrarse en igual circunstancia. Y es ese daño en su carácter inmaterial el que interesa a nuestro estudio.

Debido a la trascendencia que ha adquirido la persona como titular de derechos no sólo subjetivos patrimoniales sino también de carácter extrapatrimonial, es que se ha venido a profundizar sobre la importancia de los atributos propios de la personalidad, derechos inherentes al ser humano, los cuales permiten afirmar su individualidad y desarrollar sus actividades de índole familiar, social y cultural. Por tal razón, son reconocidos por el ordenamiento jurídico como derechos de la personalidad y merecen la total protección del Estado.

En este sentido, tales derechos pueden verse vulnerados, tarea que le corresponde valorar y verificar al juzgador en los casos referentes al incumplimiento contractual o, en otros, a la falta del deber de prudencia y diligencia. Porque en últimas, la suerte de la víctima debe ser una misma, el reconocimiento y posterior resarcimiento del daño, cualquiera que sea la causa del

perjuicio, esto es, un delito penal, un delito o cuasi-delito civil, una falla del servicio o un incumplimiento contractual, y cualquiera que sea el juez que deba definir el proceso civil, penal o administrativo. Y es precisamente en este punto donde se ubica gran parte de la complejidad del tema que nos convoca.

De esta manera, cuando se afectan estos derechos propios de la persona, surge un nuevo concepto que ha sido difícil de definir, probar y reparar, dada su complejidad y subjetividad, el cual es conocido como daño moral, que hace referencia a aquellos que *“son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”*¹. Conceptualización que se ha desarrollado poco a poco por parte de la jurisprudencia, tanto en su delimitación como en su cuantificación.

A lo largo del presente trabajo, se desarrollará como elemento introductorio un breve recorrido sobre las generalidades que existen respecto de la institución de la Responsabilidad Civil, esto a fin de ilustrar a quien, quizá sin referencia alguna, aborde la lectura de este escrito. Con el fin de delinear aquellos aspectos jurídicos sin los cuales el estudio carecería de todo soporte como lo son el concepto de la responsabilidad civil, la clasificación de ésta y los elementos estructurales para su configuración. En este último punto, se abordara el tema del daño y su tipología.

Seguidamente, se examinará la evolución histórica del daño moral como primer perjuicio extrapatrimonial reconocido, haciendo un recuento claro de su tratamiento y su reconocimiento en los diversos ordenamientos jurídicos.

Como se evidencia la necesidad de lograr una posición clara, amplia y coherente sobre la figura del daño moral, se planteará en el presente estudio, una investigación con el fin de mostrar cómo ha sido el tratamiento y la aplicación que

¹ En relación a este punto encontramos varias obras entre ellas a BREBBIA. Roberto. El daño moral. Doctrina-Legislação y Jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1957; ZANNONI. Eduardo. El daño en la Responsabilidad Civil, El daño moral, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 1987.

la jurisprudencia colombiana ha dado a este tipo de daño. De esta forma, para trazar este itinerario jurídico nos focalizaremos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y finalmente en la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga, procurando mostrar un panorama comparado que ilustre los avances, límites y perspectivas del trayecto jurídico del daño moral y el análisis de su surgimiento en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, solucionando así, interrogantes planteados en nuestro país respecto del tema a investigar, tales como ¿Es indemnizable el daño moral?, ¿Qué criterio utiliza el juzgador para reconocer este tipo de daño?, ¿Es reparable el perjuicio moral en la responsabilidad contractual?, entre otros.

1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La teoría de las obligaciones hace parte del derecho civil y nos da cuenta de la trayectoria de las obligaciones desde su nacimiento hasta su extinción. La obligación, se concibe como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra². En este punto, haciendo referencia a las fuentes de las obligaciones, la que mayor interés tiene para nuestro estudio, es la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es fuente de obligaciones, cuando con motivo de un daño la víctima reclama su reparación, en virtud del máximo postulado del derecho, según el cual, quien cause daño a otro debe indemnizarlo. Es decir, que una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro³.

De una u otra manera cada persona ha adquirido una idea de responsabilidad independientemente de su conocimiento jurídico. Es la obligación de actuar de determinada manera. Sin embargo, jurídicamente este término se visualiza desde otro punto de vista, por tal razón, para el tratadista Tamayo Jaramillo *“la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos”*⁴.

² OSPINA. Fernández. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, 8 ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008, p. 20.

³ MAZEAUD. Henri y LEON. Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 7.

⁴ TAMAYO. Jaramillo. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, 2ed, T.I, Bogotá, Legis Editores S.A, 2007, p. 8.

En consecuencia, existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra⁵. Pues de forma general, la responsabilidad civil es definida como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de un hecho, acto o conducta.

En este sentido, la responsabilidad civil da cumplimiento a la idea de que todo riesgo debe tener un garante y todo daño un responsable, en razón a que acarrea una sanción que consiste en la obligación de reparar el daño causado, o como lo expresa De Cupis *“una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”*⁶.

Precisamente, es posible que el daño objeto de reparación derive de un hecho cualquiera, sin que medie ningún tipo de acuerdo de voluntades entre el civilmente responsable y la víctima, o, en caso contrario, emane del incumplimiento de un contrato. En efecto, como se verá oportunamente más adelante, la doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores dependiendo de su fuente de origen y los cuales se encuentran sometidos a un régimen jurídico diferente. En primer lugar, el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana y por otro lado, el de la responsabilidad contractual. En el presente trabajo, se analizan específicamente estas dos modalidades de la responsabilidad civil, dada la importancia que ostentan para nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe anotar, que la inmensa importancia que tiene la responsabilidad civil, ha sido una labor desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, debido a que los textos legales ofrecen una regulación muy pobre y poco fundamentada⁷ en este punto, no obstante, con base en ellos se han solucionado los problemas más complejos

⁵ PLANIOL. Marcel y RIPERT. Georges. Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Las obligaciones (Primera parte), T. VI, La Habana, Editorial Cultural S.A., 1936, p. 664.

⁶ DE CUPIS. Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, p. 82.

⁷ En este punto es importante señalar que la responsabilidad civil extracontractual ha sido regulada en nuestro Código Civil en 20 artículos, iniciando en el artículo 2341 y ss. Tal circunstancia, también acontece en el Código Civil Chileno, en el cual la regulación de este tipo de responsabilidad ha sido pobremente establecida en los artículos 2314 y ss.

que acontecen en la sociedad actual. Por tal razón, es posible manifestar que las bases de la responsabilidad civil han sido tarea de la época moderna.

En efecto, vale la pena resaltar que al estudiar el tema de la responsabilidad se encuentran dos grandes campos en los que se puede dividir ésta; la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica. En primer lugar, la responsabilidad moral se presenta al momento de violar o infringir las normas morales o religiosas y pertenece al fuero interno del individuo, ya que se fundamenta en un criterio eminentemente subjetivo⁸. Por tal razón, no afecta la vida en sociedad, puesto que no genera consecuencias jurídicas ni daña concretamente los bienes patrimoniales de un individuo.

Así, el autor colombiano Martínez Rave menciona que en este tipo de responsabilidad las consecuencias a las que se enfrenta una persona son de índole moral, subjetivista y por tanto, no trascienden su campo externo, generalmente surge cuando se violentan normas de conducta netamente morales⁹.

En relación a ello, puede decirse que la responsabilidad moral es un problema de conciencia, que se plantea en la esfera interna de cada persona, según la cual se generan juicios de valor en el individuo para indicarle si es o no responsable moralmente, lo anterior no tiene ningún tipo de efecto jurídico, ya que estos aspectos no se exteriorizan, razón suficiente para excluirse del dominio del derecho.

Por otra parte, se hace referencia a la responsabilidad jurídica, la cual tiene unos fundamentos totalmente diferentes, contrario a la responsabilidad moral, el

⁸TAMAYO. Lombana. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005, p, 22.

⁹MARTÍNEZ. Rave. Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 4 ed., Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1988, p, 11.

resultado de la acción u omisión de una persona es un perjuicio, el cual trasciende el ámbito externo de la vida en sociedad y vulnera las normas jurídicas. En este tipo de responsabilidad el autor del daño tiene la carga de reparar a la víctima del daño, ya sea a título de sanción o de indemnización. En razón, a que se encuentra estructurada por dos elementos objetivos: a) un acto externo (acción y omisión), y b) un perjuicio ocasionado a alguien¹⁰.

Ahora bien, la responsabilidad jurídica se puede clasificar a su turno en dos grupos: la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. La primera tiene origen en la violación o puesta en peligro intencional, culposa o preterintencional de un bien jurídico tutelado expresamente por la ley penal. Ella acarrea sanciones, cuya aplicación se persigue y hace efectiva a través de la acción punitiva que nace de todo delito; en cambio, la civil, emerge de la ocurrencia de un hecho dañino o de una omisión que le irroga un perjuicio a otro, ya sea por la violación de una obligación preexistente o por la ejecución de un hecho ilícito en el plano extracontractual, aparejando la obligación de reparar el daño a fin de restaurar el equilibrio roto¹¹.

En últimas, se puede señalar, que el fin de la responsabilidad civil es la reparación, mientras que la finalidad de la responsabilidad penal es la sanción.

1.1 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

En el ordenamiento jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil. Como se mencionó anteriormente, este tipo de responsabilidad puede clasificarse en responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, pues las mismas están reguladas de manera autónoma e

¹⁰TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 23.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 20 de Enero de 2009, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 170013103005 1993 00215 01.

independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son similares. En primera instancia, la responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido¹². Tal responsabilidad, se presenta en la medida en que exista un contrato y que el vínculo jurídico que genera esa responsabilidad surja de la relación contractual¹³. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil, es decir, que se presenta en el evento en el cual entre la víctima y el autor del daño no media ningún vínculo anterior, o que aun existiendo, el perjuicio que padece la víctima deviene de otra circunstancia, diferente a tal relación.

Así, con las dos ramas mencionadas, en las que se sustenta la tesis dualista¹⁴ de la responsabilidad civil, se busca hacer una distinción clara entre los efectos que produce el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, plasmada en el contrato, como ley para las partes y los que se originan como consecuencia de una conducta dolosa o culposa, plasmada en la ley.

La normatividad colombiana, regula en títulos distintos del mismo Código Civil, las consecuencias del incumplimiento contractual y las de los hechos jurídicos. En los artículos 1602 a 1617 se ocupa del efecto de las obligaciones y en los artículos 2341 a 2360 de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas, estipulando en

¹² TAMAYO. Lombana. Alberto. Ob. Cit., p. 28.

¹³ PEREZ. Vives. Álvaro. Teoría de las Obligaciones. Primera Parte, Vol. II, Bogotá, 1951, p. 238.

¹⁴ Existen teorías doctrinarias que plantean la unificación de una teoría de la responsabilidad civil, al considerar que se trata de una clasificación inaceptable como quiera que las dos responsabilidades comparten funciones y características básicas, y se orientan a un mismo objeto consistente en la reparación del dolo causado, sin importar mucho que este resulte o no de la inejecución de una obligación contractual. En nuestro país Guillermo Ospina Fernández defiende un régimen unificado de la responsabilidad civil en su obra Régimen General de la Obligaciones, 8 ed., Temis, Bogotá, 2008, p. 88 y ss. Tendencia que también ha sido acogida por Mazeaud y Tunc, quienes sostienen la idea de unir estos dos estudios.

cada tipología de responsabilidad las reglas que regulan la indemnización de los perjuicios causados.

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha desarrollado esta concepción dual de la responsabilidad civil, destacando la importancia que tiene esta diferenciación en la práctica judicial. Así ha establecido que el Código Civil destina el título 12 de su Libro IV a estudiar los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. Puesto que, estas diferentes esferas en que se mueve la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y el mecanismo probatorio.

En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre el particular señala que *“como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”*¹⁵. En relación a este precepto normativo, se puede señalar que constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, resaltando que un individuo a través de sus conductas puede causar un daño a otro, por tanto, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito a favor de la víctima, la cual tiene por objeto la reparación del daño causado.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 25 octubre de 1999, Exp. 5012.

En síntesis, la responsabilidad contractual, se configura entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es necesario tener presente que para que pueda prosperar una pretensión de tal naturaleza, se debe acreditar en el proceso los siguientes elementos a saber: 1) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; 2) un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; 3) una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (riesgo)¹⁶.

Por consiguiente, se impone la satisfacción de cada uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, ya que se presentan como condiciones que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comento, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció, como se verá a continuación.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 16 de Septiembre de 2011, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 19001-3103-003-2005-00058-01.

1.2 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Clásicamente se ha hablado de hecho, daño y nexo causal como elementos estructurales de la responsabilidad civil. Sin embargo, los hermanos Mazeaud sostuvieron que la culpa debía ser reconocida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil, en virtud del principio, según el cual no hay responsabilidad civil sin culpa¹⁷.

En primer término, al hablar del hecho como elemento estructural, se hace referencia a toda circunstancia o comportamiento humano que modifica el mundo exterior, el cual puede realizarse por el propio responsable (responsabilidad por el hecho propio) o por un tercero bajo la responsabilidad del civilmente responsable (responsabilidad de los padres de familia, guardadores, patronos, amos, profesores, entre otros). Conforme a ello, la responsabilidad puede generarse a título de acción cuando se realiza determinada conducta o a título de omisión cuando se deje de hacer una conducta o se deja de actuar de alguna manera para impedir un resultado (Artículo 25 Código Penal Colombiano). La omisión puede presentarse ante una obligación concreta, determinada contractualmente o puede ser una omisión puray simple basada en principios de solidaridad.

Por otra parte, se menciona el daño, elemento fundamental en todos los casos de responsabilidad civil. Toda vez que, el fin último de la responsabilidad civil es el de reparar, carecería de interés una acción de este género, en ausencia de perjuicio¹⁸. Sin embargo, nuestro Código Civil, no se refirió a la definición del daño, labor que ha correspondido desarrollar a la doctrina, por ello, Alessandri expresa que el daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias,

¹⁷MAZEAUD. Henry. LEON. Jean. Op. Cit., p, 91.

¹⁸TAMAYO. Lombana. Alberto. Ob. Cit., p, 53.

etc.¹⁹ Lo anterior será materia de amplias precisiones más adelante en este trabajo, por la importancia que ostenta para nuestra investigación.

Seguidamente, encontramos el nexo causal, el cual se puede definir como la relación de causalidad o vínculo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Así, *“se entiende por causalidad el nexo causal eficiente. Según el principio de la causalidad la causa produce su efecto”*²⁰. Siendo de esta forma, es necesario que el daño pueda atribuirse al hecho o a la culpa del responsable, de una persona subordinada al responsable o, en últimas de las cosas; razón suficiente para sostener que el vínculo causal debe demostrarse para que el individuo civilmente responsable esté en la obligación de reparar el perjuicio causado.

Finalmente, nos referimos a la culpa, un concepto inevitablemente vago que admite múltiples apreciaciones, sin embargo, podemos acogernos a una noción más realista sostenida por la doctrina, en donde presentan esta figura como un error o una falla de conducta, pues lo que se busca es tratar de comparar dos actitudes, de un lado aquella que tuvo el autor del perjuicio y de otro lado, aquella que hubiera debido tener. De lo anterior se colige, que se encuentra en culpa quien no se comportó como debería hacerlo²¹.

En síntesis, dos concepciones sirven de fundamento a la responsabilidad civil en la época moderna, por un lado, la culpa y por otro, el riesgo. De ello, resulta la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva²². La primera se basa esencialmente en la culpa, su fundamento se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de este tipo de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que

¹⁹ ALESSANDRI. Rodríguez. Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1987, p, 138.

²⁰ BRUGGER. Walter. Citado por TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 92.

²¹ FLOUR y AUBERT. Citados por TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 75.

²² TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 41.

ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del mismo. La segunda es una responsabilidad de resultado, sin presencia de culpa, su fundamento se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Por tal razón, se puede señalar que en esta responsabilidad solo basta con demostrar la realización de una acción o una omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el perjuicio generado. Así las cosas, puede mencionarse que la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, puesto que, en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido.

1.3 EL DAÑO

Conforme a lo mencionado, el daño o perjuicio constituye uno de los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil, por tanto, se concibe como el fundamento primordial de la obligación resarcitoria, el cual merece en este acápite un estudio amplio y detallado, con el fin de establecer su definición, sus características y su respectiva clasificación.

Bien es cierto que, la vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado. Por tal razón, es universalmente aceptado por el derecho el principio general según el cual, quien cause daño a otro está obligado a repararlo. Con base en ello, la responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios a cargo del autor del daño, consecuencia impuesta por el derecho, que desde sus épocas más antiguas ha sentido la necesidad de proteger a quien injustamente ha sido lesionado en sus intereses.

Respecto, a la definición del daño se puede decir que la misma ha experimentado con el devenir del tiempo una evolución, partiendo desde una noción materialista hasta alcanzar concepciones abstractas de contenido más espiritual. Igualmente, cabe anotar que detrás de cada ordenamiento jurídico, tanto antiguo como actual,

se reconocen y protegen los bienes jurídicos tutelados, valores que desde siempre el hombre ha querido custodiar, tales como la vida, la libertad, el patrimonio, la integridad, el honor, la dignidad, entre otros.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, no existe una definición legal de esta figura jurídica, toda vez que ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia elaborar un concepto y tratar de precisar su contenido y alcance. Así, atendiendo a un significado más sencillo, el daño es el menoscabo o la lesión que sufre una persona en los bienes vitales naturales, en la propiedad o en el patrimonio, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado²³.

Así las cosas, puede anotarse que el concepto de daño ha sido construido desde sus efectos, situación al parecer no es ajena a la doctrina. Por tal razón, se presenta como el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial²⁴. De lo anterior, puede concluirse que el daño es la aminoración material o inmaterial sufrida por la víctima.

Además, de ser un elemento que reclama la responsabilidad civil, el perjuicio se presenta como una exigencia legal. Esto se percibe de la lectura de los artículos 2341 y 2356²⁵ del Código Civil Colombiano, preceptos que se refieren a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, lo mismo que de las normas de los artículos 1610 y 1612²⁶ del mismo Código, relacionadas con la responsabilidad contractual.

²³ LARENZ. Karl. Derecho de Obligaciones, traducido por J. Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p, 193. Este autor presenta una definición de daño desde una perspectiva objetiva, catalogándolo como un supuesto de la responsabilidad.

²⁴ TAMAYO. Jaramillo. Javier. De la Responsabilidad Civil, T. 2, De los perjuicios y su indemnización, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p, 5

²⁵ Estipulan estas normas que *“El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”* (art. 2341). Y, *“por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta (...)”* (art. 2356).

²⁶ Por otra parte, los preceptos que regulan las acciones relativas al incumplimiento contractual, suponen la idea de que se ha ocasionado un daño o perjuicio.

Igualmente, se ha dicho que el daño debe ser directo, actual y cierto, condiciones tradicionales que deben caracterizar el perjuicio para darle un verdadero sentido.

Más que una característica, el hecho de que sea directo significa que debe presentarse como consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación, ya sea de índole contractual o extracontractual²⁷, pues se alude a la relación existente entre el autor del daño y el daño, donde este último debe ser imputado al presunto autor del mismo. Por otra parte, al afirmar que el perjuicio es actual, se quiere decir que debe existir en el momento de formular la demanda, es decir, que hay certeza de la ocurrencia del daño y por tanto, en principio no es indemnizable el perjuicio futuro. Sin embargo, este perjuicio no consolidado hace referencia a un daño que a futuro la víctima sufrirá y que consecuentemente es alegado por ella al momento de demandar, si es cierto puede ser reparable, de donde se sigue que el carácter esencial del perjuicio es la certeza.

Finalmente, el carácter cierto del daño, permite constatar la certeza de la existencia del mismo cuando se compruebe que produce o producirá una disminución o lesión patrimonial o extrapatrimonial a quien lo sufre, no pudiendo ser resarcible lo eventual, hipotético o posible.

En últimas, la verificación de estos requisitos anteriormente reseñados sirve como herramienta para que el Juzgador elabore un esquema adecuado para atender su reconocimiento al momento de dictar sentencia sobre el asunto sometido a su análisis, en razón a que el daño indemnizable debe tener fundamentos ciertos de apreciación.

Habiendo delimitado la definición y las condiciones del daño, veamos ahora como se clasifica el daño.

²⁷TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 55.

1.3.1 Tipología del Daño

Como quedo establecido, el daño, está constituido por todo menoscabo, detrimento o deterioro que se produzca en los intereses lícitos de la víctima, vinculados con elementos pertenecientes a su patrimonio, a los bienes de su personalidad o, a su órbita espiritual o afectiva. Con ello, queda claro que, el perjuicio puede lesionar no solamente el patrimonio de un individuo, sino que también puede afectar intereses extrapatrimoniales del mismo.

Ahora bien, tradicionalmente se ha dicho que el perjuicio puede ser material y moral. En Colombia, la doctrina y la jurisprudencia ha estipulado tal clasificación, en razón a ello, ha establecido dos categorías o divisiones con fundamento en los preceptos legales, por un lado, el daño material y por otro lado, el daño moral.

A saber, nuestro Código Civil se refiere en los artículos 1613 y 1614 a los perjuicios materiales, sin definirlos, pero los clasifica en daño emergente y en lucro cesante. No obstante, guarda silencio sobre los daños o perjuicios morales o extrapatrimoniales.

Los daños materiales hacen referencia a aquellos que afectan el interés patrimonial o económico de las personas, por tal razón, se conocen como perjuicios patrimoniales. A diferencia, de los daños morales, los cuales vulneran los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de opinar, entre otros²⁸. Por ello, se relacionan con aquellos daños que afectan los aspectos emocionales, psicológicos o afectivos de la persona. En fin, en los primeros se puede predicar una equivalencia económica y, los segundos, no se puede presentar este tipo de correlación pecuniaria.

²⁸TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 58.

Para entrar en detalle, puede señalarse que los daños materiales son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, por ello, modifican la situación pecuniaria del perjudicado. Tal como lo expresa Pérez Vives, es la disminución o pérdida del patrimonio de la víctima y la falta de utilidad o beneficio que sin el acto culposo habría reportado el perjudicado²⁹.

Frente a este tipo de daños, la doctrina ha realizado una subdivisión, por tanto, se observa la presencia de dos tipos de perjuicios: daño emergente y lucro cesante. Así las cosas, el señalado detrimento mencionado anteriormente corresponde técnicamente a la noción de daño emergente, el cual ha sido entendido como el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado³⁰, en sus valores actuales³¹, que se encuentra representado en un menor valor de los activos patrimoniales debido a la destrucción, el deterioro, el menoscabo o la inutilización de los bienes que lo conforman o, en otros casos por la realización de erogaciones o gastos con ocasión de un hecho ilícito.

En efecto, ha mencionado la jurisprudencia nacional que *“el daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad”*³². Es la pérdida que sufre la víctima bien por el incumplimiento de un contrato o por el daño que le ocasiono un hecho ilícito.

A modo de ejemplo, se puede señalar que en el caso de la muerte de una persona, el daño emergente se configura con los gastos efectuados para atender la enfermedad, tales como los gastos hospitalarios y los demás pagados por concepto de gastos funerarios.

²⁹PEREZ. Vives. Álvaro. Op. Cit., p, 406.

³⁰ MARTINEZ. Rave. Gilberto. Op. Cit., p, 232.

³¹ BUSTAMANTE. Alsina. Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9 ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 1997, p, 170.

³²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Septiembre de 1978, citada en la sentencia del 28 de Junio de 2000, Exp. 5348, en la cual se reiteró el mismo criterio.

Por otra parte, al hacer mención al lucro cesante, se concibe como una ganancia frustrada, en el entendido que existe cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresará en el patrimonio de la víctima³³. En este sentido, constituye una pérdida de esperanza, de ingreso, de utilidad o de crecimiento patrimonial. Por ejemplo, en el caso de daños a los bienes o cosas, el lucro cesante lo constituye la falta de servicio o de productividad³⁴.

En síntesis, en forma didáctica se trae a colación la diferencia entre estas dos categorías de daño material. En primer lugar, el daño emergente es la disminución o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio y, en segundo lugar, el lucro cesante es la privación de la legítima ganancia que le habría reportado el cumplimiento de la obligación³⁵.

Continuando con la clasificación inicial, ahora es pertinente estudiar el tema de los daños morales. La precisión exacta del contenido del daño moral es una cuestión que ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina, ya que nuestra legislación civil guardó silencio frente a este aspecto. Pese a ello, no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio. La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas romano-germánicos (España, Chile, Argentina, México, entre otros) es la de daño moral, siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral³⁶. En relación, a que la concepción de este tipo de perjuicio no debe circunscribirse a las consecuencias no económicas del perjuicio patrimonial, pues como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses patrimoniales se justifica por sí misma³⁷. Este es uno de los grandes avances que se ha gestado en la responsabilidad civil.

³³TAMAYO. Jaramillo. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, 2ed, T.II, Bogotá, Legis Editores S.A, 2007, p, 474.

³⁴MARTINEZ. Rave. Gilberto. Op. Cit., p, 233.

³⁵MEZA. Barros. Ramón. Citado por TAMAYO. Lombana. Alberto. Op. Cit., p, 64.

³⁶DOMINGUEZ. Hidalgo. Carmen. La Indemnización por Daño Moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 1, 1998. [Citado 30 de Septiembre de 2011; 20:00:00]. Disponible en Internet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2650080

³⁷Ibíd.

Por tal razón, al definir esta clase de daño, cabe anotar que no prestan ninguna utilidad aquellos conceptos que afirman la autonomía del perjuicio moral, definiéndolo de forma negativa, es decir, en contraposición del daño material, pues entienden que este tipo de daño esta constituido por todo lo que no es patrimonial³⁸.

Igualmente, encontramos la tesis que identifica el daño moral con el *pretium doloris*, lo anterior hace referencia, al dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso³⁹. Podemos señalar, que ésta es la concepción preponderante en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en los siguientes conceptos: “daño moral es *el dolor, la pesadumbre, la perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima*”⁴⁰ o “*el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, entre otros, que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece*”⁴¹.

Al respecto, sin desconocer las anteriores definiciones, las cuales se orientan a la sensibilidad ante el dolor que sufre el otro, en favor de la reparación de este tipo de daño. Sin embargo, tales concepciones no permiten explicar las indemnizaciones, que en concepto de daño moral se conceden ante la violación de derechos tan importantes como el honor, la intimidad personal o familiar, en

³⁸ Esta definición era planteada por De Cupis, para este autor “*el daño no patrimonial es en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial (...)*”. DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p, 124.

³⁹ ZANNONI. Eduardo. Op. Cit., p, 290. Para este autor el término daño moral es sinónimo de agravio moral, y por tal razón, lo utiliza indistintamente en su obra.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 20001-3103-005-2005-00406-01. Tal concepto ha sido sostenido en diferentes sentencias por tal Corporación, a modo de ejemplo el fallo del 13 de Mayo de 2008 y del 09 de Julio de 2010.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Mayo de 1999, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 4978.

general, de los atributos de la personalidad⁴². Es en este punto, donde la reparación del daño alcanza su mayor importancia, independientemente de las repercusiones psíquicas que produzcan en el perjudicado, toda vez que, es el menoscabo acreditado de tales atributos lo que genera derecho a exigir el resarcimiento de la víctima, en razón a que los perjuicios morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales⁴³.

Conforme a lo señalado, el perjuicio moral está circunscrito a la lesión de la esfera afectiva y sentimental de una persona, es decir, a la órbita subjetiva e interna de un individuo, por tanto, lo fundamental en este perjuicio es la lesión de un bien extrapatrimonial. Por consiguiente, siempre que se ocasione un daño a dichos intereses habrá lugar a exigir indemnización de perjuicios, a quien se encontraba obligado a respetarlos, sin importar si este proviene de un delito o culpa o de la simple inejecución de un contrato.

En relación, con el daño resarcible en el plano no patrimonial, la doctrina y la jurisprudencia ha establecido una clasificación, por un lado el daño moral objetivo y por otro, el daño moral subjetivo. El primero, incide sobre el patrimonio de un individuo ocasionando una lesión de orden pecuniario y, el segundo, consiste en el perjuicio de afección o en un dolor psíquico.

La anterior clasificación, ha sido establecida por nuestra Corte Suprema de Justicia desde el 23 de Abril de 1941, en tal oportunidad manifestó que en relación al daño moral hay dos géneros de perjuicios, de uno lado, los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable que pudieran llamarse

⁴² DOMINGUEZ. Hidalgo. Carmen. Op. Cit.

⁴³ VIELMA. Mendoza. Yoleida. Discusiones en torno a la Reparación del Daño Moral. Revista de filosofía práctica Universidad de Los Andes, N° 16, Junio, 2006. [Citado 26 de Septiembre de 2011; 14:00:00]. Disponible en Internet: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>

perjuicios morales objetivados; y de otro lado, los que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación⁴⁴.

No obstante, una postura más integral del perjuicio moral es la que incluye, además del menoscabo físico y espiritual, la privación de posibilidades existenciales reflejadas en la conducta cultural, social, estética, sensitiva, intelectual, mismas que deben ser resarcibles⁴⁵.

En este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia colombiana al referirse en un inicio a los perjuicios extrapatrimoniales solamente aludía a los morales, lo cierto es que, hoy por hoy, reconoce que de esa naturaleza participa el denominado daño fisiológico o daño a la vida de relación, aceptando que éste tiene una entidad jurídica propia y, por ende, no puede confundirse con otras clases de agravios que posean alcance y contenido disímil, ni subsumirse en ellos⁴⁶.

Un primer momento a reseñar, para el reconocimiento de este tipo de perjuicio se da por nuestra Corte Suprema de Justicia en el fallo del 4 de abril de 1968, en el cual mencionó el daño a la persona, definiéndolo como el desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto. Posteriormente, sea oportuno señalarlo, el Consejo de Estado puso de presente la existencia de un aspecto importante del perjuicio extrapatrimonial, refiriéndose a la indemnización del daño moral, tuvo en cuenta las incidencias traumáticas que en el campo afectivo lastimaron a la víctima, por

⁴⁴ NAVIA. Arroyo. Felipe. Del Daño moral al Daño Fisiológico ¿Una evolución real?, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38.

⁴⁵ CIENFUEGOS. Salgado. David. Interpretación Jurisprudencial de la Responsabilidad Civil por Daño Moral, México: Universidad Nacional Autónoma de México. [Citado 28 de Septiembre de 2011; 16:30:00]. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art1.pdf>

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 20 de Enero de 2009, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 170013103005 1993 00215 01.

razón del daño fisiológico a que hacía referencia⁴⁷. Tal concepción se consolidó con posterioridad, labor que correspondió a ésta Corporación, la cual expresamente admitió el perjuicio fisiológico, utilizando dicha denominación como sinónima del daño a la vida de relación, definiendo tal figura como, la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia de un individuo⁴⁸. Así las cosas, la jurisprudencia administrativa viene utilizando la expresión daño a la vida de relación, entendiendo que éste no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que en razón de aquella se producen en la vida de relación del afectado, de tal modo que modifica el comportamiento social de éste o altera de manera significativa sus posibilidades vitales⁴⁹.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia⁵⁰ al referirse a este tipo de daño, estableció sus características, puntualizando los siguientes aspectos, para determinar su identidad y autonomía de otros daños:

- a) Su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible.
- b) Se proyecta sobre la esfera externa del individuo.
- c) Se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar la víctima y que no son de contenido económico.
- d) Pueden originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad.
- e) Recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 14 de Febrero de 1992.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 06 de Mayo de 1993.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 28 de Septiembre de 2000, Exp. 11755.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 13 de Mayo de 2008, Exp. 1997 0932701.

- f) Es un daño autónomo reflejado en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona.

En conclusión, al presentar ésta apreciación, se busca hacer una distinción entre las dos clases de perjuicios extrapatrimoniales; de un lado el daño a la vida de relación y de otro lado, el daño moral. El primero se refleja en la esfera externa del individuo, es decir, tiene que ver con las afectaciones que inciden en forma negativa en su vida exterior, concretamente, alrededor de su actividad social no patrimonial, a diferencia del segundo, que recae sobre la parte afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, entre otros⁵¹.

Podemos entonces, resumir este primer capítulo diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño. Pues, en términos generales, la responsabilidad civil se traduce en la obligación que le asiste al causante del daño de asumir las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que éste produce, por su acto, evento o conducta. Aspecto importante para caracterizar la responsabilidad civil en dos perspectivas, de un lado la extracontractual y, de otro, la contractual. De todos modos, en últimas se busca el resarcimiento del daño, sea cual sea su origen, pues es claro que la víctima tiene el derecho de exigir la indemnización del perjuicio a quien lo causó. Punto esencial de análisis, debido a las dificultades y complejidades que se presentan respecto a la reparación del daño extrapatrimonial, como se verá seguidamente.

⁵¹ Ibíd. Tesis sostenida en posteriores sentencias, como en la de fecha 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

2. DAÑO MORAL

En relación con el daño moral, no como institución pero si como perjuicio, se ha observado como desde tiempos inmemorables ha planteado problemas éticos y jurídicos sobre su viabilidad y su reconocimiento judicial, como verdadero perjuicio que dé lugar a una indemnización de carácter pecuniario.

Antes de introducirnos en el tema, debe resaltarse que esta evolución histórica tiene plena relación con el tratamiento que tanto la doctrina, la jurisprudencia y la ley le han dado al daño moral a través del tiempo.

Por tal razón, vale la pena resumir las ideas y los preceptos de los referencias históricas más importantes del daño moral, que dieron los primeros pasos y aportaron los fundamentos esenciales para su reconocimiento, toda vez que son los pilares que afianzan las teorías modernas de la responsabilidad civil. Así las cosas, se mencionarán en este acápite los aspectos fundamentales sobre el estudio de esta clase de perjuicio, tal como se presenta a continuación:

2.1 REFERENCIAS HISTÓRICAS DEL DAÑO MORAL

Conocer la historia es un instrumento valioso para avanzar y crear, no solo para recordar, por lo cual tomaremos como punto de referencia los momentos históricos claves para el desarrollo y la regulación del daño moral en nuestro país. La evolución histórica de este tipo de daño ha tenido en las diferentes sociedades, una estrecha relación con la responsabilidad civil, ya que, con el avance de la vida moderna, se generan múltiples riesgos, tales como los miles de accidentes, hacen que se creen daños y perjuicios que el ser humano no está en la obligación de soportar, sino antes bien, le deben ser restablecidos. Por tal razón, el derecho civil en materia de responsabilidad, se ha basado en el principio según el cual quien

causa un daño a otro está en la obligación de repararlo⁵², con el objeto de conceder la mayor satisfacción posible a la persona por los perjuicios causados.

De ello resulta interesante mencionar, como antiguamente, la legislación se dirigía tan solo a resarcir los daños patrimoniales, punto importante para que con el transcurso del tiempo, el derecho evolucionara en materia de daños, admitiendo el reconocimiento de la reparación de los daños extrapatrimoniales. Pues bien es cierto, que este tipo de daños, no como institución pero si como perjuicios, han obtenido desde tiempos inmemorables el reconocimiento de las personas. Ya que, desde la antigüedad, el honor, la dignidad, la sangre y otros valores morales y éticos, eran más apreciados que la vida misma⁵³.

Precisamente frente a este aspecto, el Código Civil Colombiano, basado en el Código de Napoleón de 1804 (Derecho Francés), no menciona precepto legal alguno que reconozca y regule el daño moral, sin embargo, cabe anotar que el derecho francés antiguo no desconocía la reparación del daño moral, sino que, por el contrario, hizo una larga aplicación de este principio, a través de su jurisprudencia⁵⁴. Debido al vacío legal de estos códigos, se presentó una problemática respecto a la tesis de si era reparable o no este tipo de perjuicio en el campo de la responsabilidad contractual o extracontractual, labor que correspondió desarrollar a la doctrina y a la jurisprudencia.

Así las cosas, el reconocimiento de la reparación por daño moral ha tenido en el sistema francés, según la doctrina una evolución cronológica, desde aquellos que ignoraban simplemente el problema, hasta los que aceptan ampliamente la indemnización de daño moral, ya que esta última se presenta como la conclusión

⁵² El texto del Artículo 2356 del Código Civil Colombiano establece que *“por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*.

⁵³ GIRALDO. Gómez. Jorge Iván. El daño moral, Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1989.

⁵⁴ ORGAZ. Alfredo. El daño resarcible (Actos Ilícitos), 2 ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, p, 251, expresa, al referirse al Derecho Comparado, que el sistema que puede considerarse el más amplio es, ciertamente, el que resulta de la jurisprudencia francesa.

a la que por imperativos de equidad y reparación integral, debería llegarse en toda ésta evolución, aunque en materia de daño moral contractual, existen pocos sistemas que tímidamente lo han reconocido en algunos casos y por tanto, su desarrollo no se ha dado en toda su amplitud.

En un primer momento, algunos autores se limitaban tan solo a transcribir el artículo 1149 del Código Civil Francés⁵⁵ y a mencionar el daño emergente y el lucro cesante, sin tocar el problema de si el daño moral era indemnizable o no⁵⁶. Seguidamente, puede mencionarse que otros doctrinantes negaban rotundamente la indemnización del daño moral en materia contractual y solo la aceptaban respecto de las consecuencias pecuniarias que de él se pudieran tener, es decir, solo consideraban indemnizable el llamado daño moral con consecuencias pecuniarias, pues se basaban en la teoría de que los jueces poseen un poder discrecional para valorar el daño, pero que en materia de responsabilidad convencional no tiene validez, en razón a que el juzgador no tiene la facultad para dar por cierto el daño moral, sino que tan solo puede reconocer el perjuicio material derivado de la inejecución de un contrato⁵⁷. No obstante, en materia extracontractual se puede considerar el daño moral, al decir que se reconoce únicamente en las obligaciones que tienen como fuente un delito o cuasidelito, sin que tal daño implique un perjuicio pecuniario.

Respecto a lo anterior, el tratadista Louis Josserand, se pronunció indicando que los textos legales no realizan distinción alguna frente a la indemnización del daño moral en materia contractual y extracontractual, y que por tal razón, el acreedor podía ser lesionado tanto en su patrimonio como en sus sentimientos y afectos, dándole cabida al daño inmaterial en materia convencional⁵⁸.

⁵⁵El texto del artículo 1149 del Código Civil Francés establece que *"los daños e intereses debidos al acreedor tendrán su causa, en general, en la pérdida que hubiera sufrido y en la ganancia de la que hubiera sido privado"*.

⁵⁶ TOMASELLO. Hart. Leslie. El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p, 344 y ss. Este autor en su obra cita como defensores de esta tesis a Delvincourt, Durantón y Demolombe.

⁵⁷ HUC. Théophile. Citado por TOMASELLO. Hart. Leslie. Op. Cit., p, 345.

⁵⁸ JOSSERAND. Louis. Citado por TOMASELLO HART, Leslie. Op. Cit., p, 508 y ss.

Conforme a esta tesis y atendiendo las diversas sentencias de responsabilidad civil emitidas por la jurisprudencia francesa, encontramos, en términos generales, la posibilidad de obtener la resarcibilidad de los daños morales y materiales que pueda llegar a sufrir el acreedor⁵⁹. De esta manera, se logra una evolución en materia de indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual. Pues bien es cierto, como quedo atrás plasmado en un inicio se negó totalmente su reparación, posteriormente, se mostró dividida la doctrina frente a este punto y en últimas se logra la admisibilidad del resarcimiento en los casos en donde el incumplimiento afecte al acreedor.

En síntesis, es importante destacar que la jurisprudencia francesa aceptó sin mayor dificultad la indemnización del daño moral en material extracontractual, basándose en los amplios términos del Artículo 1382 del Código Civil⁶⁰, sin embargo, en el ámbito contractual se dio un lento proceso, conforme a los fundamentos planteados por la doctrina, para finalmente reconocer su reparación. Pues bien es cierto, que Francia ha sido uno de los países que más desarrollo ha tenido en lo que se refiere a la reparación de los bienes extrapatrimoniales. Puesto que, en la familia de derecho de origen romano germánico la regulación de la indemnización por daño moral no es idéntica, aunque en los mismos existe un principio general de resarcimiento para este tipo de daño.

En uno y en otro caso, la evolución de este tema ha sido semejante con la diferencia de que, en unos países, la noción de reparación del daño moral ha motivado una reforma legislativa, tal es el caso de Francia en donde ni el Código Civil ni las demás normas contenían estipulación alguna frente a la admisibilidad del daño resarcible, tarea que correspondió esencialmente a la jurisprudencia ante una doctrina, que desde un inicio se mostraba dividida⁶¹. Y en otros, a diferencia,

⁵⁹ PLANIOL y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, La Habana, Editorial Juan Buxd, 1927, p, 757.

⁶⁰ Ubicado en el Libro III (de las Diferentes Maneras como se Adquiere la Propiedad), Título IV (De las Obligaciones que se forman sin Convención), Capítulo II (De los Delitos y Cuasidelitos), expresa: *“Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño obliga a quien por cuya culpa ha ocurrido a repararlo”*.

⁶¹ DOMINGUEZ. Hidalgo. Carmen. Op. Cit.

esa reforma se ha considerado innecesaria ya que no admiten la resarcibilidad de este tipo de daño en materia contractual, como es el caso de Italia y Alemania, en los cuales las críticas doctrinarias van en aumento hasta el punto que toman un giro diferente.

En cuanto, al derecho italiano el problema del daño moral ha sido regulado por el legislador, dándole a éste una solución esencialmente de carácter negativo⁶². Así, esta legislación limita la protección de los bienes no patrimoniales a los casos contemplados únicamente por la ley, conforme lo plantea el artículo 2059⁶³.

Dentro de este ordenamiento jurídico, los casos que propenden por la reparación de los daños extrapatrimoniales, se reducen a los eventos en que el hecho generador del daño constituya un delito penal, tal como lo establece el artículo 185 del Código Penal Italiano⁶⁴. Lo anterior parecería indicar que la legislación italiana protege los intereses no patrimoniales, sin importar la materia que se trate (contractual o extracontractual) pero, como se quedó claro, el artículo 2059 establece que solo son indemnizables aquellos daños donde se presenta un delito penal. De esta forma, la única posibilidad de obtener la indemnización del daño no patrimonial en lo contractual sería cuando el hecho que constituye incumplimiento de la obligación sea a la vez delictivo, lo cual si bien puede darse es de muy poca ocurrencia.

Caso similar, se presenta en el derecho alemán, en donde las normas de responsabilidad permiten demandar la indemnización del daño extrapatrimonial, siempre y cuando éste provenga de un acto ilícito que haya lesionado un derecho de un individuo. En este sentido, como los daños morales causados por el incumplimiento de un contrato no cumplen con el requisito de provenir de un acto

⁶² VIELMA. Mendoza. Yoleida. Op. Cit.

⁶³ El texto del artículo 2059 del Código Civil Italiano dice que *"Todo delito conlleva la obligación de indemnizar, de acuerdo con las normas civiles. Todo delito que ocasione un daño no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable como a las personas que de acuerdo con las leyes civiles deben responder por el hecho de éste"*.

⁶⁴ COLAGROSSO. Enrico. Citado por TOMASELLO. Hart. Leslie. Op. Cit., p, 383.

ilícito, se ha entendido siempre que quedarían fuera de esta normatividad. Pues el mismo Código, en lo que se refiere al régimen indemnizatorio, no posibilita la reparación de los daños no patrimoniales, conforme lo reza el artículo 249⁶⁵; tanto a lo que se refiere a la reposición natural, como a la indemnización en dinero.

Respecto de la primera, porque ella será imposible y, en cuanto a la segunda, porque la ley establece una regla restrictiva en el sentido de que los daños no patrimoniales solo son indemnizables en dinero en los casos por ella señalados⁶⁶, entre los cuales no contempla el que pueda ser consecuencia de una violación contractual⁶⁷. Por lo que, la única forma de llegar a obtener una indemnización por daño moral contractual, sería, dentro de esta legislación, la estipulación de una cláusula penal⁶⁸.

Sobre este punto, es importante señalar, que en el resto de los ordenamientos jurídicos, si bien pueden encontrarse legislaciones donde el resarcimiento del daño moral contractual posee una consagración legal como es el caso de Argentina⁶⁹ o México⁷⁰, lo normal es que no exista estipulación alguna que lo regule expresamente, y su reconocimiento se encuentre condicionado a la opinión de la jurisprudencia y la doctrina. Por ello, es relevante destacar que el daño moral en la responsabilidad extracontractual ha seguido una misma evolución en

⁶⁵ El texto del artículo 249 del Código Civil Alemán estipula que *"Quien está obligado a realizar una indemnización de daños ha de reponer el estado en que habría existido si la circunstancia que le hace responsable de la indemnización no hubiera ocurrido. Si la indemnización que se exige es por dañar a una persona o a una cosa, el acreedor puede exigir, en vez de la restitución, la suma de dinero necesaria para la restitución"*.

⁶⁶ El texto del artículo 253 del Código Civil Alemán dice que *"Por un daño que no sea un daño patrimonial la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como establece la ley"*.

⁶⁷ TOMASELLO. Hart. Leslie. Op. Cit., p. 335 y ss.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ El texto del artículo 1078 del Código Civil Argentino establece que *"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"*.

⁷⁰ El texto del artículo 1916 del Código Civil Mexicano dice que *"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual"*.

los diversos países, lo que no sucede respecto de la esfera contractual, donde las respuestas ofrecidas por las diversas normatividades no son semejantes⁷¹.

En efecto, en cuanto a la reparación del daño moral contractual, se puede decir que su reconocimiento e indemnización ha correspondido a entidades similares, al mismo perjuicio que se ha causado en la esfera extracontractual, como se ha destacado en el derecho francés, donde el estudio de la indemnización del daño moral se ha realizado partiendo de las decisiones judiciales en sus distintos tribunales⁷²; tanto de los fallos publicados por la Corte de Casación como los Tribunales Inferiores de Francia. Con ello, se infiere, que la reparación del daño moral debe garantizarse no solo en los casos de responsabilidad extracontractual, sino también en la responsabilidad contractual; contribuyendo así, al afianzamiento de los pilares de las teorías modernas de la responsabilidad civil y permitiendo un reconocimiento más amplio del daño moral.

En últimas, Francia ha adquirido el primer rango entre los países civilizados en lo que se refiere a la tutela de los bienes extrapatrimoniales⁷³. Y es este mismo, el que sirve de fundamento para nuestro país.

Siguiendo este criterio, al referirnos al Derecho Colombiano, encontramos que no constituyó excepción alguna al desconocimiento del daño moral como institución con entidad propia, siendo negado también en numerosas ocasiones por la jurisprudencia y hasta por la misma doctrina. Por tal razón, es conveniente hacer un recuento histórico sobre el daño moral en Colombia, con el fin de determinar claramente su evolución y la forma en que se ha venido reconociendo en los diversos casos de responsabilidad civil.

⁷¹ DOMINGUEZ. Hidalgo. Carmen. Op. Cit.

⁷² BREBBIA Roberto. Citado por TOMASELLO. Hart. Leslie. Op. Cit., p, 361.

⁷³ ORGAZ. Alfredo. Op. Cit., p, 251, expresa, al referirse al Derecho Comparado, que el sistema que puede considerarse el más amplio es, ciertamente, el que resulta de la jurisprudencia francesa.

Para ello, es necesario precisar que tanto en materia de responsabilidad extracontractual como contractual, nuestra legislación civil guarda silencio respecto a los perjuicios extrapatrimoniales. En efecto, el Código Civil Colombiano reglamenta en sus artículos 1613 a 1617 la indemnización de perjuicios, lo cual permite suponer en primer lugar, que sólo son relevantes para nuestra legislación los perjuicios patrimoniales y, en segundo lugar, que no establecen pero tampoco prohíben la reparación del perjuicio extrapatrimonial, pues en ningún momento encontramos en este ordenamiento jurídico un precepto que deniegue la indemnización que nos ocupa, dejando en manos de la jurisprudencia y la doctrina esta labor.

En este punto, encontramos al tratadista Álvaro Pérez Vives, quien se ha pronunciado a favor de la indemnización del daño moral contractual manifestando que *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (Artículos 1613 y 1614 Código Civil Colombiano). También comprende la reparación del daño material y del perjuicio moral, aunque nuestra Corte se ha ya mostrado reacia a decretar, por culpa contractual, la indemnización de los perjuicios morales. Posición insostenible, puesto que el principio imperante es que todo daño que se cause como consecuencia directa del incumplimiento debe resarcirse. Y no hay duda que si el daño moral es el resultado de la culpa del deudor, este daño es directo, debe repararse, porque nada obsta a la previsibilidad del perjuicio su carácter de moral”*⁷⁴, reconociendo de este modo, que existen casos en que se debe indemnizar a la persona por el daño moral causado dentro de una obligación contractual adquirida que no ha sido cumplida, pues, no existe disposición legal que lo prohíba.

Por otra parte, el papel de la jurisprudencia colombiana, ha sido definitivo en la determinación y en el desarrollo del perjuicio extrapatrimonial en material

⁷⁴ PEREZ. Vives. Álvaro. Teoría de las Obligaciones, Parte Primera (De las Fuentes de las Obligaciones: continuación), 2 ed., Vol. II, Bogotá, Editorial Temis, 1954, p, 29 y ss.

extracontractual, no ocurriendo lo mismo en el campo contractual; pese a este, poco avance, encontramos consagrado por parte de la Corte Suprema de Justicia, que el daño moral en materia contractual no es indemnizable, toda vez que la Corte se ha limitado a negarle al contratante incumplido, la posibilidad de demandar la indemnización de dicho perjuicio causado por el incumplimiento, aun cuando estos hubieren sido debidamente probados dentro del proceso, considerando que son exclusivos de la responsabilidad extracontractual⁷⁵.

De esta forma, la Corte desconoce el derecho que tiene toda persona de ser plenamente indemnizada por el incumplimiento de un contrato, del cual se le causo un daño de tal naturaleza. En este punto, cabe anotar que el Código Civil no excluye la indemnización del daño moral contractual, ya que el artículo 1615 señala que *“se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora”*, consagrando el alcance de la obligación indemnizatoria en materia extracontractual, como también lo hace en los artículos 2341, el cual señala: *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”* y 2356, que dice: *“todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Sin embargo, en estos artículos, se muestra un vacío legislativo que regule el tema de los perjuicios extrapatrimoniales.

A modo de conclusión, podemos decir que el daño moral es un concepto de reciente elaboración, acuñado y admitido como una prolongación lógica de la tutela a la persona conferida en el Derecho Civil, y por ello, nuestro derecho parece avanzar en esa tesis al haber reconocimiento totalmente el resarcimiento del daño moral en el campo de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, subsiste la labor de avanzar en la esfera contractual, en virtud de la

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial. Tomo XCI. Bogotá. p.481. Citada por GONZALEZ. Puyana. María y SALAZAR. Vallejo. Carolina. El daño moral. Trabajo de grado para optar el título de Abogado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1990, p, 82.

unificación del principio resarcitorio del daño extrapatrimonial que se impone por razones de justicia y equidad.

A partir del estudio de la evolución histórica del daño moral, vemos necesario exponer de modo más detallado su desarrollo jurisprudencial tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, teniendo presente la juventud de su reconocimiento como perjuicio indemnizable y, la necesidad en cuanto a lograr una unificación clara y coherente sobre este tipo de daño. Motivo por el cual, se analizarán seguidamente, los aspectos fundamentales que se requieren para abordar el estudio del daño moral, tales como su naturaleza, sus efectos, los criterios para obtener su reconocimiento, entre otros.

3. ANALISIS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En el acápite anterior, se resaltó la gran complejidad en materia del daño moral, respecto a establecer un criterio que permita calcular el monto de su reparación. Por tal razón, se pretende realizar un estudio jurisprudencial de las sentencias de Casación dictadas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el periodo comprendido entre los años 2007-2011 que abarcan el tema en estudio. Para iniciar, es necesario resaltar que se referenciarán algunas sentencias anteriores, debido a la relevancia e importancia que ostentan para este trabajo investigativo.

La evolución del daño moral en la Corte Suprema de Justicia, ha pasado por diferentes etapas, las cuales pueden abordarse desde un punto de vista cronológico. En un primer momento, se da un pronunciamiento sobre esta materia en el año 1922, mediante la sentencia del 21 de Julio⁷⁶, el cual se complementa con el fallo del 22 de agosto de 1924⁷⁷. En ellos se afirmó, clara y tajantemente, que el daño resarcible no era solo el daño patrimonial sino que también las ofensas al honor, a la dignidad personal y los dolores y molestias injustamente causadas a la víctima. En otras palabras, a la luz de estos dos fallos, todo tipo de daño extrapatrimonial es, por sí mismo, indemnizable.

En primer lugar, se trae a colación el fallo emitido en 1922, ya que su importancia radica entre otras cosas, porque pretendía la indemnización de los perjuicios derivados de la negligencia del municipio de Bogotá, quien a través de sus empleados, exhumó los restos de la esposa del actor y los depositó en una fosa

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 21 de Julio de 1922, M.P.: Tancredo Nannetti., Gaceta Judicial, Tomo XXIX No. 1515. p. 22. Citada por VELASQUEZ. Posada. Obdulio. Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia, Bogotá: Universidad de la Sabana. [Citado 13 de Septiembre de 2011; 9:00:00]. Disponible en Internet:

http://www.alegis.com/documentosoffice/civil_seguros/ITINERARIO_MORAL_COLOMBIA_O_bdulioVelasquez.pdf

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 22 de Agosto de 1924 M.P.: Tancredo Nannetti. Gaceta judicial T XXI. p. 82. Citada por VELAZQUEZ. Posada. Obdulio. Op. Cit.

común, argumentando que teniendo en cuenta el sufrimiento que había padecido el señor Villaveces no se habían demostrado perjuicios patrimoniales derivados de la lesión sufrida, razón por la cual el daño no era indemnizable. El demandante inconforme con lo proferido en dicha sentencia, interpuso recurso de casación, alegando la violación de los artículos 1494⁷⁸, 2341, y 2356 del Código Civil Colombiano, los cuales enuncian que todos los perjuicios debían ser reparados, no solo los de contenido patrimonial. Atendiendo a este planteamiento, la Corte finalmente otorga la razón al actor, condenando al municipio de Bogotá a pagar al señor Villa veces los perjuicios materiales y morales sufridos por la indebida extracción de los restos de su esposa, en razón a que el artículo 2356 del Código Civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su reconocimiento únicamente al daño patrimonial, es decir, en lo que se relaciona con el derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que este derecho es solo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana. Pues, tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infringiéndole una ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente⁷⁹.

Con este fallo, se reconocen por primera vez los daños morales, los cuales deben ser protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, garantizando el principio general según el cual, toda persona no sólo es sujeto de derechos patrimoniales, sino que también posee otros derechos de tanta importancia como los económicos. Lo anterior, dio paso a una evolución jurídica en el ámbito de la resarcibilidad del daño moral que conlleva a la fijación y a la determinación de los criterios utilizados para la reparación de dicho daño en Colombia, con el fin de señalar el desarrollo

⁷⁸ El texto legal establece que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*.

⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 21 de Julio de 1922, M.P.: Dr. Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, Tomo XXIX No. 1515, p. 220. Citado por VELAZQUEZ. Posada. Obdulio. Op. Cit.

jurisprudencial sobre este tipo de daño, como se pretende reseñar oportunamente en este capítulo.

3.1 TITULARIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN

Por regla general todo aquel que soporte un perjuicio ya sea en su patrimonio o en su persona, derivado de un hecho injusto o ilícito, tiene derecho a ser indemnizado. Haciendo referencia a los perjuicios morales se puede decir que aquel que ha sufrido un daño de este tipo, tiene derecho a ser reparado. En el entendido de que este perjuicio, puede causarse a uno o varios titulares de intereses, los cuales poseen el derecho legítimo de obtener el resarcimiento de su afectación, conforme lo garantiza el ordenamiento jurídico⁸⁰. Pues parece sencillo, determinar que nuestra legislación al determinar el titular de la acción de reparación del daño en primer lugar, ubica a la víctima y, en segundo, si aquel fallece, a los herederos de la misma.

Sin embargo, al ubicarnos en el tema, vemos como nuestra jurisprudencia en materia del reconocimiento de este tipo de daño no solo lo garantiza a quien sufre el daño en sí mismo, directamente, sino que lo extiende a todos aquellos que se ven afectados por el padecimiento de esa persona; por tal razón, también deberán ser indemnizados en proporción al sufrimiento por ellos padecidos. Toda vez que una persona está legitimada para reclamar la reparación no solo de su propio daño, sino también del ocasionado a otro, a modo de ejemplo, en los casos de la muerte de la víctima, donde los herederos adquieren legitimación para pretender la indemnización inherente al quebranto de sus derechos⁸¹.

En este punto, es importante mencionar que las acciones en cabeza de los titulares de indemnización son distintas, así como también lo son sus derechos

⁸⁰GIRALDO. Gómez. Jorge Iván. Op. Cit.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 09 de Julio de 2010, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-035-1999-02191-01.

quebrantados y la finalidad resarcitoria de los daños sufridos; en el primer caso, el heredero ejerce la acción transmitida por causa de muerte, y en el segundo, la propia, *iure proprio* respecto de su daño, y el detrimento recae sobre intereses de diversos titulares, cuyo contenido y extensión, atañe al menoscabo recibido por cada cual. Así lo tiene establecido ésta Corporación, al decir que cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del daño por ella sufrido, mediante el ejercicio de la acción hereditaria, transmitida por el causante. Junto a esta acción, se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños⁸².

Como se trata de la resarcibilidad de perjuicios diferentes, estamos en presencia de acciones diversas. En primer lugar, se encuentra la de los causahabientes a título universal de la víctima, los cuales se presentan a nombre del *cujus*, para reclamar la indemnización del daño sufrido por este último. En segundo lugar, se distingue la acción que tiene toda víctima, heredera o no del lesionado, con el fin de satisfacer su propio daño⁸³.

3.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

El principio general en materia de reparación de daños en nuestro ordenamiento jurídico, es el de la indemnización integral de los perjuicios causados a la víctima. Toda vez, que el resarcimiento del daño tiende fundamentalmente a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Mayo de 2005. Referencia la Sentencia Gaceta Judicial. Tomo CXIX, p, 259.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 09 de Julio de 2010, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-035-1999-02191-01.

El daño produce un desequilibrio en los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima que debe reparar el autor del mismo, siempre y cuando se demuestre por la persona que lo padeció. Debido a esto, la prueba en el mundo del derecho es de vital importancia, en razón a que en la realidad jurídica un derecho vale tanto como saber probarlo.

La legislación colombiana reconoce este principio universal consagrándolo expresamente en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil⁸⁴, en virtud del cual, la actividad probatoria del litigante debe dirigirse a demostrar los hechos que servirán de fundamento para derecho que alega y sobre el cual busca el reconocimiento judicial. Por consiguiente, es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio directo, actual y cierto, sin importar la naturaleza jurídica del daño que se demanda, en razón a que para tener derecho a la reparación pretendida, en materia civil, todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado⁸⁵.

Ahora bien, es importante resaltar que el derecho a la indemnización cuando se sufre un perjuicio, surge una vez se ha experimentado el daño. No obstante, cuando el autor del daño no reconoce ningún tipo de responsabilidad, la víctima del hecho debe acudir a la jurisdicción, con el fin de que un juez declare la responsabilidad del autor y como consecuencia de ello, lo condene a indemnizar los perjuicios que ocasionó al demandante. Bien es cierto, que el daño no basta con afirmarlo, pues, es rigurosamente imperativo que se demuestre dentro de un proceso con los elementos de convicción oportunamente decretados y allegados al mismo⁸⁶.

⁸⁴ El texto legal reza lo siguiente: *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*.

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Gaceta Judicial, Tomo L. p, 795. Citada por GONZALEZ. Puyana. María y SALAZAR. Vallejo. Carolina. Op. Cit., p, 54.

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Diciembre de 2009, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda, Exp. 05001-3103-010-1998-00529-01.

Conforme a lo expuesto, es claro que la prueba de todo perjuicio presenta un doble aspecto: la prueba de su existencia, y la prueba de la cuantía para efecto de determinar el valor de la indemnización⁸⁷.

Es así, como tanto los perjuicios extrapatrimoniales como los materiales deben ser probados dentro del proceso. Sin embargo, al tratarse de los primeros, se ha afirmado que son incuantificables, por lo que resulta imposible demostrarse, desconociéndose así que la existencia e intensidad de estos perjuicios se pueden comprobar por medios probatorios idóneos que son establecidos por la ley.

Precisamente, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil establece que la prueba pericial es creada para verificar hechos que son de relevancia del proceso y, por lo tanto, requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Respecto a esto, los dictámenes periciales de médicos, siquiátras, sicólogos, entre otros, sirven como criterio de fundamento al juez para decidir en equidad y de igual forma cuantificar el monto de la indemnización, ya que los mismos determinan con precisión la duración, el grado del dolor físico y la depresión síquica que sufre un ser humano.

Precisamente, la jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, hay eventos en los que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación⁸⁸.

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 20 de Enero de 2009, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 170013103005 1993 00215 01.

⁸⁸ *Ibíd.*

Sobre el particular, de conformidad con lo que dispone la Ley 446 de 1998⁸⁹, es importante resaltar que en cualquier proceso que se lleve ante la administración de justicia, la valoración de los perjuicios causados a las víctimas siempre deberá atender los principios de reparación integral y equidad.

En nuestra opinión, el daño moral debe regirse por el principio general, que exige la prueba de todo perjuicio cuya reparación se demanda. Sin embargo, cabe anotar que la estimación de este daño es una labor atribuida al juez, pero como veremos más adelante, esta potestad no faculta al juzgador para decidir arbitrariamente la indemnización de perjuicios no acreditados en el proceso. Esta circunstancia muestra la necesidad de probar que el daño existe, sus características y demás aspectos que permiten al juez ejercer debidamente el arbitrio que le concede la ley.

Otra cuestión importante, que merece total atención, radica en la reparación del daño moral, principio consagrado en nuestro derecho, ya que lo que se pretende por la víctima es el reconocimiento y posterior resarcimiento del daño, cualquiera que sea la causa del perjuicio. Por tanto, ha correspondido a la jurisprudencia la consagración jurídica de este temática; teniendo en cuenta que nuestra legislación no consagra de manera real e inequívoca el alcance de la reparación del daño moral⁹⁰.

De lo anterior, en el desarrollo jurisprudencial puede observarse la gran dificultad de establecer un criterio unificador, con el cual se logre la determinación de la respectiva reparación de este daño, toda vez que, ésta tarea se llegó a consolidar con el transcurso del tiempo, luego de muchos tropiezos. A pesar, de ésta confusión la Sala de Casación Civil, dio por sentada una posición clara en el fallo

⁸⁹ El texto del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que *"la valoración de daños irrogados a las personas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Gaceta Judicial, Tomo XLV, p. 368. Citada por GONZALEZ. Puyana. María y SALAZAR. Vallejo. Carolina. Op. Cit., p. 166.

del 27 de Septiembre de 1974, en el cual afirmó que la reparación del daño extrapatrimonial aunque insuficiente, constituye el único y verdadero resarcimiento para la víctima, de allí, se denota que la obligación del juzgador es la de establecer una reparación de carácter satisfactorio equivalente a la afectación padecida por la víctima.

En este punto, se ha establecido la indemnización dineraria, como el modo usual de proceder al resarcimiento del daño no patrimonial en Colombia atribuyéndosele una función satisfactoria, toda vez que, como ya quedo sentado, no es susceptible de valorar este tipo de daño. La valoración económica que se hace a los perjudicados no tiene carácter compensatorio en el sentido estricto de la palabra sino meramente satisfactorio, posición mantenida por la Corte en el entendido de que el perjuicio moral no obedece a un criterio compensatorio, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la presencia del dolor de quien lo sufre⁹¹. Así, se puede señalar que es imposible reemplazar el dolor padecido y los afectos perdidos por la víctima, no obstante, se busca que estos sean lo menos dolorosos posibles, no colocando al perjudicado en condiciones de restablecerse los bienes intangibles que ha perdido, pero sí concediéndole una nueva fuente de alivio y bienestar, lo cual se garantiza con el resarcimiento a través del dinero de los perjuicios causados.

En efecto, es importante resaltar que dada la complejidad para determinar la reparación del daño moral, es difícil su cuantificación, ya que se trata de la esfera interna del individuo, la cual es ajena a la percepción de los sentidos, pues, abarca las sensaciones, los sentimientos y los sufrimientos, los cuales no son posibles de medir con exactitud, dada la magnitud del daño producido⁹².

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 15 de Abril de 2009, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01.

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

Por tal razón, la Corte Suprema de Justicia reconociendo el legítimo derecho a la reparación del daño moral sufrido por la víctima, hace mención a las vicisitudes que acarrea su apreciación económica, tratándose de un daño que no hace parte del campo pecuniario, que económicamente son invalorables y que se encuentran en la parte interior del ser humano, por tal razón, nunca pueden llegar a ser integralmente resarcidos. En tal sentido, tal Corporación, reconoce que los factores de índole interna pertenecen por completo al dominio de la psicología, cuya comprobación exacta se escapa de las reglas procesales, haciendo más compleja y difícil la tarea de estimar con exactitud la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada⁹³.

En respuesta a solucionar una problemática latente en todas las providencias, respecto a determinar un criterio idóneo que garantice la reparación integral del daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o extrapatrimonial, al establecer la fijación del monto del perjuicio, concibió que esta labor debía ser concedida al prudente arbitrio del juez, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto y a los elementos de convicción⁹⁴.

Respecto a este aspecto, es importante resaltar que desde el año 1941 hasta nuestros días, la Corte Suprema concibe que el justiprecio del dolor ajeno no es materia de ninguna de las ciencias ni artes y por esto, decide abandonar el dictamen pericial para la valoración del daño moral, estableciendo como criterio preponderante el arbitrio judicial para cuantificar la compensación económica por el daño moral⁹⁵. Pues bien es cierto, que esta Corporación ha sostenido que el resarcimiento del perjuicio moral y el modo de satisfacerlo, careciendo de materialidad, es imposible tanto jurídico como racionalmente su valoración por

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencias 10 de Marzo de 1994, 05 de Mayo de 1999, 25 de Noviembre de 1999, 13 de Diciembre de 2002 y 15 de Octubre de 2004. Posición planteada en Sentencia, Gaceta Judicial, Tomo XLV, p, 368.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Junio de 2007, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 44001-3103-001-1993-01518-01.

⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. Bogotá. Sentencia 20 de junio de 1941, M.P.: Hernán Salamanca, Gaceta judicial, Tomo XLI, p, 293. Citada por VELAZQUEZ. Posada. Obdulio. Op. Cit.

peritos. Sin embargo, la labor del perito puede aportar elementos importantes para determinar la cuantía del daño moral, la cual es más difícil que en el daño material, pues lo que se busca es procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido.

Así las cosas, la facultad judicial para fijar el quantum del daño moral no es ilimitada ni arbitraria. De esta forma, hay que destacar que el prudente arbitrio del juez no debe basarse ni en el capricho ni en la ligereza del mismo. Pues, dada la indeterminación de la cuantía del daño moral, la fijación del quantum es de su entera potestad, evidentemente porque son incuantificables. Sin embargo, el juez debe atender los topes numéricos indicados por la Corte, los cuales no son de obligatorio cumplimiento, pero si representan una guía para sus fallos⁹⁶.

Continuando con este criterio, el juez tiene la autoridad de acudir a diversos mecanismos que permitan tasar la dimensión del perjuicio, con miras a dejar indemne a la víctima y de esta manera, evitar la inequidad de sus fallos. Si las cosas son de ese modo, debe reiterarse que el hecho de que los bienes, intereses o derechos afectados tengan naturaleza intangible e inconmensurable, características estas que, por esta misma razón, en ciertas ocasiones tornan extremadamente difícil un justiprecio exacto, no es razón para que el juzgador, haciendo uso del llamado *arbitrium iudicis*, establezca en la forma más aproximada posible el quantum de tal afectación, en orden a lo cual debe consultar las condiciones de la lesión y los efectos que ella haya producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima, entre otros, desde luego, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta

⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 28 de Febrero de 1990, Referenciada en el Sentencia 17 de Agosto de 2001, Exp. 6492.

donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia⁹⁷.

A pesar de que la ley no señala cuál es el criterio adecuado para fijar el justiprecio de la indemnización, es indispensable que el juez acuda a las reglas generales del derecho para fijar el monto de la reparación del daño consultando la equidad y la justicia, puesto que, lo que se busca no es una exactitud matemática sino más bien una compensación equitativa que ponga a las víctimas en una situación más o menos igual a la que gozaban antes del acontecimiento del perjuicio.

En conclusión, es importante sostener que el perjuicio moral se encuentra librado exclusivamente al arbitrio del juez, criterio sostenido en el desarrollo jurisprudencial de la Corte como lo acabamos de ver, el cual se concibe como el único método para tasar este tipo de daño.

3.2.1 Criterios de Tasación de los Perjuicios Extrapatrimoniales

Frente al estudio del daño moral, se puede observar que la fijación del monto de la reparación que la Corte ha establecido como fundamento para mantener el carácter satisfactorio del resarcimiento, está íntimamente relacionado con el ejercicio del arbitrium judicis.

Cabe anotar que las normas generales que disciplinan la reparación del daño causado sin importar la naturaleza de los intereses quebrantados, deben versar sobre el patrimonio de la persona o sus valores inmateriales, incluido claro está, el daño moral.

En este punto, es importante resaltar que todas las ramas de la jurisdicción se entendieron sujetas al límite consagrado en el artículo 95 del Código Penal de 1936, el cual concedía al juez la facultad de fijar prudencialmente el monto de la indemnización hasta dos mil pesos cuando no fuere fácil o posible evaluar

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 01 de Marzo de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 11001-0203-000-2010-0161400.

pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito. Así, al ser la única norma aplicable en la determinación del monto de los perjuicios morales, el juez al utilizarla, se limitaba a ordenar la reparación del mismo en una forma más que todo simbólica, sin pretender con esto avaluar un daño que por su naturaleza era inestimable.

Esta posición sostenida por nuestra jurisprudencia a partir de 1941, fue modificada sustancialmente por la sentencia de la Sala de Casación Civil del 27 de Septiembre de 1974, en la cual la Corte consideró que dicho artículo solo sería aplicable a los jueces penales, y por tanto imposible de aplicar en forma analógica por los jueces civiles. Ante este acontecimiento, procedió a fijar periódicamente topes indemnizatorios diversos a los contenidos en el Código Penal para este rubro de perjuicios.

Sin embargo, el Código Penal de 1980 fijo un nuevo tope indemnizatorio en su artículo 106, siendo una regla similar a la del artículo 95 del Código Penal de 1936, con la diferencia de que el tope de la indemnización por daño moral se fija en gramos oro, concretamente en mil gramosoros. No obstante, tal norma no es aplicable en materia civil⁹⁸, por cuanto la ley no lo establece, ni la analogía legis es pertinente, pues ningún vacío se presenta.

Una última etapa en la evolución de este criterio la constituye el Código Penal de 2000, actualmente vigente en nuestro país, el cual, al referirse a la reparación de los daños, establece en su artículo 97 que en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma

⁹⁸ Los aparte relevantes de este fallo que cambia la jurisprudencia señalan. El artículo 95 del código Penal, es norma excepcional que restringe el poder del juez penal, pues limita su facultad de regular el monto del daño moral más allá de la cifra de \$ 2.000 para cada lesionado con la comisión de un delito. Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito dice el precepto citado, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos. Como bien fluye de la simple lectura del texto, esta limitación solo tiene cabida en los precisos eventos de regulación del daño moral ocasionado por el delito. Además, la norma está dirigida a los jueces penales y no a los de otras jurisdicciones. Esta norma, entonces, debe aplicarse únicamente por los jueces del crimen cuando deban fijar indemnización por daño moral, siempre que se den las circunstancias de hecho contempladas en el canon que se comenta.

equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

En todo caso, mediante sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible este artículo, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplica a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible⁹⁹.

En cambio, la solución ofrecida en la jurisprudencia contencioso administrativa, optó por apartarse definitivamente de las limitaciones contenidas en la ley penal para la fijación del monto de la indemnización por daño moral, en consonancia con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual deja entregada esta labor a la apreciación judicial guiada por el principio de la reparación integral, al considerar que el valor del daño moral cuando cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien salarios mínimos, cantidad que sirve de guía a los jueces administrativos, conforme a los diferentes elementos que permiten establecer la existencia del perjuicio¹⁰⁰.

Sin embargo, el criterio expuesto, es inaplicable a asuntos civiles, puesto que, ni en la jurisdicción civil ni en la contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. Por tal razón, la Corte Suprema de Justicia ha establecido unas sumas orientadoras para el juzgador, no a título de imposición sino como simples referentes para tasar la indemnización del daño¹⁰¹.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-926 del 29 de Octubre de 2002.

¹⁰⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 6 de Septiembre de 2001, Exp. 66001-23-31-000-1996-3160-01-13232-15646.

¹⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas.

3.3 DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La influencia de la responsabilidad extracontractual, ha tenido bastante que ver, con el escaso reconocimiento que ha otorgado la Corte Suprema de Justicia en un principio del daño moral en el campo contractual, puesto que este tipo de daño ha sido considerado propio de la responsabilidad aquiliana.

Por ello, el reconocimiento en nuestro país de la indemnización del daño moral en materia contractual ha sido extensamente debatido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Pese a que es discutible, si el artículo 1615 del Código Civil Colombiano¹⁰² puede ser tan amplio en su interpretación como para acoger el daño extrapatrimonial en materia contractual, pues menciona de manera genérica la indemnización de los perjuicios a cargo del deudor, sin señalar de forma específica la reparación de este daño en particular.

De igual forma, se pronuncia ésta Corporación, en el fallo del 29 de Julio de 1944, donde sostiene la tesis del no reconocimiento de la indemnización del daño moral en materia contractual, señalando que los actos que se derivan de hechos delictuosos o culposos, causándole daño a un individuo, crean responsabilidad aquiliana, sin embargo, cuando se trata del incumplimiento de un contrato que genera perjuicios para una de las partes, se origina responsabilidad contractual, sin dar lugar al reconocimiento del daño moral¹⁰³.

No obstante, en esta misma sentencia el Dr. Hinestrosa en su salvamento de voto se apartó de este criterio, al considerar que dichos perjuicios debían ser indemnizados siempre y cuando su existencia hubiera sido demostrada en el proceso. Para ejemplificar tal posición, este tratadista señaló que en el caso de transporte, verbi gracia, por acto u omisión culposo del autor, el vehículo haya causado, de igual forma lesiones a un pasajero y a un transeúnte, las que en ambos casos generan perjuicios materiales y morales debidamente valorados por

¹⁰²El texto del artículo 1615 del Código Civil Colombiano dice que *“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”*.

¹⁰³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Julio de 1944. Gaceta Judicial. Tomo LVII. Citada por NAVIA. Arroyo. Felipe. Op. Cit., p, 44.

el juez, no hay cabida legal ni proporcional considerar que la culpa en el primer caso, sea contractual y, en el segundo, extracontractual, lo cual no determina como lo hace la sentencia, la reparación plena para el transeúnte y la exclusión de ese reconocimiento para el pasajero¹⁰⁴.

En este orden de ideas, es claro que la Corte ha reiterado esta posición en numerosos fallos, en los que de manera tangencial se refiere a los perjuicios morales en materia contractual, para negar su indemnización. Conforme a este criterio, en fallo del 23 de Noviembre de 1954, declaró la improcedencia de los perjuicios morales que habían sido demandados a la empresa transportadora en ejercicio de la acción contractual, por los parientes de la víctima fallecida en accidente de tránsito¹⁰⁵.

Así las cosas, cabe anotar que la jurisprudencia de la Corte ha sentado esta tesis, señalando que el incumplimiento retardado de una obligación no da lugar a exigir reparación por daños morales.

Sin embargo, en una visión más moderna, la tesis de la no resarcibilidad del daño moral en materia contractual ya no es discutible, porque si bien la noción de la reparación del daño partió de la protección patrimonial; más tarde se concibió una tendencia del derecho relacionada con el amparo de los perjuicios sufridos por una persona con independencia de sus bienes e intereses económicos. Respecto de la teoría de la no reparación del daño moral ampliamente aceptada por la jurisprudencia, que parte de la doctrina colombiana, entre ellos Tamayo Jaramillo, quiso resaltar con la sentencia de Casación Civil del 6 de Julio de 1955, el quiebre que la misma adquirió. En este sentido, se consideró que el falso argumento de que la revocatoria inoportuna de un contrato de mandato que era el caso que en esa ocasión juzgaba la Corte, y que concluyo en condena al mandante a pagar

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 23 de Noviembre de 1954.

perjuicios morales al mandatario, implicaba un incumplimiento del primero y por lo mismo esa era la causa real de la conducta impuesta¹⁰⁶. Mediante este fallo, la Corporación debatía la revocación del poder conferido a un abogado, en el cual precisó de manera tajante que la revocación abusiva da lugar a ejercer el derecho a la indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia.

En síntesis, el fundamento de tal sentencia radicó en la demostración de un abuso del derecho por parte del mandante al ejercer su poder de revocación, vital en los contratos de colaboración, es decir, que el fallo se sustentó en el artículo 2341 del Código Civil, norma transcendental en materia de responsabilidad aquiliana¹⁰⁷.

Por otra parte, no se puede calificar como un estudio amplio y detallado el realizado por la Corte Suprema de Justicia en materia del reconocimiento del daño moral en la responsabilidad civil contractual, puesto que esta Corporación solo en casos excepcionalísimos se ha referido a este tema.

Sin embargo, desde tiempos remotos ha sido establecido por la Corte que la legislación colombiana presume que todo incumplimiento en materia contractual genera perjuicios a favor del acreedor, partiendo de la base que toda convención produce una prestación útil al acreedor, así, la infracción a la misma se presenta en contra del provecho que éste planteó adquirir al momento de celebrarla.

En últimas, para prevenir debates doctrinales innecesarios, la resarcibilidad de este tipo de daño fue aceptada desde finales de la década de 1970, siendo fundamental para ello el reconocimiento que el artículo 1006 del Código de Comercio Colombiano hizo a la reparación de este daño en el contrato de transporte, en los siguientes términos: *“Los herederos del pasajero fallecido a*

¹⁰⁶ TAMAYO. Jaramillo. Javier. Citado por NAVIA. Arroyo. Felipe. Op. Cit., p. 45.

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 06 de Julio de 1955.

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”.

La anterior solución es aplicable a todas las figuras contractuales por analogía, cuando se afecte un bien de la personalidad con repercusiones en la vida a la relación o en los sentimientos de la contraparte.

En la actualidad, la Corte ha sostenido que si se trata de un proceso en el ámbito de la responsabilidad contractual, el acogimiento de las pretensiones de la demanda depende de la demostración, en primer lugar, de la celebración del contrato, y, en segundo lugar, de los elementos que son propios de aquella, tales como: el incumplimiento del contrato por la persona demandada; la producción para el demandante de un daño cierto, directo y personal; y, por último, que medie un nexo causal entre los elementos anteriores, es decir, que el perjuicio cuya indemnización se persigue sea causa directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

Así las cosas, es importante resaltar que en materia contractual, la resarcibilidad del daño debe estar orientada por el principio general según el cual toda víctima tiene derecho al resarcimiento total de los perjuicios causados y, que a su vez hayan generado la eliminación de un beneficio obtenido en forma lícita por el afectado. En este sentido, la reparación del daño debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales.

No obstante, en el campo convencional, este fundamento general puede estar limitado tanto por cláusulas legislativas razonables como por estipulaciones de los contratantes. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 del Código de

Comercio establece que las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas.

En consecuencia, se puede observar que en la mayoría de los fallos analizados, la Corte se pronuncia en sus consideraciones que al no demostrarse prueba alguna por el demandante, con el fin de acreditar los perjuicios cuyo resarcimiento reclama, no habrá lugar al reconocimiento de sus pretensiones. Por tal razón, no es extraño ver mencionado el argumento sobre el cual la presunción de daño moral solo se aplica a los casos de responsabilidad extracontractual en los cuales se reclama el *pretium doloris*, a diferencia de la esfera contractual, donde tales daños deben probarse por regla general. Lo anterior, se presenta como una de las razones esenciales por las que los litigantes acuden a demandar por responsabilidad extracontractual el daño moral derivado de un incumplimiento contractual. Y es por ello, que no existe un desarrollo jurisprudencial que aborde en forma amplia esta temática. Sin embargo, se trae a colación ciertos casos para ejemplificar lo mencionado, como a continuación se pretende.

En relación a la responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, se puede constatar que la jurisprudencia acepta la posibilidad de que el heredero de quien falleció en un accidente acontecido en la ejecución de un contrato de transporte, ejercite cualquiera de las dos acciones (contractual o extracontractual) para la reparación de los daños causados¹⁰⁸. En este punto, vale la pena hacer una diferenciación respecto del hecho generador del incumplimiento del contrato de transporte que acarrea la muerte del pasajero. En relación, con si la misma se produjo concomitante con el hecho mismo, o posterior a éste, con el fin de establecer si se causaron perjuicios de orden patrimonial y/o moral a la propia víctima, los cuales pueden reclamar sus herederos mediante una acción contractual. En primer lugar, si el deceso se produjo en forma instantánea, no se

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 31 de Julio de 2008, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 23001-3103-004-2001-00096-01.

podría reconocer ningún tipo de lesión a título patrimonial o extrapatrimonial derivada de la inejecución contractual, a favor del *cujus*, porque nada se transmitió a sus sucesores a título de acción. Sin embargo, otra situación se presenta cuando el fallecimiento del pasajero tuvo lugar después del respectivo accidente, pues es posible que, en el tiempo de su supervivencia, se generaran a él daños de índole patrimonial y moral, los cuales una vez se produzca su deceso radican en cabeza de los herederos, los cuales están habilitados para reclamar dichos perjuicios por el incumplimiento que se produjo¹⁰⁹.

Por otra parte, se ha establecido por la Corte que al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas herederas o no de la víctima directa, que se ven afectadas con su muerte, y mediante la cual están legitimadas para reclamar la reparación de sus propios perjuicios. De esta forma, se trata de una acción en la cual actúan *jure proprio*, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual, pues así la muerte de éste sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual¹¹⁰.

Conforme a lo anterior, se puede observar que se trata de acciones diferentes, por cuanto tienden a la resarcibilidad de perjuicios diversos. La primera, a favor de los causahabientes a título universal de la víctima, quienes actúan en nombre del causante, con el fin de reclamar la reparación del daño sufrido por éste. La

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 08 de Agosto de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 2001 00778 01. Tal tesis se ha venido sosteniendo desde hace varios años como por ejemplo en la Sentencia del 18 de Mayo de 2005.

segunda, puesta al alcance de toda víctima, heredera o no del perjudicado, para obtener la satisfacción de su propio perjuicio¹¹¹.

De acuerdo con lo expuesto, en materia convencional en estos tipos de contratos solo es procedente la indemnización de perjuicios morales, por la naturaleza de las prestaciones en ellos convenidas, cuando estos sean incumplidos.

Por otro lado, es importante destacar que cierto es, que en una época se concibió que la responsabilidad medica se presentaba fundamentalmente en el ámbito extracontractual¹¹², lo cierto es, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la Sentencia del 05 de Marzo de 1940 tiene determinado que, opuesto a esto, esa especie de responsabilidad es, predominantemente contractual, sin dejar de lado, las diversas hipótesis en las que asume aquel otro carácter¹¹³.

Respecto de este preciso aspecto, conviene anotar que esta Corporación, sostuvo que en la modalidad de servicio de salud, se establece una relación contractual entre el afiliado y la empresa prestadora del servicio y, por ende, se está en presencia de un particular contrato de prestación del servicio médico asistencial de emergencia, en el que la principal obligación de la empresa prestataria consiste en la atención prehospitalaria de la urgencia o emergencia sufrida por el paciente, servicio que comporta el tratamiento de tal crisis hasta que haya sido superada y, si es del caso, como ya se dijera, el traslado del enfermo a un establecimiento medico asistencial¹¹⁴.

En síntesis, los centros clínicos u hospitalarios incurren en responsabilidad cuando se demuestre que los profesionales vinculados a estos actúan con culpa en el

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Marzo de 1940.

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 08 de Agosto de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 2001 00778 01.

diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente. Pues si bien es cierto, el incumplimiento en la prestación del servicio médico, conlleva al deber de indemnizar los perjuicios causados, mediando la llamada culpa profesional, cuya carga probatoria asume el demandante.

De otra parte, tocante a un punto diverso, es importante resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico las potestades de los ciudadanos, son legítimas y respetables, sin embargo, no pueden ser ilimitadas ni justificadas en la medida en que invadan las ajenas, ya que las mismas deben respetar los linderos establecidos por la ley, toda vez que de ser transgredidos, pueden causar daño, configurándose así, la responsabilidad civil.

Atendiendo a lo anterior, la Corte al centrarse en el análisis del campo contractual en materia de prestación de servicios, señala que todo acto del titular que causa perjuicio en virtud de la intención de causar daño o por carecer de prudencia, atención o por falta de interés serio y legítimo, generaba responsabilidad, está en la obligación de indemnizar. Así, la responsabilidad surgida por el uso de los derechos derivados de una convención, y específicamente de la facultad del mandante de revocar el mandato, como lo autoriza el numeral 3° del artículo 2189 del Código Civil, según el cual el convenio termina también por la revocación del mandante, manifestó en ese sentido la Corte que siendo patente, como en verdad era, la existencia de la esencial revocabilidad de ese acto, dada la naturaleza del contrato, asimismo resultaba ostensible que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios¹¹⁵.

¹¹⁵ *Ibíd.*

Como anteriormente se ha indicado, las relaciones originadas en los contratos que celebran las personas derivadas de la autonomía privada, deben respetar los límites impuestos por la ley. Y en el caso, de causar un daño debido a un incumplimiento, el mismo debe ser integralmente reparado por ser una conducta no ajustada al derecho.

A manera de opinión, consideramos que el estudio de investigación emprendido se volvió difuso e indeterminado, toda vez que en la mayoría de las providencias no era posible establecer cuáles eran los fundamentos ni mucho menos el criterio establecido en las decisiones de la Corte, por los cuales se reconocía la reparación del daño moral en este tipo de responsabilidad y menos aún en lo referente a su graduación o quantum indemnizatorio. Así las cosas, en un porcentaje elevado de casos esta labor queda reservada a los jueces, que a nuestro parecer no han creado parámetros o criterios generales de cuantía para apreciar el daño moral derivado de incumplimientos contractuales.

Puesto que, bien es cierto que la generalidad de los contratos su incumplimiento causa perjuicios exclusivamente patrimoniales, esto no excluye la posibilidad de que de dicho incumplimiento además se deriven perjuicios extrapatrimoniales, aun en los contratos con prestaciones de contenido puramente económico.

Por último, en lo que concierne a la responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre este punto la Corporación, apoyada en el artículo 2341 del Código Civil, manifiesta que es necesario para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se deben precisar los tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga

probatoria del demandante, pues es a éste a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que el mismo se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció¹¹⁶ .

Para la Corte entonces, en materia de responsabilidad extracontractual, quien ha causado un perjuicio de índole moral debe indemnizar de manera integral a aquel que demuestre que lo ha sufrido, es decir, el directamente ofendido y los demás que demuestren que se han visto afectados por el sufrimiento de la víctima.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 25 de Octubre de 1999, Exp. 5012.

4. ANALISIS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Aunque nuestra investigación se ha centrado en la jurisprudencia comprendida entre los años 2007 - 2011, es necesario hacer referencia a algunas providencias anteriores del Consejo de Estado, las cuales ostentan puntos relevantes en cuanto a la importancia del daño moral y su evolución en esta Corporación.

4.1. CRITERIOS DE LIQUIDACIÓN

En un lapso de tiempo determinado, el Consejo de Estado, en cuanto a la liquidación del daño moral, ha tenido varios criterios cuantitativos para delimitar su decisión.

En una primera etapa, comprendida por las vigencias de los Códigos Penales de 1936 y 1980, la jurisprudencia asumió criterios cuantitativos máximos, al momento de indemnizar este tipo de daño. Así, en el periodo vigente para el Código de 1936, se estableció un tope monetario para los daños morales, en el cual el juez podía oscilar a efectos de señalar la cuantía de la indemnización. El tope que estableció el Código Penal de 1936 en el artículo 95¹¹⁷, expresaba que este debía ser aplicado por los jueces civiles y administrativos y por lo tanto, era válido para toda clase de daño extrapatrimonial¹¹⁸.

En un segundo momento, con la expedición de un nuevo Código Penal, el Consejo de Estado, le dio paso a una nueva ruta en cuanto al valor del tope antes establecido, arguyendo que el artículo 106 del Código Penal de 1980, en su inciso primero, sienta una regla similar a la del artículo 95 del Código Penal de 1936

¹¹⁷ El texto del artículo 95 del Código Penal Colombiano de 1936 dice que *“Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta \$ 2.000”*.

¹¹⁸ NAVIA. Arroyo. Felipe. Op. Cit., p, 52.

anteriormente referido, con la diferencia de que el tope de la indemnización por daño moral se fija en gramos oro, concretamente en 1000 gramos oro. Al acoger la alternativa de la corrección monetaria por la que había optado el Consejo de Estado dos años antes, se buscó por parte de los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, restablecer el valor real, en poder adquisitivo, de los dos mil pesos de 1936, empleando el mismo razonamiento utilizado por esta Corporación de justicia, a saber: si en esa época con \$ 2.000 se adquirirían 1.000 gramos oro, es notorio el hecho de la depreciación de la moneda, por tanto, se debía consolidar el valor del tope en el equivalente en gramos oro, con el fin de escapar a la devaluación de la moneda. Además de ello, el artículo 106 del Código Penal de 1980, estableció que junto con el tope mencionado, el juez debía tener presente para determinar la cuantía de la indemnización las modalidades de la infracción, la naturaleza de la conducta, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido¹¹⁹.

Establecido el tope en 1.000 gramos oro, la Sala indicó que la norma del Código Penal estudiada era una norma de carácter general, en atención a lo que se pretende en la reparación es la indemnización plena de perjuicios¹²⁰, adoptando el límite como suyo¹²¹, reconociendo de manera oportuna el monto de 1.000 gramos oro para el reconocimiento del perjuicio moral, rechazando así, el límite de los 2.000 pesos, con base en la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Posteriormente, una nueva etapa de este proceso de indemnización del daño moral, lo encontramos con el fallo del 6 de Septiembre de 2001, enmarcada dentro

¹¹⁹ NAVIA. Arroyo. Felipe. Op. Cit., p, 57.

¹²⁰ Como lo Señala Navia. Arroyo. Felipe. Op. Cit., la jurisdicción civil había asumido posición contraria fijando sus propios límites en pesos a la reparación para este tipo de daños, lo cual abrió el espectro para tratamientos diferentes en cada una de las jurisdicciones afectando exclusivamente al trato igual de las víctimas de una y otra.

¹²¹ En Sentencia del 9 de Febrero de 1978, expediente 1632 la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó “Y siendo, sin consideración a la naturaleza de la disciplina jurídica, una misma la concepción de la responsabilidad y una misma la extensión de la obligación indemnizatoria, resulta la norma del comentado artículo 95 del estatuto penal, bien propia en todos los casos, o bien por la aplicación extensiva o simplemente aplicable por analogía legal pues está dirigida a regular subsidiariamente, el monto de la indemnización proveniente de los delitos y de las culpas, trátase del proceso penal, civil o administrativo. “No es extraño el artículo 95 del C. Penal, a la materia de la extensión de la indemnización debida, menos aún para el derecho civil, cuando del delito o de la culpa surgen, comúnmente, en forma simultánea, la acción penal, tendiente a ejercer la función punitiva del Estado y la acción civil, tendiente a obtener, para la víctima, la plena indemnización del perjuicio sufrido”.

del ámbito de la ley 599 de 2000 ó Código Penal Actual, estipulándose en el artículo 97¹²², la indemnización por daños¹²³.

Con este fallo, se determinó, que el mayor valor a condenar por daños morales debe ser el equivalente a 100 salarios mínimos legales vigentes, cuando dicho perjuicio alcance su mayor intensidad. Dicha providencia sirvió de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción, pues en la mayoría de fallos lo citan como referente para reconocer este tipo de perjuicio¹²⁴.

El Consejo de Estado una vez fija el nuevo rumbo jurisprudencial que adopto, advierte que el juez de lo Contencioso Administrativo debe esmerarse en indagar no solo la existencia del daño moral, sino también su intensidad y, solo debe imponer las máximas condenas en los eventos en donde de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables¹²⁵.

Ahora bien, tal criterio fijado por el Consejo de Estado respecto de la liquidación del daño moral, obedece a un precedente muy importante, ya que, múltiples sentencias han mantenido hasta el día de hoy el tope último señalado, a modo de ejemplo, podemos citar el fallo de 29 de Agosto de 2007, entre otros, los cuales han mantenido tan importante parámetro.

En síntesis este último tope, tiende a compensar un umbral de sufrimiento más alto, siendo también aplicable al caso del perjuicio a la vida de relación, como efectivamente lo ha venido haciendo el Consejo de Estado desde la expedición de

¹²² En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso.

¹²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 6 de Septiembre de 2001, M.P.: Alier Hernández Enríquez, Exp: Acumulados 13232 – 15646.

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 6 de septiembre de 2001, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 13 232-15646.

¹²⁵ *Ibíd.*

ésta sentencia, lo que efectivamente ha ayudado a consolidar un poco más, dicho perjuicio extendiéndolo a tales hipótesis¹²⁶.

4.2 PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL

En la labor judicial que desempeña el juez, se debe tener en cuenta, como punto esencial, en razón a la reclamación de indemnización por parte de los parientes de la víctima, el grado de parentesco existente entre estos y el afectado, así como también la naturaleza de los hechos¹²⁷.

De tal forma, ésta Corporación, ha mantenido a través de su jurisprudencia, el criterio de reconocer el monto máximo de indemnización, cuando el daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, del cónyuge¹²⁸, del compañero o compañera permanente¹²⁹, del hijo¹³⁰, del hermano¹³¹ o de los abuelos¹³², a diferencia de los demás parientes, que conforme a otras fuentes de reparación del daño moral, se les garantiza el monto de la indemnización en menor proporción¹³³. Una vez establecido el parentesco, en virtud de su prueba, la cual es el registro civil de nacimiento en copia auténtica, se podrá deducir que los parientes más próximos padecieron pena, aflicción o congoja con la muerte o lesiones causadas a la víctima. Es decir, que a partir de un hecho indirecto debidamente probado, lo que sería el parentesco, se infiere por

¹²⁶ SAAVEDRA. Becerra. Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 676.

¹²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 19 de Julio de 2001, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp.:12.078.

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 28 de Noviembre de 1994.

¹²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 17 de Octubre de 1996.

¹³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 22 de Agosto de 1996.

¹³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 21 de Noviembre de 1996.

¹³² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 6 de Septiembre de 2001.

¹³³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 19 de julio de dos mil uno 2001, Consejero ponente: Alier e. Hernández Enríquez.

medio del razonamiento lógico, un hecho indirecto que, corresponde al sufrimiento y tristeza que padecieron tales personas¹³⁴.

De otro lado, al referirnos a las personas que no tienen ningún vínculo de parentesco con la víctima, aclara el Consejo de Estado en su jurisprudencia desde el año de 1998 hasta la actualidad, que, este, adquiere el derecho de ser reparado por el perjuicio moral causado, acreditando la condición de damnificado en el desarrollo del proceso. A diferencia, de los asuntos de mayor gravedad, tales como la muerte, las lesiones corporales graves o la privación injusta de la libertad, en los cuales la jurisprudencia ha deducido el dolor moral, en relación con los parientes de grado más próximo a la víctima. De lo anterior se colige que, no es la condición de pariente de la víctima la que da derecho a la indemnización por los perjuicios derivados del daño sufrido¹³⁵.

4.3 TIPOLOGÍA DE LESIONES

En diversas jurisprudencias, el Consejo de Estado, afirma que cuando la lesión derivada del daño causado a la víctima fuese grave, los parientes cercanos a esta, estaban obligados a demostrar:

- La gravedad de la lesión y
- El parentesco

Con el fin, de poder deducir que padecieron daño moral¹³⁶; y que, en los casos en que la lesión fuere leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar:

- La lesión
- El parentesco y
- La congoja o tristeza que sufrieron.

¹³⁴CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 3 de Mayo de 2007, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.:25000-23-26-000-1999-00631-01.

¹³⁵CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 3 de Mayo de 2007, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.:25000-23-26-000-1999-00631-01. Tal tesis ha sido reiterada en la Sentencia del 10 de Junio de 2009. Exp. 27001-23-31-000-2000-02723-01.

¹³⁶CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 26 de Febrero de 1993, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Dado que sin esas pruebas resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. De ello se concluye, que en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de daños morales, en consideración a que fue quien sufrió directamente el impacto de la lesión¹³⁷.

Esa posición cambio notablemente cuando la sala se pronunció en sentencia del 16 de octubre de 2008, considerando que no hay lugar a diferenciar por razón del tipo de lesión, a efecto de reconocer daños morales, sino que, esta diferenciación recae en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización, más no en la prueba del daño como tal. De esta forma, la Sala abandona la tesis que señala que la presunción del perjuicio depende de la intensidad de la lesión y acoge la posición según la cual, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves¹³⁸.

Para el Consejo de Estado, considerando la naturaleza invaluable del daño extrapatrimonial, la fijación de su monto indemnizatorio debe corresponder al juez que conoce del proceso investido de facultades especiales para ello. Es decir, que dicha indemnización depende del arbitrio del juez, ya que éste en ejercicio de su facultad discrecional es quien determina la cuantía de la reparación, la cual está enmarcada dentro de las circunstancias del caso, la intensidad del daño moral causado y dentro de los topes sugeridos por las altas Cortes, dichos topes servirán como guía jurisprudencial, pero no serán de obligatorio cumplimiento.

¹³⁷ CONSEJO ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 28 de Octubre de 1999, M.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp.: 12384.

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 16 de Octubre de 2008, M.P.; Ruth Stella Correa Palacio, Exp.: 17486. Reiterada entre otras por la Sentencia de Noviembre 19 de 2008, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.: 28259.

En síntesis, debido a la importancia que han tenido las altas Cortes en el desarrollo de la figura del daño moral, es esencial a modo de conclusión resaltar el contraste que éstas presentan en materia de reconocimiento de esta clase de perjuicio. En primer lugar, encontramos el Consejo de Estado quien se muestra más garantista en cuanto a la reparación de los daños morales, reconociéndolos no solo a los parientes de la víctima, sino también a aquellos que sufren tal perjuicio, pero que no poseen ningún vínculo de consanguinidad con el perjudicado. Y, en segundo lugar, destacamos la Corte Suprema de Justicia, quien es más renuente frente a este tema, ya que le da un efímero alcance al reconocimiento de este daño, por ello, tan sólo abarca un esquema proteccionista de los parientes de la víctima.

No obstante, es importante anotar que nuestro trabajo gira en torno a analizar el tratamiento y la aplicación del daño moral en la responsabilidad civil contractual y extracontractual por parte de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por ello, es necesario abordar este estudio de manera completa y concisa tomando como referente las diversas providencias que se han emitido sobre el tema por tal Corporación. Teniendo presente el escaso tratamiento que se le ha dado a esta clase de daño y la ausencia de criterios de reconocimiento claros y precisos en los diversos casos de responsabilidad civil.

5. APLICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

Es importante señalar que la tendencia del resarcimiento del daño moral no ha sido reconocida en Colombia con la intensidad que ha alcanzado en otros sistemas jurídicos, como anteriormente se referenció en su evolución. Pese a que la posición común en nuestro ordenamiento, ha sido el reconocimiento de los derechos, valores y atributos propios de todo ser humano. En este punto, aunque en nuestro país las providencias que diariamente se dictan sobre esta materia son numerosas, cabe anotar, que los estudios que se han realizado sobre este tema, son muy escasos.

En efecto, la tarea de interpretación de los tribunales al ejercer su labor judicial, radica en extraer el significado de cada norma. Por tanto, las decisiones judiciales constituyen la expresión práctica de los textos normativos, ya que revisten de significado las normas en general. Y en temas, como los que ahora estudiamos, la interpretación del juez es de vital importancia, porque nos concede certidumbre acerca de lo que debe entenderse por determinada institución jurídica.

Así las cosas, podemos mencionar que la jurisprudencia relativa al reconocimiento del perjuicio moral ha sido escasa, a pesar de la ausencia de regulación normativa. En este punto, no es excepcional la labor que ha desempeñado el Tribunal de Bucaramanga, pues bien es cierto que, se aproxima al problema de la reparación del daño moral sin un criterio teórico claro y consolidado, con una visión estática en su desarrollo jurisprudencial, pues lo único que ha realizado en sus providencias son réplicas de los postulados planteados por la Corte Suprema de Justicia, como en los diferentes casos de responsabilidad civil se presentan,

tales como accidentes de tránsito¹³⁹, servicio médico¹⁴⁰, incumplimiento contractual¹⁴¹, entre otros.

En este capítulo, nos hemos ocupado de analizar sus fallos, haciendo referencia a si la materia objeto de controversia estuvo referida al daño moral derivado de la inejecución de obligaciones o de hechos ilícitos o culposos, así como también, la cuantificación realizada en su reconocimiento. Sin perjuicio de mostrar el detalle antes mencionado, podemos señalar que nuestro Tribunal es poco innovador al pronunciarse sobre el tema de la resarcibilidad del perjuicio moral, destacándose en líneas generales, la ausencia de criterios de determinación de este tipo de perjuicio.

Conforme a lo anterior, haciendo referencia a su desarrollo jurisprudencial frente al estudio de ésta figura jurídica, se puede señalar que la misma ha sido fruto y creación de la jurisprudencia de las altas Cortes, tanto de la ordinaria como de la contencioso administrativa. Toda vez que, en nuestra legislación se desconoce la noción de daño moral, al igual, que no existen normas que regulen la labor de los funcionarios judiciales al momento de fallar en materia de reconocimiento y reparación de esta categoría de perjuicios. Así, la tesis de la reparación del daño moral, presenta una serie de vacíos y de problemas cuya solución aún no es clara. Puesto que, no existe una noción exacta de esta clase de daño y por otra parte, no se ha realizado un estudio detallado de este tipo de perjuicio en materia de responsabilidad contractual.

Por otro lado, es de relevancia indicar que, el origen de la categoría de daño resarcible en un inicio sólo comprendía el perjuicio material o patrimonial, único concebible o reconocido en razón a que el concepto de reparar el daño

¹³⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 12 de Enero de 2011, M.P.: José Mauricio Marín Mora, Exp. 453-2010.

¹⁴⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 26 de Enero de 2009, M.P.: Antonio Bohórquez Orduz, Exp. 774-2008.

¹⁴¹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 29 de Enero de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado, Exp. 2008-737.

categorizado como moral no existía, debido a que su desarrollo se presentó mucho tiempo después a la fecha en que entró en vigencia el Código Civil Colombiano. En este sentido, es imperante destacar, que la determinación del concepto y extensión del daño moral ha sido una tarea entregada a la doctrina y, especialmente, a la jurisprudencia.

En razón a ello, no es de extrañar, que la jurisprudencia de nuestro tribunal ha trabajado escasamente la figura del perjuicio moral. No obstante, se da por sentado que el Tribunal ha inclinado su tesis, a favor del reconocimiento del *pretium doloris*, tal como lo ha hecho la jurisprudencia nacional, estudiada en el capítulo anterior, respecto a los efectos de este tipo de daños. Así, el daño moral es conceptuado como *“el dolor, la congoja, la aflicción, el sufrimiento que padece la víctima como consecuencia del hecho dañoso”*¹⁴².

De esta forma, la concepción expuesta por el Tribunal, sigue la línea de la Corte Suprema de Justicia, identificando este perjuicio con el *pretium doloris*, ya que este tipo de daño se experimenta desde un punto de vista netamente sentimental, es decir, espiritual, el cual mantiene una estrecha relación con la naturaleza inherente a la persona. Por tanto, puede representarse como *“la carga soportada de la aflicción por el desconcierto, congoja o tribulación de una persona, a consecuencia de una tragedia”*¹⁴³.

Sin embargo, se destaca jurisprudencialmente que se presentan límites a la reparación de dicho daño, ya que su cuantificación resulta muy complicada de valorar, por cuanto su determinación no depende de las medidas que dentro del plano material y científico rigen las relaciones del patrimonio y de los negocios de las personas, dado que resulta impertinente aplicarlas. Por ello, es de vital

¹⁴² TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 04 de Junio de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado.

¹⁴³ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 13 de Marzo de 2008, M.P. Jeanett Ramírez Pérez, Exp. 68001-31-03-006-2000-00153-01.

importancia para el juzgador, realizar un estudio estricto de las diversas pruebas aportadas, con el fin de tasar el dolor y el sufrimiento padecido por la víctima.

Aspecto de gran importancia, ya que para que proceda la reparación del daño moral, deben presentarse dos requisitos a saber, el primero, consistente en que se demuestre el daño y, el segundo, que dicho daño sea consecuencia de un hecho determinado.

Con relación al elemento de prueba, para la demostración de que se ocasionó un daño, es clara la normatividad que regula la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, tal regla se encuentra consignada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹⁴⁴ e impone la obligación a cargo de la víctima de demostrar los supuestos de hecho que se exponen para obtener los resultados pretendidos con la acción interpuesta; dicho principio ha sido sostenido desde épocas remotas en el estudio del derecho, pues bien es sabido que quien afirma una cosa, es quien está obligado a probarla. Así las cosas, para que un daño sea indemnizado deben ser cierto, es decir, estar demostrado el menoscabo sufrido, además, de probarse su cuantía. La carga de la prueba gravita, en principio, en la parte que reclama la indemnización del daño, en virtud del principio general del *onus probando*¹⁴⁵.

Por consiguiente, cabe anotar que la prueba es el medio legal idóneo, cuya función va encaminada a demostrar la veracidad de los hechos que se alegan ante un juez. En consecuencia, la persona que pretende un derecho le basta que exponga y demuestre los hechos que lo producen. De esta forma, el fallador aplica el derecho que resulte de conformidad con los mismos, en relación con la norma jurídica y por tanto, de acuerdo a su razonamiento debe al momento de fallar

¹⁴⁴ El texto de la norma establece que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba"*.

¹⁴⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 04 de Junio de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado.

reconocer el monto de la reparación del daño moral, ya que este tipo de perjuicio está sujeto a su respectiva demostración.

5.1 RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

Respecto a la reparación del daño extrapatrimonial, es importante destacar que la misma debe satisfacer los diversos intereses y aspiraciones que posee una persona. Tal institución busca compensar el perjuicio padecido, puesto que, si bien se ha causado una pérdida irremediable, se debe resarcir a la víctima colocándola en una situación patrimonial mejorada, que compense las sensaciones desagradables que ha sufrido.

Así las cosas, el resarcimiento del perjuicio moral causado, obedece a una compensación total, en la cual se tiene en cuenta, no solo el alcance de los daños y la intensidad de los mismos, sino también, la duración de los dolores y los sufrimientos producidos. Debido a que, la valoración patrimonial de este tipo de perjuicio es indescifrable e incuantificable, razón suficiente para otorgar dicha facultad al juzgador, quien determina tal quantum conforme a su prudente arbitrio. De este modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha referido que en el campo de la subjetividad¹⁴⁶, no existe otro medio que pueda cumplir de un modo más eficaz dicha tarea¹⁴⁷. Tal tesis, es sostenida por el Tribunal de Bucaramanga, ya que admite el *arbitrium iudicis*, como mecanismo viable para determinar el monto del resarcimiento del daño moral, de manera que el criterio equitativo que el fallador debe tomar, no debe basarse en la arbitrariedad, puesto que, es indispensable que reine en sus providencias la claridad y la transparencia¹⁴⁸.

¹⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 02 de Julio de 1987.

¹⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Junio de 2007, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 44001-3103-001-1993-01518-01.

¹⁴⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 13 de Marzo de 2008, M.P.: Jeanett Ramírez Pérez, Exp. 0429-2007. Posición que se ha sostenido en diversos fallos, como por ejemplo la sentencia del 26 de Enero de 2009, sentencia del 04 de Agosto de 2008, entre otros.

Sin embargo, teniendo en cuenta la ausencia que existe en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la apreciación anterior, es importante resaltar que la Honorable Corte en su tarea por unificar la jurisprudencia, ha venido desde tiempo atrás, señalando unos topes máximos de dinero para cuantificar la compensación que deviene del daño moral causado, los cuales sirven como referentes para los jueces¹⁴⁹, quienes estiman el monto de reconocimiento del daño, es decir, que en últimas esta labor se encuentra en cabeza del juzgador y de su prudente arbitrio.

Al referirnos al resarcimiento del daño moral, la interpretación judicial delega esta labor al juez, quien de manera potestativa deberá tasar discrecionalmente la cuantía de la reparación de esta clase de daño, teniendo en cuenta además del dolor mismo, las conductas particulares de la víctima, la gravedad objetiva de la lesión, el daño psicológico consecuencia del daño físico, la compensación apropiada para el nivel de la aflicción¹⁵⁰, entre otros. Es de resaltar, que si bien la valoración del perjuicio moral, se halla bajo la apreciación subjetiva y prudencial del juez, no significa ello, que éste pueda actuar arbitrariamente, ni tampoco que deba someterse únicamente a reglas sobre límites máximos extraídas de los precedentes jurisprudenciales, debido a las cambiantes circunstancias económicas de nuestro país.

Ante la imposibilidad de una reparación integral de tal daño, es necesario que la víctima pueda recibir una indemnización, situación que corresponde determinar al arbitrio judicial, fundado en las circunstancias propias del caso concreto y de los peticionarios, con el fin de lograr una ponderación fundada en criterios de justicia y equidad. Así, estos parámetros hacen que la decisión del juez no sea inequitativa y garantiza el derecho a la igualdad de los justiciables¹⁵¹.

¹⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia No. 060 del 28 de febrero de 1990, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, p. 71.

¹⁵⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 04 de Agosto de 2008, M.P.: Mary Esmeralda Agón Amado.

¹⁵¹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 13 de Marzo de 2008, M.P.: Jeanett Ramírez Pérez. Exp. 0429-2007.

Sin embargo, para indemnizar este tipo de perjuicios no existe una tarifa legal en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, si hay un criterio de razonabilidad en los precedentes judiciales, es decir, en las decisiones de las altas cortes, cuya aplicación garantiza el derecho a la igualdad en materia de reparación del daño, con el fin de que en casos similares se reciban soluciones judiciales semejantes.

Conforme a lo anterior, a modo de ejemplo, se puede señalar que debe tenerse presente que no causa la misma aflicción o el mismo dolor la muerte de un hermano que la de un hijo. Así, lo sostiene el Tribunal al recalcar que *“esta última es mayor por los lazos que se tejen entre los padres y los hijos, que son, en primer lugar, de afirmación incondicional de la vida a través de los cuidados que los padres prodigan a estos, quienes indefensos no podrían subsistir por si solos. En segundo lugar, de amor generoso y altruista con el hijo adulto – un ser ya completamente separado del hogar– que si bien ya no necesita de los cuidados de niño, sigue recibiendo el afecto propio de la descendencia”*¹⁵².

Para lograr la tasación de la reparación del daño, tarea que corresponde al sentenciador apreciar en cada caso, según las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo a las normas de la sana crítica, no es permitido por la jurisprudencia establecer requisitos o reglas para su valoración en razón a la edad, el parentesco, el tiempo, la posición social o la condición económica de la víctima¹⁵³. Pues bien es cierto, que las relaciones sentimentales de los seres humanos no obedecen a normas formales que puedan fijarse con anterioridad, sin embargo, la experiencia admite presumir la existencia de este tipo de perjuicio, entre los parientes más próximos, asunto que siempre será tarea demostrable por parte de quien demanda su indemnización. Pues en principio, nadie más que la persona que sufre directamente la acción dañina, está legitimada para recabar tal especie de indemnización. Ahora bien, es posible que personas diferentes a la víctima

¹⁵² TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 26 de Agosto de 2008, M.P. Mery Esmeralda Agón Amado.

¹⁵³ *Ibíd.*

directa de un hecho dañoso, puedan solicitar indemnización por los perjuicios morales que sufrieron a causa de las lesiones recibidas por el sobreviviente. A manera de ejemplo, sería el caso del padre de familia que ve a su esposa o a un hijo reducidos a una silla de ruedas o con una desfiguración facial impresionante¹⁵⁴.

En efecto, porque la noción de responsabilidad civil impone al responsable no sólo el deber de reparar, sino además la obligación de indemnizar, que surge no únicamente por el incumplimiento de un contrato que origina la responsabilidad contractual, sino también como consecuencia de todo daño que se cause por hechos ilícitos, que comprende la responsabilidad extracontractual, como veremos a continuación.

5.2 ESTUDIO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido trascendental en nuestro país, entre otras materias, por la resarcibilidad del daño moral, debido a que la jurisprudencia lo ha aceptado más fácilmente en materia de responsabilidad aquiliana que en la contractual.

De lo anterior, se puede señalar que la conducta que causa un perjuicio a determinado individuo, se presenta cuando entre la parte que sufre el daño y la que lo propina exista de antemano una relación contractual, con ocasión de la cual se produjo un daño, éste último puede originarse en el incumplimiento de un contrato, si se quebrantan las obligaciones derivadas del negocio jurídico, o cuando sin existir vínculo contractual alguno, ya que no media la existencia de este tipo de relación jurídica, se produce un hecho dañoso; que da lugar, en la primera hipótesis, al surgimiento de la responsabilidad civil contractual, y en la

¹⁵⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 25 de Marzo de 2008, M.P.: Henry Lozada Pinilla.

segunda, a la responsabilidad aquilina o extracontractual. Debido a ello, es indispensable discernir en cuál de estos dos campos de la responsabilidad civil nos ubicamos, para proyectar las pretensiones que se aspiran establecer en un eventual proceso, con el fin de reclamar con certeza al causante del daño su respectiva reparación.

Tanto en la responsabilidad civil contractual como extracontractual es necesario que concurran los elementos que configuran la responsabilidad civil, siendo estos: el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre los dos primeros y la culpa. Del último de los elementos prescinde el derecho sólo cuando se trata de actividades de alto riesgo para terceros, en unos casos bajo presunción de culpa, en otros como estimación de responsabilidad objetiva¹⁵⁵. Puesto que, al acreditarse dichos requisitos, surge la obligación a cargo de la persona causante del daño de indemnizar a la víctima que padeció un perjuicio, entre los que se encuentran los llamados daños morales.

En efecto, el Tribunal de Bucaramanga, en los fallos de responsabilidad extracontractual, ha aceptado la procedencia del daño moral, pese a ello, en el ámbito contractual no sucede lo mismo, puesto que, se ha observado dificultad en su reconocimiento y en la determinación de criterios aplicables para su reparación, sin embargo, hasta años recientes, se ha venido aceptando la resarcibilidad de este perjuicio en la esfera convencional.

Como bien es sabido, sobre los miembros de una comunidad recae el deber de comportarse correctamente, es decir, de actuar en concordancia con las normas, con el fin, de que no se cause una lesión a otro individuo de la sociedad. De allí, que al incumplirse con este supuesto, se contrae inmediatamente la obligación de indemnizar los perjuicios que se provocaron a causa de esa conducta.

¹⁵⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 26 de Enero de 2011, M.P.: Antonio Bohórquez Orduz.

La responsabilidad extracontractual tiene aplicación en aquellos casos en los cuales la normatividad resulte transgredida, causando un menoscabo a otra persona, con ello, se configura la obligación de indemnizar los perjuicios que tal conducta haya causado, ya que nuestro ordenamiento jurídico sigue el presupuesto según el cual, si alguien causa daño o agravio a una persona o a su patrimonio, debe repararlo¹⁵⁶.

Continuando con lo expuesto, cuando el daño se causa sin que se trate del incumplimiento de un contrato, la jurisprudencia ha distinguido tres modalidades en materia de responsabilidad extracontractual, a saber: la que se deriva del hecho propio (disciplinada por los artículos 2341 a 2345), la responsabilidad por el hecho ajeno (a la cual se refieren los artículos 2346 a 2349 y 2352) y la que surge del hecho dañoso de las cosas animadas o inanimadas (cuya preceptiva se halla en los artículos 2350 y s.s. - salvo el 2352)¹⁵⁷.

En cualquiera de estas categorías, puede darse la responsabilidad extracontractual, de tal suerte que alguna de las tres se produce en desarrollo de una actividad peligrosa, no se trata de que la novedosa jurisprudencia haya estructurado un cuarta especie de responsabilidad, sino apenas una circunstancia calificadora que se puede aplicar a cualquiera de las tres mencionadas, ya que el daño puede haberse causado en ejercicio de una actividad peligrosa, como se establece en el artículo 2356 del Código Civil Colombiano.

Ciertamente, al señalarse como principio general del derecho la resarcibilidad del daño, corresponde a quien reclama su resarcimiento, demostrar la existencia de este daño y su extensión, excluyéndose, todo lo pueda representar un enriquecimiento. En este sentido, la prestación de la obligación resarcitoria

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 13 de Marzo de 2008, M.P.: Jeanett Ramírez Pérez, Exp. 68001-31-03-006-2000-00153-01, Clasificación sostenida en la Sentencia del 26 de Enero de 2011.

llamada indemnización, tiene como límite cuantificable aquel que, según su función, alcance a reparar el perjuicio ocasionado, para lograr el restablecimiento, en sus diferentes formas, de la misma situación anterior que poseía la víctima. Por tal razón, es indispensable recalcar que un daño solo puede ser indemnizado por una sola vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño.

Por otra parte, es necesario indicar que, cuando se trata de la responsabilidad civil emanada de un contrato, se crea el deber de resarcir los daños que surgen como resultado del incumplimiento de las obligaciones que sobrevienen por la indebida conducta contractual.

De acuerdo, con el artículo 1613 del Código Civil Colombiano, el legislador, plantea tres casos en los cuales el acreedor tiene derecho a exigir del deudor la indemnización de los daños y perjuicios sufridos:

1. *“Cuando el deudor deja de cumplir totalmente su obligación,*
2. *Cuando el deudor cumple su obligación parcialmente, y, finalmente,*
3. *Cuando el deudor se demoró en el cumplimiento de la obligación”¹⁵⁸.*

En relación, con el primer caso, en materia de responsabilidad, se establece que si un deudor incumple su obligación, el acreedor tiene derecho a obtener una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido, de haberse cumplido efectiva y puntualmente la obligación, y que por consiguiente, lo indemnice del perjuicio causado por la falta de cumplimiento.

De otro lado, en el último caso la indemnización tiene como fin, que el deudor garantice al acreedor la cuantía total de los daños que ha causado en su

¹⁵⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 29 de Enero de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado, Exp. 2008-737.

patrimonio, ya sea por retraso o incumplimiento, a ello, se conoce por parte del Tribunal con el nombre de compensación¹⁵⁹.

Ahora bien, al referirnos a la acción contractual, deben presentarse para su admisión tres requisitos básicos a saber, tales como: (i) la existencia de un contrato legalmente ajustado, (ii) el incumplimiento culpable de las obligaciones que el negocio genera para una de las partes y (iii) el daño derivado -nexo causal- de tal incumplimiento para la otra parte, quien por su lado cumplió o se allanó a cumplir su parte en el contrato¹⁶⁰. Los cuales, son esenciales para que se dé validez a dicha acción.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad desprendida de un contrato, el Tribunal, ha reconocido que al darse un incumplimiento contractual, se genera un daño de índole moral, creando un menoscabo psíquico o afectivo¹⁶¹. Lo anterior, gracias a la evolución que la doctrina y la jurisprudencia ha efectuado, podemos señalar que se ha logrado que el legislador colombiano, de manera expresa consagre la indemnización de perjuicios morales en materia contractual, al establecer en el inciso 2 del artículo 1006 del Código de Comercio que “(...) *En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral*”. En este sentido, dicha normatividad, ha venido permeando la jurisprudencia nacional, con el fin de reconocer y conceder la indemnización de este tipo de daño. De esta forma, a modo de ejemplo, se puede resaltar que se ha reconocido responsabilidad contractual en actos médicos o de hospitales, o por acciones de tipo laboral en los accidentes de trabajo, sin que lo anterior sea impedimento para que en otros casos, sea viable el reconocimiento de este tipo de daños, pues en ningún momento se excluyen para casos similares¹⁶².

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 12 de Mayo de 2009, M.P.: Ramón Alberto Figueroa Acosta, Exp. 2008-860.

¹⁶¹ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 26 de Marzo de 2007, M.P.: Omar José Amado Ariza.

¹⁶² Ibid.

Continuando con este criterio, el artículo 1602 del Código Civil, establece que, todo contrato que se haya celebrado de acuerdo a las formalidades legales, es ley para las partes, quienes asumen obligaciones que son propias de sus deberes emanados del negocio jurídico como de la ley.

De esta manera, al estipularse como ley para las partes, se forja un límite a su responsabilidad en cuanto a su incumplimiento, lo que se traduce en la indemnización de perjuicios de acuerdo a lo que se establecen los artículos 1603 y 1604, que otorgan a favor de la parte que cumplió su resarcimiento, por ser éste último, el único legitimado para exigirlos. Empero, la responsabilidad aquí creada por causar daño de índole moral, surgida del incumplimiento contractual, tiene una aplicación excepcional, puesto que, en algunos casos, aunque es viable la indemnización del perjuicio moral, es menester demostrar que realmente se causó un daño directo a la persona que aspira a obtener la respectiva indemnización.

Sin embargo, es necesario anotar que las relaciones contractuales en el mundo actual suelen presentarse bien complejas, pues bien es cierto que normalmente se ha aceptado en el mundo que las relaciones contractuales sólo son bilaterales y que, si se dan, involucran tan sólo a quienes participan de modo directo en la celebración del negocio; pero la vida de los negociantes en los tiempos actuales nos ha mostrado con creces que son muchos los eventos en los que los contratos aparecen de orden multilateral, con reconocimiento del derecho positivo, incluso, como pasa en los contratos de transporte, o en los de seguros, etc., pero que cada vez son más cotidianos¹⁶³. Conforme a ello, no puede sostenerse que ante la ausencia de un contrato directo entre los contratantes, no exista responsabilidad contractual. Así, la relación convencional puede presentarse en una cadena de negocios y no por ese hecho, deja de presentarse responsabilidad en cabeza de quien incumple con sus obligaciones.

¹⁶³ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sentencia 26 de Enero de 2009, M.P.: Antonio Bohórquez Orduz, Exp. 774-2008.

Siguiendo esta línea, puede observarse que según el reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los subcontratistas podrían ser sujetos pasivos del reclamo contractual, con las mismas consecuencias jurídicas que de tal tratamiento se desprenden, como la misma Corte lo ha venido señalando¹⁶⁴.

En conclusión, como quedo establecido desde el inicio de este capítulo, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Bucaramanga, ha sido estático y poco novedoso, razón suficiente para señalar que en los diferentes casos de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, el reconocimiento del daño moral ha obedecido a los fundamentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, sin que se establezcan criterios claros para la tasación de los montos indemnizatorios que se deben tener en cuenta para reparación integral de la víctima.

¹⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 11 de Septiembre de 2002, M.P.: José Javier Ramírez Gómez.

CONCLUSIONES

De lo expuesto, podemos intentar esbozar algunas conclusiones sobre el tratamiento de del tema investigado.

- ✓ La responsabilidad civil, tal como ha sido concebida, se define como la obligación de reparar un perjuicio ocasionado a un individuo, por la violación de una obligación contractual o por la ocurrencia de un hecho doloso o culposo. Debido a que se encuentra categorizada en dos grandes campos a saber; de un lado, la responsabilidad contractual y de otro, la responsabilidad extracontractual.
- ✓ Tanto en la responsabilidad civil contractual como extracontractual se requiere para su estructuración de la concurrencia de los elementos que la configura, siendo estos, el hecho, la culpa, el daño, el nexo causal entre el hecho y el daño.
- ✓ El daño es el fundamento primordial de la función resarcitoria. Y, siguiendo la doctrina, el derecho colombiano ha optado por dividir la tipología del éste, en sus dos clásicas divisiones: los daños patrimoniales y los perjuicios extrapatrimoniales, clasificación realizada desde los efectos económicos que se predicen de uno y otro sobre el patrimonio interno de la víctima.
- ✓ En Colombia, respecto de la tipología del daño extrapatrimonial se incluye de manera taxativa el perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación.
- ✓ El perjuicio moral, es definido por la jurisprudencia como el dolor, el sufrimiento, la zozobra padecidos por la víctima y los perjudicados. Este ha adquirido una

importancia significativa dentro de la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales.

- ✓ El daño moral es reconocido tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado. Sin embargo, se presentan algunos matices de desarrollos diferentes entre una y otra jurisdicción, a saber, como el criterio de equivalencia para valorar el daño moral (salarios mínimos legales en Consejo de Estado y cifra única en la Corte Suprema de Justicia determinada por el arbitrio del juez). El tope máximo señalado por cada corporación y algunos criterios de presunciones de la existencia del daño moral en las personas sin grado de consanguinidad, son más explícitos en el Consejo de Estado.
- ✓ La jurisprudencia de las altas Cortes no ejemplifican el mejor modo de abordar el tema del daño moral y su respectiva reparación. Pues desde su primer reconocimiento, hasta nuestros días, no existen criterios de tasación ni mucho menos de valoración, para reconocer este tipo perjuicio, labor dejada a merced de los juzgadores, en virtud de los principios de equidad y de justicia.
- ✓ Por regla general, no se requiere de dictamen pericial como mecanismo idóneo para su determinación y cuantificación de esta clase de daño. La determinación de la cuantía se hace directamente por el juez en ejercicio de su facultad discrecional *arbitrium iudicis* que está enmarcado dentro de las circunstancias del caso, la intensidad del daño moral causado y dentro de los topes referidos por las altas cortes.
- ✓ Los topes fijados por la jurisprudencia, en el reconocimiento de los montos indemnizatorios sirven como guía al juzgador al momento de fallo, pero en ningún momento obligan. Por tal razón, el juez puede apartarse de ellos, fundamentando razonablemente los motivos que le llevan a separarse del precedente jurisprudencial.

- ✓ El monto indemnizatorio asignado por el daño moral tiene un carácter satisfactorio. No es indemnizatorio y tampoco equivale al perjuicio punitivo, el cual se fija en la conducta dolosa o gravemente negligente del causante del daño, más que en la intensidad misma del daño.
- ✓ Dentro de la Jurisprudencia, debe buscarse un criterio unificador en cuanto al tema, en particular en lo referente a los límites de la reparación, no siendo proporcional que cada jurisdicción establezca su propio límite adoptando caminos separados.
- ✓ En los fallos de responsabilidad extracontractual, se admite la procedencia del daño moral con mayor facilidad, tal como lo hace la Corte Suprema de Justicia; criterio que ha seguido el Tribunal de Bucaramanga. Sin embargo, no sucede lo mismo, en el plano contractual, donde el perjuicio moral tiene aplicación excepcional, para lo cual es obligatorio demostrar que se causó un daño directo a la persona que demanda su respectiva reparación.
- ✓ El desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Bucaramanga, ha sido estático y poco novedoso, en materia de reconocimiento del daño moral en los diferentes casos de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.
- ✓ Debe buscarse, una evolución tanto legislativa como jurisprudencial, que reglamente el tema de la reparación del daño moral en el ámbito contractual.

BIBLIOGRAFIA

- ✓ ALESSANDRI. Rodríguez. Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1987.
- ✓ BREBBIA. Roberto. El daño moral. Doctrina-Legislación y Jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1957.
- ✓ BUSTAMANTE. Alsina. Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9 ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 1997.
- ✓ CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá, Legis Editores S.A., 2007.
- ✓ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá, Legis Editores S.A., 2007.
- ✓ CODIGO PENAL COLOMBIANO. Bogotá, Legis Editores S.A., 2007.
- ✓ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 446. (07, julio, 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial. Bogotá, 1998, No. 43.335.
- ✓ DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Editorial Bosch, 1970.
- ✓ GIRALDO. Gómez. Jorge Iván. El daño moral, Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1989.
- ✓ GONZALEZ. Puyana. María y SALAZAR. Vallejo. Carolina. El daño moral. Trabajo de grado para optar el título de Abogado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1990.
- ✓ LARENZ. Karl. Derecho de Obligaciones, traducido por J. Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

- ✓ MARTÍNEZ. Rave. Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 4 ed., Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1988.
- ✓ MAZEAUD, Henri y LEON, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- ✓ NAVIA. Arroyo. Felipe. Del Daño moral al Daño Fisiológico ¿Una evolución real?, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- ✓ ORGAZ. Alfredo. El daño resarcible (Actos Ilícitos), 2 ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960.
- ✓ OSPINA. Fernández. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, 8 ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008.
- ✓ PEREZ. Vives. Álvaro. Teoría de las Obligaciones. Primera Parte, Vol. II, Bogotá, 1951.
- ✓ PEREZ. Vives. Álvaro. Teoría de las Obligaciones, Parte Primera (De las Fuentes de las Obligaciones: continuación), 2 ed., Vol. II, Bogotá, Editorial Temis, 1954.
- ✓ PLANIOL. Marcel y RIPERT. Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, La Habana, Editorial Juan Buxd, 1927.
- ✓ SAAVEDRA. Becerra. Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- ✓ TAMAYO. Jaramillo. Javier. De la Responsabilidad Civil, T. 2, De los perjuicios y su indemnización, Bogotá, Editorial Temis, 1986.
- ✓ TAMAYO. Jaramillo. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, 2ed, T.I, Bogotá, Legis Editores S.A, 2007.
- ✓ TAMAYO. Jaramillo. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, 2ed, T.II, Bogotá, Legis Editores S.A, 2007.
- ✓ TAMAYO. Lombana. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.
- ✓ TOMASELLO. Hart. Leslie. El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

- ✓ ZANNONI. Eduardo. El daño en la Responsabilidad Civil, El daño moral, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 1987.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

- ✓ CIENFUEGOS. Salgado. David. Interpretación Jurisprudencial de la Responsabilidad Civil por Daño Moral, México: Universidad Nacional Autónoma de México. [Citado 28 de Septiembre de 2011; 16:30:00]. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art1.pdf>
- ✓ DOMINGUEZ. Hidalgo. Carmen. La Indemnización por Daño Moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 1, 1998. [Citado 30 de Septiembre de 2011; 20:00:00]. Disponible en Internet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2650080
- ✓ VELASQUEZ. Posada. Obdulio. Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia, Bogotá: Universidad de la Sabana. [Citado 13 de Septiembre de 2011; 9:00:00]. Disponible en Internet: http://www.aplegis.com/documentosoffice/civil_seguros/ITINERARIO_MORAL_COLOMBIA_O_bdulioVelasquez.pdf
- ✓ VIELMA. Mendoza. Yoleida. Discusiones en torno a la Reparación del Daño Moral. Revista de filosofía práctica Universidad de Los Andes, N° 16, Junio, 2006. [Citado 26 de Septiembre de 2011; 14:00:00]. Disponible en Internet: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

CONSEJO DE ESTADO

- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 14 de Febrero de 1992.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 26 de Febrero de 1993, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 06 de Mayo de 1993.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 28 de Noviembre de 1994.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 22 de Agosto de 1996.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 17 de Octubre de 1996.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 21 de Noviembre de 1996.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 28 de Octubre de 1999, M.P.: María Elena Giraldo Gómez, Exp.: 12384.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 28 de Septiembre de 2000. Exp. 11755.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 19 de Julio de 2001, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp.:12.078.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 6 de Septiembre de 2001, M.P.: Alier Hernández Enríquez, Exp. 13 232-15646.

- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia de 3 de Mayo de 2007, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.:25000-23-26-000-1999-00631-01.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 16 de Octubre de 2008, M.P.; Ruth Stella Correa Palacio, Exp.: 17486.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 19 de Noviembre de 2008, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp.: 28259.
- ✓ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, Sentencia 10 de Junio de 2009, Exp. 27001-23-31-000-2000-02723-01.

CORTE CONSTITUCIONAL

- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá, Sentencia C-926 del 29 de Octubre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Marzo de 1940.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 23 de Noviembre de 1954.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 06 de Julio de 1955.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Septiembre de 1978.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 02 de Julio de 1987.

- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia No. 060 del 28 de febrero de 1990, M.P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 10 de Marzo de 1994.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Mayo de 1999, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 4978.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 25 de Octubre de 1999, Exp. 5012.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 25 de Noviembre de 1999.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 28 de Junio de 2000.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 17 de Agosto de 2001, Exp. 6492.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 11 de Septiembre de 2002, M.P.: José Javier Ramírez Gómez.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 13 de Diciembre de 2002.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 15 de Octubre de 2004.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Mayo de 2005.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 29 de Junio de 2007, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 44001-3103-001-1993-01518-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 13 de Mayo de 2008.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 31 de Julio de 2008, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 23001-3103-004-2001-00096-01.

- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 20 de Enero de 2009, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 170013103005 1993 00215 01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 15 de Abril de 2009, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 20001-3103-005-2005-00406-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 18 de Diciembre de 2009, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda, Exp. 05001-3103-010-1998-00529-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 09 de Julio de 2010, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 11001-3103-035-1999-02191-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 01 de Marzo de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 11001-0203-000-2010-0161400.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 08 de Agosto de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 2001 00778 01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 16 de Septiembre de 2011, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, Exp. 19001-3103-003-2005-00058-01.
- ✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 13 de Mayo de 2008, Exp. 1997 0932701.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 26 de Marzo de 2007, M.P.: Omar José Amado Ariza.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 13 de Marzo de 2008, M.P. Jeanett Ramírez Pérez, Exp. 68001-31-03-006-2000-00153-01.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 25 de Marzo de 2008, M.P.: Henry Lozada Pinilla.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 04 de Agosto de 2008.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 26 de Agosto de 2008, M.P. Mery Esmeralda Agón Amado.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 26 de Enero de 2009, M.P.: Antonio Bohórquez Orduz, Exp. 774-2008.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 29 de Enero de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado, Exp. 2008-737.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 12 de Mayo de 2009, M.P.: Ramón Alberto Figueroa Acosta, Exp. 2008-860.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 04 de Junio de 2009, M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 12 de Enero de 2011, M.P.: José Mauricio Marín Mora, Exp. 453-2010.
- ✓ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.
Sentencia 26 de Enero de 2011, M.P.: Antonio Bohórquez Orduz.