

Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano

Immaterial damages as consequence of contractual breach: colombian case study

Diego Alexander Berbessi Fernández

 <https://orcid.org/0009-0008-2580-7878>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: diego.berbessi@est.uexternado.edu.co

Jonathan David Marín Jiménez

 <https://orcid.org/0009-0001-1924-0990>

Universidad Externado de Colombia. Colombia

Correo electrónico: jonathan.marin@est.uexternado.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2024.25.18873>

Recepción: 1 de febrero de 2024

Aceptación: 18 de septiembre de 2024

Resumen: Los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual son una materia, que por la renuencia histórica que hubo para abrir paso a su reconocimiento y la excepcionalidad de casos en los que se pretendían, no ha tenido un gran desarrollo doctrinal ni jurisprudencial. Este estudio, con el objetivo de aportar a un mejor entendimiento de este tema que cada vez toma más protagonismo en la práctica jurídica, hace un análisis histórico de los denominados perjuicios inmateriales contractuales, así como aporta una visión actualizada de los mismos bajo las categorías de perjuicios inmateriales reconocidas por la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos. De la misma manera, hace un estudio del comportamiento de estos a partir de las diferentes vicisitudes que se pueden presentar en la práctica contractual privada y estatal.

Palabras clave: perjuicios inmateriales; daño moral; responsabilidad contractual; contratación privada, contratación estatal.

Abstract: Immaterial damages derived from contractual breach are a matter that, due to the historical reluctance that existed to make way for their recog-

niton and the exceptional nature of cases in which they were sought, has not had great doctrinal or jurisprudential development. This study, with the objective of contributing to a better understanding of this topic that is increasingly taking center stage in legal practice, makes a historical analysis of the so-called contractual immaterial damages, as well as provides an updated vision of them under the categories of immaterial damages recognized by the current jurisprudence of the Colombian Supreme Court of Justice and the Council of State. In the same way, it makes a study of their behavior based on the different vicissitudes that can arise in private and state contractual practice.

Keywords: immaterial damages; moral damage; contractual liability; private contracting, state contracting.

Sumario: I. *Aclaraciones terminológicas previas.* II. *Introducción.* III. *El reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación privada.* IV. *Los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación estatal.* V. *Conclusión.* VI. *Referencias.*

I. Aclaraciones terminológicas previas

Inicialmente, con el propósito de tratar el tema bajo estudio en el presente artículo, hay que hacer referencia someramente a una serie de discusiones doctrinales, que según la posición que se tome, tiene importantes efectos, de cara a entender todo texto que pretenda hablar de responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual.

Primeramente, se hará referencia a la discusión que se presenta sobre la validez de la distinción entre el daño patrimonial y extrapatrimonial. Sobre el particular, existen dos posiciones doctrinales que se oponen. Por una parte, se encuentran autores como Tamayo (2020), quien afirma que el daño se clasifica en patrimonial o extrapatrimonial, pues, además de que el daño puede recaer en bienes que no necesariamente están en el patrimonio, de esta manera ha sido la construcción histórica que se ha hecho sobre la materia. Por el contrario, autores como Henao (1998), consideran que la clasificación debería ser entre daños materiales e inmateriales, ya que, en últimas, el daño puede recaer únicamente sobre haberes de tipo patrimonial.

Si bien, teóricamente, se estima correcta la segunda de las posiciones (Ospina, 2005)¹ lo cierto es que la importancia de tal discusión

¹ En efecto, todo daño deberá ser patrimonial. Tal como lo anota Andrés Ospina, el carácter personal del daño se condiciona a la existencia de una víctima, o, en otras

es prácticamente nula, en cuanto al estudio del daño y su indemnización, y crea más confusiones que certezas. Es por lo anterior que, para efectos del presente estudio, se usarán los términos indistintamente, es decir, se usarán los términos de daño (extra)patrimonial-(in)material como sinónimos, tal y como se hace en la práctica. Esto, con el fin de facilitar la comprensión del lector.

En segundo lugar, consideramos importante poner de presente, la diferenciación que existe entre los términos “daño” y “perjuicio”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos se han inclinado de antaño por decir que ambas palabras son sinónimas (Consejo de Estado, 1958) y, aunque en la actualidad no haya una posición clara que defina si se trata de conceptos similares o disímiles (Rueda Prada, 2014), se pone de presente al lector tal distinción, al menos de manera doctrinal, pues, lo cierto es que la utilidad práctica de esta diferenciación, a día de hoy, es también inane de cara a analizar el daño y su respectiva indemnización (Tenera Barrios).

Sobre el particular, Henao (1998) señala que el daño es la causa de la reparación, por lo que, de esta manera, “se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño —como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión— y el perjuicio-menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”. Es decir, el perjuicio se muestra como la consecuencia del daño, de tal manera que, de un daño se pueden causar perjuicios materiales y/o perjuicios inmateriales que deben ser reparados.

Tal distinción teórica permite afirmar que existen perjuicios patrimoniales o materiales y extrapatrimoniales o inmateriales: los primeros, aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero, y lo segundos, aquellos que no tienen naturaleza económica, pues no se les puede medir en dinero (Henao, 1998). A estos últimos se hará referencia en el presente estudio.

Sin embargo, como se advirtió, lo cierto es que la distinción se queda también en el plano teórico. Tan es así, que las altas cortes usan dichos términos indistintamente cuando se refieren a las diferentes categorías de daños/perjuicios inmateriales. Véase el siguiente ejemplo: las altas cortes en Colombia, reconocen como una tipología de daño/

palabras, de un patrimonio; en consecuencia, si el daño es extrapatrimonial, simplemente no habrá daño porque no habrá un patrimonio lesionado.)

perjuicio inmaterial el denominado “daño moral”. Nótese que se le da la denominación de “daño”, cuando en realidad el daño moral no es otra cosa que la consecuencia que se deriva de la realización de este, es decir, un perjuicio.

Por lo anterior, para efectos del presente trabajo, los términos de daño y perjuicio serán usados de manera indistinta; de la misma manera, se preferirá el término de (in)material por encima del término (extra)patrimonial de cara a referirse a los perjuicios, por ser la terminología imperante la jurisprudencia colombiana.

Finalmente, es muy común confundir la expresión “daño moral” con perjuicios/daños inmateriales, utilizando ambas expresiones como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que el denominado daño moral es apenas una de las tipologías de perjuicios inmateriales. La doctrina al respecto ha señalado: “La visión reduccionista del daño moral pertenece al pasado y debe ser superada, como ya lo ha sido en el derecho comparado. Hoy el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris*, que es sólo una especie de este” (Barrientos Zamorano, 2008).

De las anteriores consideraciones se puede afirmar, en suma, que los perjuicios o daños inmateriales a los que se hace referencia en este estudio son un tipo de perjuicio que se puede generar a causa de un daño. Existen, a su vez, varias tipologías o categorizaciones de perjuicios inmateriales, a los cuales las altas cortes colombianas optan por darles el prefijo de “daño” a pesar de ser perjuicios en sentido estricto. Una de esas tipologías de perjuicios o daños inmateriales es el daño moral, sin embargo, existen a su vez otras tantas, a las cuales se hará referencia en líneas posteriores.

II. Introducción

Los perjuicios inmateriales son aquellos derivados de un daño a un derecho subjetivo o interés legítimo (el cual puede o no tener contenido económico) cuya medida, para efectos de ser reparado, es imposible en términos económicos al no tener valor de mercado.

Hay que poner de presente que los perjuicios inmateriales nacieron siendo únicamente daño moral, y no fue sino con el paso del tiempo cuando se reconocieron a otras categorías. No es el objeto de la presente investigación hacer un estudio profundo en la historia de su recono-

cimiento, sin embargo, el mismo puede ser resumido en dos momentos distintos.

En un primer momento (en general, ubicado antes del Siglo xx), existía una negación generalizada a su indemnización, por la imposibilidad de determinar el *quantum* a indemnizar por concepto del daño moral, además de existir la creencia de que indemnizar el daño moral era, valga la redundancia, inmoral, pues implicaba ponerle precio al dolor; para dicha época reinaba la célebre frase del Consejo de Estado Francés “las lágrimas no se monedean” (Henaó, 1998, p. 233). El segundo momento se dio con la aceptación generalizada a su indemnización (a partir del siglo xx), con la cual se dio cuenta de que, no solamente es indemnizable el daño material, sino que el principio de reparación integral supone que la víctima del daño sea indemnizada por la afrenta sufrida en todas sus esferas, incluida la interna o sentimental; en tal caso, la indemnización otorgada no será resarcitoria, pero sí satisfactoria: “las penas con pan son menos”.

Es vasta la doctrina y la jurisprudencia escrita dedicada al tema de los perjuicios inmateriales considerados en su generalidad, no así lo es cuando estos se deriven del incumplimiento contractual. Ello, se puede explicar dado a que los casos en que se presentaba una petición de tal naturaleza no eran muy abundantes. Sin embargo, lo cierto es que la tendencia reciente en la práctica jurídica colombiana y de otros países de la región bien merecen una investigación más profunda sobre este tópico, sobre el cual aún queda un largo camino investigativo por recorrer.

Al igual que con los perjuicios inmateriales considerados en su conjunto, inicialmente la doctrina y la jurisprudencia fueron renuentes a su reconocimiento cuandoquiera que su causación se derive de la actividad contractual. Lo anterior, debido a que la posición mayoritaria se conformaba en decir que un contrato sólo podía afectar intereses de carácter pecuniario. Esta situación tiene un origen histórico que vale la pena poner de presente, el cual es expuesto por los autores Henri Mazeud y André Tunc (1977) en su *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*.

En efecto, los autores admiten que el espíritu que guió la redacción del Código Civil Francés, inspirador de los Códigos Civiles latinoamericanos, fue hostil a la reparación del perjuicio moral en materia contractual, debido a que Robert Pothier y Jean Domat, influenciadores en el trabajo redactor de aquel Código, creían que, con la negatoria al reconocimien-

to de los llamados perjuicios morales contractuales, se iba conforme a los preceptos del derecho romano, lo cual se pudo haber dado debido a una interpretación en la fórmula del jurisconsulto Paulo, según la cual “el daño y la condena se predicen tanto de la privación como de la disminución del patrimonio”.² Dando a entender, de esta manera, que el único daño relevante para el derecho es el daño patrimonial o material.

Sin embargo, lo cierto es que el derecho romano y a la postre el Código Civil Francés, no restringen en manera alguna la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de un contrato a una tipología específica de los mismos,³ por lo que se puede afirmar que la renuencia histórica al reconocimiento de los denominados perjuicios inmateriales contractuales se explica, en gran medida, a un malentendido que, en buena hora, fue corregido por la propia doctrina francesa.⁴

² Digesto, libro XXXIX, título II, ley 3a.

³ En este sentido, Henri Mazeud y André Tunc (1977) ponen de presente: “En pocas palabras, la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho”. Mazeud, Henri y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ejea, 1977, p. 429.

⁴ *Ibidem*, pp. 164 y 165. “Los textos del Código Civil están concebidos en términos bastante amplios para permitirlo. Así, el artículo 1142 del Código Civil Francés, dispone que «toda obligación de hacer o de no hacer se traduce en indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de parte del deudor», sin distinguir según el incumplimiento, cause al acreedor un perjuicio pecuniario o moral. Por otra parte, artículo 1149 del mismo Código declara que «los perjuicios que deben al acreedor lo son, por lo general, a consecuencia de la pérdida que ha experimentado o de la ganancia de que se ha visto privado ¿Por qué interpretar la palabra pérdida por pérdida en dinero?

[...] La mera lectura de los antecedentes legislativos no indica la voluntad en contrario de los redactores del Código. Pero sí, tras del término empleados, se investiga el espíritu que gui[ó] a los redactores hay que convenir en que eran hostiles a la reparación del perjuicio moral en materia contractual.

Se debió esa hostilidad a que Pothier y Domat, a quienes siguieron fielmente los redactores del Código Civil Francés, rehusaron terminantemente reparar el perjuicio moral en materia contractual, en lo que creían conformarse al derecho romano. Pero sabemos que en realidad se engañaban; numerosos textos, que Pothier y Domat ignoraban, demuestran, sin discusión posible, que el derecho romano no estableció distinción alguna, por lo que respecta al perjuicio moral, entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictuosa. Ahora bien, la idea funda-

Y es que, en efecto, ya autores de inicios del siglo xx como Marcel Planiol y Georges Ripert indicaban que, si bien es raro que, producto del incumplimiento de un contrato, se encuentre un interés moral vulnerado, este puede aparecer ligado a uno de carácter pecuniario, regulado en un contrato, como cuando la cosa que debe entregarse al acreedor reporta para él, además del valor económico de la misma, un valor sentimental (Planiol y Ripert, 1945).⁵ De esta manera, ya en tiempos modernos, existen legislaciones en el derecho comparado cuyos códigos civiles guardan silencio sobre el tema objeto de estudio,

mental que guió a los autores del Código Civil Francés, al redactar los textos relativos a las obligaciones, fue la de conformarse al derecho romano, como desde el comienzo de su informe lo proclama Bigot Preameneu en el sentido enfático propio de la época. Interpretemos, pues, con ayuda del derecho romano, los textos cuya redacción amplia da margen a la discusión: El derecho romano concedía reparación de perjuicio moral en materia contractual; sería desconocer la verdadera voluntad de los redactores del Código adoptar una solución contraria”.

⁵ “[...] En materia de delitos, la jurisprudencia concede desde hace tiempo sin vacilaciones una reparación pecuniaria por el daño moral, siempre que éste sea serio y real. En materia de contratos, en cambio, la cuestión es mucho más discutida. Frecuentemente se considera que el contrato sólo afecta los intereses de carácter pecuniario; su objeto, en ese sentido, no podría consistir en un simple interés moral. Por consiguiente, los daños causados al acreedor por el incumplimiento no podrán tomarse en cuenta y dar lugar a su reparación sino en la medida en que constituyan un daño de orden pecuniario. Muchos tratadistas, conformándose a este razonamiento, estiman que el incumplimiento de una obligación contractual no da lugar al abono de los daños y perjuicios, cuando solamente resulte de él un perjuicio moral.

Esta solución debe rechazarse. Es relativamente raro, sin duda, encontrar un interés moral en materia de contratos y, sobre todo, que sea con carácter exclusivo. La mayoría de las veces se encuentra ligado a un interés pecuniario: La cosa que deberá entregarse ofrece para el acreedor, aparte su valor venal un valor moral (retratos o documentos familiares, obras de arte); el incumplimiento del hecho ofrecido puede producir repercusiones sobre la honorabilidad o el crédito del acreedor, y cuando sea un comerciante, la lesión a su honor se traducirá en una lesión más o menos inmediata a sus intereses materiales. El ataque a la vida humana va casi siempre acompañado de pérdidas materiales”.

La relación sentimental de una persona con un objeto, por lo demás, encuentra positividad en el propio Código Civil colombiano en normas sobre derecho de bienes. Se trata del artículo 729 del Código Civil, que regula la accesión de una cosa mueble a otra, el cual dispone: “Si de las dos cosas unidas, la una es de mucha más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal, y la segunda como lo accesorio. Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección”.

dando lugar a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial en favor de la indemnización de los perjuicios inmateriales derivados del incumplimiento contractual, como es el caso de Francia, España o Chile. De la misma manera, algunos otros códigos han optado por admitir dicha indemnización en manera expresa, como son el caso de Perú o Argentina.⁶

Esta investigación, en aras de aportar a un mayor entendimiento de esta materia aún muy inexplorada, hace un análisis jurisprudencial del reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales a partir de las decisiones en la materia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos. Para ello, se hará uso de una modalidad de investigación descriptiva y analítica, en la que, en primera medida, se expondrá el panorama general de las tipologías de perjuicios inmateriales reconocidas en ambas corporaciones judiciales, para así aterrizar posteriormente a un análisis en concreto sobre los perjuicios inmateriales derivados de la actividad contractual en cada una de ellas. De esta manera, se pretende aproximar al lector a la experiencia colombiana, tratándose de los perjuicios inmateriales contractuales, aportando una visión actualizada de estos a la luz de las categorías de daños inmateriales reconocidas, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso-administrativa, teniendo en cuenta las vicisitudes propias de uno y otro régimen de contratación.

III. El reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación privada

1. *Panorama general de los perjuicios inmateriales en la contratación privada: evolución y actual categorización*

La primera vez que se reconoció el perjuicio inmaterial en la jurisprudencia colombiana, fue en el famoso caso *Villaveces* de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1922. Este fallo fue muy innovador por el contexto en el cual se expidió, pues Colombia vivía la época de la hegemonía conservadora luego de la expedición de la Constitución de 1886.

⁶ Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 181, *cit.*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M. P: Ariel Salazar Ramírez.

No es posible hablar sobre los perjuicios inmateriales sin hacer referencia a los hechos que rodearon el caso y las consideraciones que llevaron a la Corte Suprema de Justicia al reconocimiento de esta tipología de perjuicios, pues ellas constituyen los cimientos a partir de los cuales se ha construido la doctrina que orienta todo reconocimiento de los perjuicios inmateriales tanto en la contratación privada como pública.

Los hechos del caso dan cuenta que el señor León Villaveces, demandante en el proceso, era un comerciante de buen estatus social, quien amaba profundamente a su cónyuge fallecida, mandando a traer desde Europa una lápida de mármol para decorar su sepulcro. En 1914, el accionante fue al cementerio del barrio de las Nieves en el municipio de Bogotá para visitar a su difunta esposa, sin embargo, se encontró con que los restos ya no yacían en el lugar donde estaban desde hacía más de 19 años, pues los empleados del cementerio, sin notificarle al señor Villaveces, habían profanado y extraído por error esos restos y los habían depositado en una fosa común, desocupando la bóveda para arrendar y sepultar el cadáver de otra persona, de manera que, era imposible identificar, para la época, los restos y devolvérselos al señor Villaveces. Ello llevó al demandante a reclamar judicialmente los perjuicios materiales que sufrió al perder la lápida de mármol y el valor del ataúd, además de solicitar el reconocimiento de una indemnización por el daño moral consistente en aquel dolor abismal por haber perdido los restos de su esposa y no poder evocar respeto y lamento a su compañera de vida.

En segunda instancia, el tribunal negó la pretensión de reconocer una indemnización por daño moral, toda vez que no se había probado que el perjuicio moral afectara patrimonialmente al demandante. Finalmente, cuando el proceso es estudiado por la Corte Suprema de Justicia, esta decide casar la sentencia debido a que el tribunal cometió yerro al no interpretar debidamente los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual, puesto que estas disposiciones no limitan el reconocimiento del daño a los perjuicios materiales, sino que contempla también el interés jurídico afectivo de quebranto y profunda tristeza de la víctima.

En efecto, la Corte, en análisis del artículo 2356 del Código Civil⁷ entiende que la norma no limita la reparación del daño a una única tipolo-

⁷ Este artículo estipula: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta".

gía de perjuicios, porque los derechos de propiedad que tienen una base pecuniaria son apenas una parte de las piezas que integran al ser humano, porque así como se puede dañar a una persona degradando sus predios y cosechas, también se le puede dañar infligiendo ofensa en su honor o reputación, de manera que, con el artículo 2356 del Código Civil al referirse el legislador a “todo daño”, se introduce en el ordenamiento colombiano el daño moral como concepto indemnizable.

Otro punto interesante de la decisión se puede observar en la condena hacia el municipio de Bogotá por el pago de tres mil pesos (3.000 COP), cuantía fijada por los dos peritos designados por la corte para determinar el valor que debía tener esa dolencia y quebranto que había sufrido el señor Villaveces como consecuencia de la profanación de la tumba de su esposa.⁸ Los peritos consideraron que la reparación al señor Villaveces debía ser una reparación de carácter simbólica debido a la imposibilidad de medir pecuniariamente el dolor del actor, tras lo cual, consideraron que el *quantum* a indemnizar debía ser el monto necesario para reconstruir el monumento. De esta manera, la Corte le reconoce al dinero su función de generar compensaciones de tipo satisfactorio cuandoquiera que no exista manera de hacer una real equivalencia del perjuicio sufrido, tal y como acontece con los perjuicios inmateriales. (Corte Suprema de Justicia, 1922).

A partir de esta sentencia, la jurisprudencia colombiana se ha encargado de crear, modificar y eliminar categorías de perjuicios inmateriales, siendo un tema que está todavía en constante evolución. No es objeto del presente estudio hacer una investigación exhaustiva sobre el recorrido histórico de las diferentes categorizaciones de los perjuicios inmateriales, sin embargo, vale la pena mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la década de los 30 ya subdividía el daño moral en categorías que, posteriormente, la misma Corporación y el Consejo de Estado reconocieron como autónomas. (Corte Suprema de Justicia, 1937) Así, durante gran parte del siglo xx predominó la concepción según la cual el daño moral se subdividía en tres: 1) la parte afectiva del patrimonio moral —hoy conocido como daño moral—; 2) la parte social del patrimonio moral —hoy conocido como daño a la vida de relación—, y 3) el denominado “daño moral objetivado”, producido cuando

⁸ Para la época, la labor de cuantificación de los perjuicios inmateriales era hecha por peritos, trabajo que hoy día se le reconoce al juez.

el daño moral se objetiva o se hace visible en el patrimonio de la víctima —hoy reconocido como daño material a modo de lucro cesante—. ⁹

No fue sino hasta 2008 cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia comenzó a indemnizar el daño a la vida de relación como una categoría de perjuicio inmaterial autónoma (Corte Suprema de Justicia, 2008), clasificación que se mantuvo hasta 2014 cuando se expidió la sentencia del 5 de agosto (Corte Suprema de Justicia, 2014), fallo unificador que contiene la categorización de los perjuicios inmateriales hasta hoy reconocida. En efecto, allí se dijo que los perjuicios inmateriales se pueden clasificar en tres:

En primer lugar, el daño moral, el cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se materializa “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Corte Suprema de Justicia, 2009). ¹⁰ En segundo lugar, el daño a la vida de relación, el cual puede ser definido como una tipología de daño inmaterial autónoma, que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la víctima como consecuencia del daño, sin que se pueda confundir con otras categorías de perjuicios inmateriales con contenido diferente (Corte Suprema de Justicia, 2008). Y, por último, el daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, categoría de perjuicio inmaterial reconocida por primera vez por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la precitada sentencia de 2014. La Corte, a partir de la enunciación de una serie de derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales

⁹ Esta categoría de daño moral fue duramente criticada por la doctrina al tratarse por parte de la jurisprudencia de la época como si fuere perjuicio inmaterial. Así, Navia Arroyo (2000): “En realidad, así llamado daño moral objetivado es un daño patrimonial o material, por cuanto la lesión no recae sobre un bien de la personalidad. Otra cosa es su repercusión en el patrimonio de la víctima (lucro cesante) y por lo mismo susceptible de ser avaluado en dinero de manera exacta, con la colaboración de peritos, en la misma forma que cualquier otro perjuicio patrimonial”.

¹⁰ En este sentido, Alessandri define el daño moral: “Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio, o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral” (1943, p. 225).

tales como la honra, el buen nombre o la intimidad, define esta categoría como “el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Ahora bien, en cuanto a la reparación de dichas tipologías de daño inmaterial, contrario a como sucede en la jurisprudencia del Consejo de Estado que se verá en líneas posteriores, la Corte Suprema de Justicia ha optado por hacer un estudio caso a caso, debiendo el juez, conforme a la equidad y las particularidades del caso en concreto fijar el monto a reparar, sin que sea procedente el establecimiento de parámetros generales que valoren el perjuicio (M´Causland Sánchez, 2015).

2. Panorama específico de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual en la contratación privada: su fundamentación, demostración, y la posibilidad de tasación anticipada

De cara a aproximarnos de los denominados perjuicios inmateriales contractuales, hay que poner de presente que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha tenido varias dificultades a lo largo de su historia en su reconocimiento, afirmando en su momento, fiel a la tradición francesa, que estos pertenecían celosamente a la responsabilidad extracontractual o, que dicha especie de daño no estaba consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

En un primer momento, que se puede datar en los finales de la década de los años treinta e inicios de los cuarenta del siglo xx, la corte admitía la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual, pues entendió que el incumplimiento de un negocio jurídico no solamente tiene afectaciones en el patrimonio de la parte presta a cumplir el contrato, sino también, en su parte reputacional y afectiva, ya que, bien puede ocurrir, que un comerciante al encontrarse en un escenario de fracaso negocial, se le puedan causar daños en su sentimientos, lamentos por el no éxito de lo pactado, y por su puesto perjuicios en su ventas (Corte Suprema de Justicia, 1937).

Sin embargo, en los años posteriores, la jurisprudencia optó por negar de manera generalizada el reconocimiento de los perjuicios inmate-

riales contractuales (Corte Suprema de Justicia, 1944),¹¹ argumentando que únicamente hay lugar a su reconocimiento tratándose de la responsabilidad extracontractual. Dicha tesis, la estimamos incorrecta, pues tal como lo pone de presente la doctrina (Navia Arroyo, 1978, pp. 44 y 45),¹² el fundamento de la indemnización de los perjuicios inmateriales no solamente está contenida en artículo 2341 del Código Civil ateniendo a la responsabilidad extracontractual, pues de igual manera en el artículo 1615 del mismo estatuto,¹³ aplicable en materia contractual, obliga a indemnizar los perjuicios *in genere*, no solamente los materiales o patrimoniales. De la misma manera, dicha argumentación equivaldría a decir que las partes que celebren un contrato son incapaces de sentir un perjuicio inmaterial ante el fracaso contractual, y por el contrario aquellos no vinculados por un negocio jurídico si tienen la capacidad de sentir dolor y lamento por la causación de un daño, posición a todas luces equivocada.

Por otra parte, para la época, decía la corte, asumiendo que los perjuicios inmateriales eran propios de la responsabilidad extracontractual y no de la contractual, que no se podían mezclar figuras propias de una

¹¹ Allí, se dijo: “Los perjuicios morales que cobra el demandante como consecuencias del no cumplimiento de sus obligaciones de parte de la Compañía demandada, no tiene base legal en el presente juicio. Ellos tienen su fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, y se derivan de un hecho delictuoso o culposo, que haya inferior daño a otra persona, es decir, por hechos extracontractuales, lo que equivale a lo que los expositores llaman culpa aquiliana, pero como en este litigio los perjuicios provienen del incumplimiento de un contrato, ellos se originan en una culpa contractual y no aquiliana y por consiguiente, no obro correctamente el Juez al condenar a perjuicios morales. Pero si se pudiera discutir que el incumplimiento de un contrato puede acarrear también perjuicios morales, es lo cierto que, en el asunto en estudio, no se ha comprobado ni su existencia ni su monto”.

También véase: Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia del 20 de febrero de 1945, M. P.: Hernán Salamanca.

¹² De igual manera, célebre es el salvamento de voto en la mencionada sentencia del 29 de julio de 1944 del magistrado Ricardo Hinestrosa Daza, quien apuntó: “No veo cómo legal y equitativamente, la sola consideración de que la culpa sea contractual para el uno y extracontractual para el otro haya de determinar en la sentencia indemnización plena para el transeúnte y exclusión para el pasajero de cuanto no sea perjuicio material”.

¹³ Este artículo estipula: “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”.

responsabilidad y otra, pues tal proceder daría lugar a una doble indemnización (Jaramillo y Robles, 2014). Parte de la doctrina¹⁴ ha sostenido que un argumento esencial para explicar tal argumentación del alto tribunal en esta etapa tiene su origen en la mala interpretación de la patrimonialidad como requisito de la prestación contractual (Betti, 2015), razonamiento que era usado para denegar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales. Lo anterior, toda vez que, si bien la patrimonialidad es una característica de la prestación, no lo es del interés del acreedor (Grosso, 1981), pues es claro que la obligación es susceptible de proteger tanto intereses patrimoniales como no patrimoniales (Betti, 2015).

En años posteriores, la jurisprudencia se inclinó, en general, por la negatoria al reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales¹⁵ y no fue sino hasta finales de los años sesenta cuando se volvió a reconocer su procedencia en el célebre fallo del 4 de abril de 1968 (Corte Suprema de Justicia, 1968), en el cual el demandante pide el reconocimiento de los perjuicios inmateriales por el incumplimiento de un contrato de transporte ante el acaecimiento de un accidente de tránsito en el que murió su hijo. En dicho fallo, de suma relevancia para el objeto de estudio del presente artículo, la Corte Suprema de Justicia reconoce expresamente al aproximarse al daño que puede ser causado producto del incumplimiento contractual a aquellos que se proyectan en los sentimientos, dando así paso al reconocimiento del daño moral contractual.

Tiempo después, la controversia de los perjuicios inmateriales contractuales se zanjó con la expedición Código de Comercio, pues tal estatuto, en su artículo 1006, reguló lo relativo a la acción de los herederos del pasajero fallecido en un contrato de transporte, estipulando expresamente la posibilidad de pedir una indemnización por daño moral en caso de incumplimiento por tal causa. Este artículo reza:

Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Salvo una sentencia del de 6 de julio de 1955, que condenó a un mandante al pago de los perjuicios morales que ocasionó a su abogado, por haber incumplido el contrato de mandato (G. J. LXXX, p. 658).

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.*

De esta manera, la norma sirvió, además de poner fin a las discusiones doctrinales sobre el cúmulo de responsabilidades, para autorizar expresamente el reconocimiento de perjuicios inmateriales tratándose de responsabilidad derivada de un contrato de transporte. A partir de tal disposición, la doctrina mayoritaria consideró que los perjuicios inmateriales son aplicables a otras tipologías contractuales por analogía *legis* (Nava Arroyo, 2000).¹⁶

Ahora bien, que el artículo únicamente haga referencia al “daño moral” no quiere decir que sea la única tipología de perjuicio inmaterial que se pueda causar como consecuencia del incumplimiento contractual, pues lo cierto es que la redacción de la norma lo único que da cuenta es que para la época de expedición del Código de Comercio (16 de junio de 1971), no se reconocía otro perjuicio inmaterial distinto al mismo. De hecho, en la sentencia del 68 atrás referenciada, a pesar de no reconocer el de daño a la vida de relación como categoría autónoma de perjuicio inmaterial para efectos de su indemnización, se dio cuenta que producto de un incumplimiento contractual no solo es posible la causación del daño moral propiamente dicho. Vale la pena anotar desde ya que esta doctrina se ha mantenido hasta nuestros días, pues el estado actual de la jurisprudencia da cuenta que producto del incumplimiento de un contrato no sólo se puede causar daño moral, sino también daño a la vida de relación (Corte Suprema de Justicia, 2008) o también daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional (Corte Suprema de Justicia, 2014), pero ya reconocidos como categorías autónomas de perjuicios inmateriales para efectos de su resarcimiento.

Hay que dejar claro que la mencionada disposición del Código de Comercio fue derogada por el Código General del Proceso que entró a regir en 2012, lo cual no ha sido óbice para que la jurisprudencia la siga citando de cara a justificar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales. Sin embargo, cierto es que, a partir de la

¹⁶ “Disposición que por analogía *legis*, es aplicable a todos los casos en que el incumplimiento de obligación contractual lesione un bien de la personalidad con repercusiones en la vida de relación o en los sentimientos de la contraparte”.

expedición de la norma, esta no ha sido la única razón esbozada para admitirlos. Así, en la actualidad, los argumentos a favor del reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales pueden ser condensados en tres: 1) el artículo 1613 del Código Civil¹⁷ no tiene un alcance restrictivo en materia de indemnización de perjuicios, sino que es meramente orientador de la condena por la causación de un daño material (Corte Suprema de Justicia, 2014); 2) el artículo 1615 del Código Civil no limita la indemnización de perjuicios en materia contractual a los materiales, por el contrario, es un deber del juez ordenar la reparación plena de los mismos (Corte Suprema de Justicia, 2014), 3) No es el carácter contractual o extracontractual lo que hace posible la reparación de perjuicios inmateriales (Corte Suprema de Justicia, 2011).

De esta manera, a día de hoy, de cara a un proceso judicial, si una de las partes pretende el reconocimiento de perjuicios inmateriales contractuales, lo primero que debe probar es la acreditación de la responsabilidad contractual de su contraparte, cuyos requisitos son: 1) existencia de un contrato entre el demandante y demandado; 2) incumplimiento culposo de una obligación que por contrato o ley haga parte de dicho convenio; 3) la causación de un daño, 4) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Ahora, de cara a acreditar el daño en la responsabilidad contractual, es importante hacer referencia a la prueba de este cuando se pretendan perjuicios inmateriales sufridos como consecuencia del incumplimiento del contrato, pues resulta claro que la parte actora debe dar prueba de ellos en el proceso, no siendo válido extraer tal certeza de las meras afirmaciones hechas por el demandante en cada caso (Corte Suprema de Justicia, 1968). Para tal objetivo, si bien existe libertad probatoria de las partes, se debe poner presente que para la prueba del daño moral, que como se ha dicho hasta aquí, es la tipología de perjuicio inmaterial más solicitada en la práctica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el medio probatorio más idóneo es la presunción simple, judicial o de hombre, las cuales son inferencias lógicas que el juez extrae a partir de las reglas de la experiencia, las cuales solo requieren de prueba del hecho que les da origen (Corte Suprema de Jus-

¹⁷ Este artículo estipula: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Excepcionalmente los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

ticia, 1999), siendo esta también la regla utilizada en la práctica para inferir la existencia del resto de tipologías de perjuicios inmateriales.

Es en el punto del reconocimiento de la existencia del respectivo perjuicio inmaterial producto del incumplimiento de un contrato donde, estimamos, el juzgador debe ser especialmente cuidadoso. De esta forma, puede resultar pertinente y útil acudir a los dos criterios que han venido siendo introducidos jurisprudencialmente en países como España a la hora de decidir sobre la procedencia de la indemnización del daño moral como consecuencia del incumplimiento de un contrato. Estos son: la entidad del daño y la previsibilidad.¹⁸

Respecto de la primera, se trata de no llegar al extremo de adoptar una posición demasiado liberal a la hora de dar por probado la existencia de un daño moral por la mera molestia o angustia que, como es normal, suele provocar el incumplimiento de un contrato, situación que ocurre, por ejemplo, en la experiencia chilena (Maza Gazmuri De la, 2018). Con este propósito, habría que atender en todo caso a la naturaleza de la relación jurídica que da base a las pretensiones del actor y, en específico, a los argumentos esgrimidos para justificar su existencia. Estos argumentos, deben ir encaminados a demostrar por qué el conjunto de circunstancias que rodean el caso en concreto o el tipo de incumplimiento que se hubiere presentado (Rodríguez Guitán, 2016),¹⁹ justifican la indemnización del daño moral, más allá de limitarse a poner de presente la mera molestia que resulta natural a raíz de la deslealtad de las obligaciones por la contraparte de un contrato.

Respecto del criterio de la previsibilidad, tal como lo apunta Rodríguez Guitán, se debe indagar si el interés no patrimonial del acreedor que resulta del lesionado por parte del deudor se ha incorporado en el contrato de manera que el deudor asuma el riesgo de tener que reparar el interés en caso de incumplimiento por su parte (Rodríguez Guitán, 2016, p. 256). Para ello, se debe mirar no sólo los intereses extrapatri-

¹⁸ Para un análisis detallado de la jurisprudencia española a este respecto, véase: Rutherford Parentti (2013).

¹⁹ “La importancia o gravedad del daño moral para concluir su reparación ha de determinarse teniendo en cuenta, entre otros factores, o bien las circunstancias del caso o bien el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral sólo ha de indemnizarse cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso, entre otras razones, porque será difícil acreditar un daño moral ocasionado por un defecto leve”.

moniales que se previeron de manera expresa en el contrato —en caso de que se haya hecho, situación, por lo demás, muy extraña— sino aquellos cuya necesidad de tutela se encuentran incorporados implícitamente en la convención.

Ahora bien, esta exigencia encuentra sustento en el artículo 1107 del Código Civil español,²⁰ equivalente al artículo 1616 del Código Civil Colombiano,²¹ por lo que la regla de la previsibilidad debe seguir las reglas allí establecidas. Así, si no se le puede imputar dolo, el contratante incumplido se verá obligado a resarcir perjuicios por concepto de daño moral si al tiempo de la celebración del contrato se previeron o pudieron preverse los perjuicios que a la postre se reclaman, lo cual dependerá, en últimas, de si la naturaleza de la obligación contraída o las circunstancias que rodean la celebración del contrato están vinculadas directamente con intereses extrapatrimoniales (Maza Gazmuri, De la, 2018, pp. 292 y 293). Pero, en caso de existir dolo, se verá obligado a responder “de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Lo anterior, eso sí, salvo que los contratantes por mutua disposición las hayan modificado.

Si bien estos criterios, como se advirtió, han sido esbozados por la jurisprudencia extranjera únicamente para determinar la procedencia de la indemnización del daño moral, estimamos que, en la experiencia colombiana, donde existen distintas tipologías de perjuicios inmateriales más allá del daño moral, bien pueden ser útiles con el resto de categorías de perjuicios inmateriales que son actualmente reconocidas, sea para el daño a la vida de relación o el daño a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional.

²⁰ Este artículo estipula: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

²¹ Según esta disposición: “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

Una vez probado el respectivo perjuicio inmaterial, cuestión distinta será su cuantificación. Respecto de esta labor, la jurisprudencia no guarda un parámetro fijo para su realización, sino que es un trabajo que debe estar guiado por los principios de reparación integral y equidad judicial acorde con los hechos de cada caso en particular (*arbitrium judicis*), tal como ha sido la doctrina de la Corte Suprema de Justicia tratándose de perjuicios inmateriales, considerados en su generalidad (Corte Suprema de Justicia, 2004, octubre 15). De esta manera, se han tomado como criterios a considerar en cada caso las condiciones personales de la víctima, la intensidad de la lesión o la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento Corte Suprema de Justicia, 2014, agosto 5). Tal forma de indemnizar los perjuicios inmateriales contractuales se ha mantenido hasta nuestros días de manera pacífica, haciendo que la propia corporación, tanto en sus fallos recientes (Corte Suprema de Justicia, 2019, diciembre 11), como en documentos de compendios jurisprudenciales que sirven de guía para el operador del derecho, haya reiterado las reglas atrás mencionadas (Corte Suprema de Justicia, 2022).

Por último, podría suceder que las partes hubieren pactado una cláusula penal como estimación anticipada de los perjuicios que se puedan causar, producto del incumplimiento contractual, lo cual aparejaría la ventaja para la parte en favor de la cual se estipuló dicha cláusula de no tener que probar los perjuicios que hubiere sufrido producto del incumplimiento. En ese orden de ideas, cabría entonces preguntarse si, mediante una cláusula penal, es posible que se tasan anticipadamente tanto perjuicios materiales como inmateriales.

Para tratar el tema, inicialmente se tiene que decir que mediante la cláusula penal se pueden cubrir sea perjuicios compensatorios o sea perjuicios moratorios. Los primeros, causados por el incumplimiento contractual que activa la cláusula²² (cláusula penal compensatoria) y los segundos causados en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones contratadas (cláusula penal moratoria). A pesar de existir posiciones doctrinales que afirman que los perjuicios compensatorios o moratorios que se tasan, mediante una cláusula penal, tienen naturaleza netamente patrimonial, descartando la tasación de perjuicios

²² Este incumplimiento puede ser definitivo o parcial de la prestación.

inmateriales (Ramírez, 2010),²³ lo cierto es que, al admitirse el reconocimiento de los perjuicios inmateriales contractuales, aún en aquellos contratos en que se regulan intereses puramente patrimoniales (Corte Suprema de Justicia, 2005, mayo 25) no se ve razón alguna para limitar el espectro de utilización de la cláusula penal al campo patrimonial o material.

Así, de la misma manera que se ha reconocido la causación de los perjuicios inmateriales contractuales, debido a que el ordenamiento jurídico no limita su reconocimiento al campo patrimonial, tampoco lo hace respecto de los perjuicios que pueden ser tasados mediante una cláusula penal (Corte Suprema de Justicia, 2000, mayo 24). El hecho de que la cláusula penal en la práctica se materialice en un monto pecuniario, de ello no se sigue que los perjuicios que se resarzan mediante esa suma sean eminentemente patrimoniales, pues en la práctica, las más de las veces los perjuicios inmateriales se resarcan también mediante dinero. Llegar a otra conclusión sería desconocer la función satisfactoria del mismo debate ya superado por la jurisprudencia con el reconocimiento mismo de los perjuicios inmateriales contractuales.

En efecto, puede resultar un poco forzado imaginar el hecho de que una persona pueda anticipar los perjuicios inmateriales que sufriría, producto del incumplimiento de un contrato, sin embargo, por los argumentos atrás esbozados, no se avizora razón alguna que permita afirmar que en el valor que las partes hubieren pactado como cláusula penal no pueda entenderse incluidos perjuicios inmateriales que se pudieren causar producto de la causación de un daño de tal naturaleza.

Por ello, atendiendo las clases de perjuicios que se han puesto de presente, se concluye que, mediante la cláusula penal, sí se pueden tasar anticipadamente, tanto perjuicios compensatorios materiales y/o inmateriales, como perjuicios moratorios materiales y/o inmateriales, según se trate, y se debe entender que la cláusula penal, sea compensatoria o moratoria, puede incluir la tasación de perjuicios inmatéria-

²³ "Al presentarse y desarrollarse el concepto y los caracteres de las indemnizaciones compensatoria y moratoria, se apreciará que en una y en otra el daño que resarcan se refiere al estado en que el patrimonio del acreedor queda por efecto del incumplimiento del deudor, de lo cual se sigue que esta clasificación sólo es operante en el marco de los daños patrimoniales. No hay, pues, una reparación compensatoria o una moratoria relacionada con perjuicios extrapatrimoniales. No puede afirmarse que estas instituciones se integran al mundo de los daños extrapatrimoniales".

les, sin que se pueda cobrar a la vez la pena y los perjuicios, salvo pacto expreso en contrario (artículo 1600, Código Civil) (Contreras Calderón, 2012). De hecho, se estima que, dado que los perjuicios inmateriales, por regla general, son de difícil prueba, es conveniente para las partes pactar una cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de los perjuicios inmateriales que se puedan causar por el incumplimiento contractual, respetando, eso sí, los límites dispuestos en el artículo 1601 del Código Civil, referido a la cláusula penal enorme. Quedando incólume en igual forma, la facultad de reclamar los perjuicios materiales y/o inmateriales verdaderamente causados asumiendo la carga de probarlos de conformidad con el artículo 1600 (Contreras Calderón, 2012).

IV. Los perjuicios inmateriales contractuales en la contratación estatal

1. *Panorama general de los perjuicios inmateriales en la contratación estatal: evolución y actual categorización*

El tema de los perjuicios inmateriales en el marco de la jurisdicción contenciosa-administrativa ha sido, al igual que en la jurisdicción ordinaria, un tema complejo, cambiante y en constante evolución. Su reconocimiento vino tiempo después del icónico fallo *Villaveces* de la Corte Suprema de Justicia a inicios del siglo xx (Rueda Prada, 2014), desde entonces, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido diferentes tipologías de perjuicios inmateriales, modalidades de indemnización y presunciones que han variado a lo largo del tiempo.

Como se ha dicho, no es el objeto del presente estudio hacer ahondar en los pormenores de la evolución de las categorías de perjuicios inmateriales, sin embargo, es pertinente anotar que, al igual que en la jurisdicción ordinaria, inicialmente, no existió otro perjuicio material diferente al daño moral y fue hasta 1992 cuando se reconoció otra tipología de daño distinto. En efecto, en sentencia del 3 de julio de 1992, expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, se reconoció por primera vez en la jurisdicción contencioso-administrativo el deno-

minado “daño fisiológico”, mejor conocido como “daño a la vida de relación”, el cual no cuenta con reconocimiento actual.²⁴

Así pues, hoy día, tal como lo expone M’Causland (2015), el estado actual en materia de reconocimiento de perjuicios inmateriales en dicha jurisdicción, es dado por un documento expedido por el Consejo de Estado “con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados” para su reparación, ordenado mediante acta 23 del 25 de septiembre de 2013 y aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014; fecha en la cual se expidieron ocho sentencias de unificación jurisprudencial en las cuales se adoptan, en casos concretos, los criterios señalados.²⁵

Así, en la actualidad, se reconocen como tipologías o categorías de perjuicios inmateriales (Consejo de Estado, 2011), el daño moral (Consejo de Estado, 2014),²⁶ el daño a la salud y el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos. El primero de ellos, esto es, el daño moral, al igual que sucede en la jurisdicción ordinaria, es la categoría de daño inmaterial que más se solicita e indem-

²⁴ Dicha tipología de daño se definió en aquella ocasión como aquel referido a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen un rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia (Consejo de Estado, 1993, julio 10.). Posteriormente, la figura cambió de nombre a “daño a la vida de relación” y luego a “alteración grave a las condiciones de existencia”, el cual, para el Consejo de Estado, ofrecía mayor amplitud que el anterior, por tanto, no sólo abarcaba la relación de la víctima con el mundo exterior sino también “los cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona” (Consejo de Estado, 2007, octubre 18).

Finalmente, en las conocidas como “sentencias gemelas” del 14 de septiembre de 2011 (Exps. 19.031 y 38.222. C. P.: Enrique Gil Botero), se decidió excluirla como categoría de perjuicio inmaterial indemnizable, posición que fue a la postre reiterada en la unificación jurisprudencial de 2014. Es importante señalar al lector, que mucho ha discutido la doctrina reciente sobre si esta antigua tipología de perjuicio inmaterial aún se indemniza bajo el nombre de las categorías atrás descritas apelando a su contenido, sin embargo, no es el objeto del presente estudio ahondar en ello, pues, hoy en día, como ya se anotó, el Consejo de Estado optó por no incluirla en las tipologías de perjuicios inmateriales unificadas (véase al respecto: M’Causland Sánchez, 2015).

²⁵ Son las sentencias identificadas con expedientes núms. 26.251, 27.709, 28.804, 28.832, 31.170, 31.172, 32.988 y 36.149.

²⁶ Este ha sido definido por el Consejo de Estado como aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, entre otros, que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

niza en la práctica y a su indemnización también se le ha reconocido una función propiamente satisfactoria y no reparadora del daño que se hubiere causado, pues las pruebas que se alleguen al proceso pueden demostrar la existencia del perjuicio, pero no su cuantía (Consejo de Estado, 2005, abril 20). El Consejo de Estado ha dicho que el mecanismo más adecuado para tasar los perjuicios morales es el arbitrio judicial, con base en criterios de equidad, justicia y reparación integral (Consejo de Estado, 2011, enero 26). No obstante lo cual, se ha tasado como tope máximo indemnizatorio la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) cuandoquiera que el juez denote a partir de las pruebas que obren, en cada caso en concreto, que el perjuicio moral se muestre en su mayor expresión (Consejo de Estado, 2013, septiembre 25).

Por su parte, el daño a la salud, entendido como una categoría autónoma del daño inmaterial, distinto al daño moral, proveniente de lesiones corporales y encaminado al resarcimiento económico de la lesión a la unidad corporal. Su reconocimiento garantiza un resarcimiento de los efectos producidos por un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona y demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima o demás perjudicados que así lo pudieren probar en un proceso (Consejo de Estado, 2015, agosto 26).²⁷ Esta jurisdicción, le ha atribuido el carácter objetivo en el sentido de fijar su indemnización dentro de los límites de 10 a 100 SMLMV, dependiendo de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica que se encuentre probada dentro del proceso, no obstante, en casos excepcionales por la mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización, que en ningún caso podrá superar los 400 SMLMV (Consejo de Estado, 2011, septiembre 14).

Por último, en cuanto al daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, se trata de un perjuicio inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas. Sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos constitucionales y convencionales las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico.

²⁷ "Su reconocimiento garantiza un resarcimiento de los efectos producidos por un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona y demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima o demás perjudicados que así lo pudieren probar en un proceso".

co que puede ser temporal o definitivo (Consejo de Estado, 2014, agosto 28). Esta es una categoría de daño autónomo que no depende del reconocimiento de las categorías de daño atrás descritas y se repara, principalmente, a través de medidas reparatorias no indemnizatorias. Ahora bien, en casos excepcionales puede reconocerse una indemnización de hasta 100 SMLMV, a consideración del juez, siempre que la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento al daño a la salud, siguiendo un criterio de proporcionalidad acorde con la intensidad del daño sufrido y la naturaleza del bien o derecho afectado (Consejo de Estado, 2014, agosto 28).

2. Panorama específico de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual en la contratación estatal: su fundamentación, demostración, y la posibilidad de tasación anticipada

A través del contrato estatal, la administración pública busca el cumplimiento de las finalidades estatales. Como contrato que es, regula o extingue una relación jurídica de contenido económico y a su vez, crea obligaciones y relaciones jurídicas en virtud de las cuales una de las partes —el deudor— debe desplegar cierto comportamiento en favor de la otra —el acreedor—; comportamiento el cual únicamente puede considerarse como pago en la medida que se ajuste plenamente a lo que las partes hubieren convenido;²⁸ *contrario sensu*, existirá un incumplimiento si la conducta desplegada no se ajusta en la forma y oportunidad debida y si esa insatisfacción es imputable al deudor (Consejo de Estado, 2013, julio 24).

Por regla general, el reconocimiento de perjuicios inmateriales, por parte del Consejo de Estado, normalmente se ha desarrollado en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, al ser estos los que con más frecuencia se presentan en la práctica judicial. Es importante resaltar, para efectos de la presente investigación, que los procesos en los que normalmente se reconocen este tipo de perjuicios, son casos

²⁸ Hay que recordar que, en el marco de la contratación pública, las obligaciones de las partes no solo la componen las que se encuentren dispuestas en las cláusulas del contrato, en estricto sentido, sino también, aquellas contenidas en el pliego de condiciones, como de vieja data lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sobre el particular véase: Consejo de Estado (2022).

en los cuales el Estado es el que infringe el deber objetivo de cuidado, y, por tanto, el sujeto pasivo de la pretensión de reconocimiento del perjuicio inmaterial.

En efecto, el tronco común para que opere la responsabilidad del Estado ha sido construido a partir del artículo 90 de la Constitución Política, el cual consagra una cláusula general de responsabilidad estatal, tanto en materia contractual como en materia extracontractual (Corte Constitucional, 1996), sin que se discrimine la clase de perjuicios que pueden ser causados a partir de la acreditación de uno u otro tipo de responsabilidad. Pero, los casos en los que se solicita el reconocimiento de perjuicios inmateriales, producto del incumplimiento de un contrato, son más la excepción que la regla general.

Históricamente, la doctrina del Consejo de Estado ha sido también renuente al reconocimiento de perjuicios inmateriales contractuales, lo cual se explica en la medida que en muchos casos su reconocimiento puede resultar ilusorio. Inicialmente, la denegatoria de tal reconocimiento se sustentaba afirmando que los daños morales sólo se configuraban cuando se presentaba la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, lo cual no sucedía en las relaciones contractuales, pues los daños morales que se siguen de la lesión a los bienes de la personalidad no son susceptibles de ser objeto de obligaciones en sentido propio (Consejo de Estado, 1985, julio 25).

Aunque el primer antecedente del reconocimiento de perjuicios inmateriales, como producto de un incumplimiento contractual, data de 1977, en la que no se dejaron claras las razones que sustentaban tal pronunciamiento,²⁹ lo cierto fue que, en años posteriores, el Consejo de Estado prosiguió con su denegatoria alegando las razones atrás es-

²⁹ Se trata de la sentencia expedida el 5 de mayo de 1977. Si bien esta es la primera sentencia del Consejo de Estado en reconocer los perjuicios inmateriales contractuales, no se trata del primer antecedente de responsabilidad estatal en el que se haya condenado por perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual. Hay que recordar que, con anterioridad a 1964, la competencia para conocer las controversias contractuales y extracontractuales del Estado estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia [la competencia del Consejo de Estado para conocer de las controversias contractuales y extracontractuales fue otorgada por el Decreto 528 de 1964]. Aquella corporación, con la expedición de la sentencia del 28 de septiembre de 1937, ya mencionada en líneas pasadas, ubicó no solo el primer antecedente de reconocimiento de perjuicios inmateriales contractual en la jurisprudencia colombiana, sino también el primer antecedente de responsabilidad estatal

bozadas. No fue sino hasta diez años después, en 1987, cuando se modificó definitivamente tal posición. En aquella oportunidad se dijo:

Pero, lo poco frecuente del daño moral como resultado del incumplimiento de una obligación contractual no constituye objeción contra la procedencia de su reparación en todos aquellos el en que exista y sea demostrado. El derecho no se encuentra ya en aquel período en que solamente tenía en cuenta los valores materiales; las soluciones ofrecidas en materia extracontractual lo demuestran suficientemente. (Consejo de Estado, 1987, septiembre 24)

De esta manera, se puede ver cómo a partir de la garantía que ofrece el ordenamiento jurídico en el reconocimiento de todo perjuicio, sin discriminar que el mismo sea material o inmaterial, se dio lugar a que se cambiara la posición de la corporación frente al tema objeto de estudio.³⁰ Así, el hecho de que a una persona se le causen perjuicios inmateriales, como consecuencia del incumplimiento de un contrato, implica que se debe proceder al reconocimiento de los mismos en el marco de un proceso judicial, pues de otra manera se estaría atentando contra el principio de reparación integral que orienta el derecho de daños, según el cual, toda afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y/o sentimental) impone el deber de devolver al afectado a la misma situación que se encontraba previo al suceso o compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario (Mazeaud y Tunc, 1977).

Ahora bien, no se puede perder de vista que, en el marco de la contratación pública, las partes, normalmente, están compuestas por personas jurídicas, a las cuales la jurisprudencia también les ha abierto la posibilidad de ser sujetos pasivos de perjuicios morales (Consejo de Estado, 1993, agosto 20). Tal como lo ha expresado el propio Consejo de Estado, si bien es claro que los mismos no pueden ser sujetos de derechos morales subjetivos, al ser incapaces de experimentar dolor o sufrimiento y menos aún de agresiones a bienes jurídicos inmateriales relacionados con la naturaleza de un individuo físico (por ejemplo, la integridad corporal), si se les reconoce una subjetividad jurídica, en conse-

en que se condenó a perjuicios inmateriales contractuales. En aquella oportunidad, se demandaba al departamento de Caldas.

³⁰ Así lo reconoce la propia corporación en sentencia del 8 de febrero de 2001.

cuencia, gozan, por ejemplo, de derechos como la reputación o el buen nombre, denominado comúnmente como *good will* (Consejo de Estado, 2008, noviembre 20).³¹ El daño a este derecho, si bien ha sido indemnizado como perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, se ha dejado claro que su indemnización abarca, de igual manera, el perjuicio moral que se hubiere causado por su afrenta.

Lo anterior, como es natural, ha llevado a que el Consejo de Estado desde sus inicios únicamente haya desarrollado su jurisprudencia reconociendo perjuicios inmateriales, producto del incumplimiento de un contrato bajo la categoría de daño moral. Ahora bien, nada obsta para que se dé lugar al reconocimiento de un perjuicio inmaterial bajo la hoy reconocida categoría de daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, pues como se anotó, este es un daño que proviene de la afectación a derechos contenidos en fuentes diversas. Por lo que puede suceder que producto del incumplimiento de un contrato se genere un perjuicio inmaterial, *verbigracia*, por el atentado en contra del derecho a la libre competencia empresarial contenido en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia u algún otro derecho en favor de la empresa reconocido en un convenio internacional suscrito por el Estado colombiano. Otra cuestión será, eso sí, la factibilidad de prueba de ello en el marco de un proceso, aspecto que reviste dificultades evidentes por lo abstracto que, en principio, resulta dicha labor.

Por su parte, cuando quiera que el contrato estatal en cuestión sea celebrado con una persona natural,³² nada obsta para que se le reconozca, si hay lugar a ello, indemnización de perjuicios inmateriales por concepto de daño a la salud. Además, claro está, de las categorías de daño moral y daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos atrás referenciadas. Del mismo modo acontecerá, cuando se contrate con un consorcio o una unión temporal, habiendo que distinguir individualmente entre sus miembros al no formar una nueva personalidad jurídica (Consejo de Estado, 2021, enero 20), y estos, a su vez, debiendo probar en su individualidad (sean personas naturales o jurídicas) los perjuicios inmateriales que producto del incumplimiento del contrato en cuestión se estimen sufridos.

³¹ Ello también es reconocido en el marco del derecho ordinario. Al respecto véase: Corte Suprema de Justicia (2001, julio 27).

³² Piénsese, por ejemplo, cuando se contrata bajo la modalidad de contratación directa o concurso de méritos.

Es de anotar que, a partir del mencionado artículo 90 constitucional, se han construido los elementos que son determinantes para acreditar la responsabilidad contractual del Estado, siendo estos, en esencia: 1) la existencia de un contrato, 2) la acreditación de un daño y 3) la relación de causalidad. La doctrina, igualmente, ha dicho que el daño que puede ser sufrido por el contratista, producto del incumplimiento contractual del Estado, lo reviste la lesión al derecho de crédito de este (Hernández Silva, 2008), esto es, el derecho que le corresponde a exigir de la otra el cumplimiento de la prestación objeto del contrato. Dicha lesión, se estima, no puede ser reducida únicamente a prestaciones de tipo económico, sino que, se debe ampliar a toda clase de perjuicios que se causen con el incumplimiento.³³

De otra parte, es importante resaltar, como ya se hizo en líneas anteriores, que el reconocimiento de perjuicios inmateriales, normalmente, se ha dado en casos en los cuales el Estado es la parte pasiva de las pretensiones de reconocimiento de perjuicio inmaterial, sea en casos de responsabilidad extracontractual, así como contractual. Por ello, se debe recordar que el contrato estatal puede ser incumplido tanto por la administración contratante como por el contratista, y cuandoquiera que se validen todos los requisitos necesarios para acreditar la responsabilidad contractual de la parte incumplida,³⁴ será necesario proceder a la reparación de los perjuicios que se hubieren causado debido a ese incumplimiento.

³³ A pesar de ser reconocidos por el Consejo de Estado, los perjuicios inmateriales contractuales, en ocasiones algunos fallos, al establecer los requisitos de la responsabilidad civil contractual, se parece da por sentado que, producto del incumplimiento de un contrato estatal, únicamente puede ser causado por un daño emergente y lucro cesante, categorías estas reconocidas de antaño por la corporación como perjuicios materiales. Véase: Consejo de Estado (2021, diciembre 19), providencia que establece como requisitos de la responsabilidad civil contractual: "(i) La identificación de una obligación exigible y la acción u omisión con la que fue infringida (ii) El daño emergente o lucro cesante ocasionado al contratista con el incumplimiento de la obligación de su contraparte; y (iii) la relación de causa efecto entre la conducta con la que el demandado faltó a sus obligaciones y el menoscabo sufrido por el demandante".

³⁴ El incumplimiento de un contrato estatal por parte del contratista puede revestir las siguientes formas: 1) el no cumplimiento de las obligaciones; 2) la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado y 3) el cumplimiento defectuoso de la obligación. [Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, concepto 11-135. 2011].

Entonces, vale la pena preguntarse si cuando la parte incumplida es el contratista, puede el Estado, en ese sentido, perseguir el reconocimiento de perjuicios inmateriales cuandoquiera que así lo haya probado. Es importante recordar que, el contrato estatal es el vehículo a partir del cual el Estado cumple sus fines constitucionales, por lo que, en la práctica, se presenta muchas veces que es la entidad estatal contratante la que sufre un daño reputacional entre los administrados como consecuencia, precisamente, del incumplimiento del contratista. Por ello, a nuestro parecer, el interrogante antes expuesto debe ser resuelto de manera positiva, pues, como ya se anotó, el estado actual de la jurisprudencia da cuenta que una persona jurídica puede sufrir perjuicios inmateriales, lo cual, a nuestro concepto, no se puede limitar de ninguna manera a la persona jurídica que funge como contratista. Así las cosas, nada obsta para que en caso de que en la entidad estatal se vea afectada en su daño reputacional, persiga el reconocimiento de dichos perjuicios por medio de una acción de controversias contractuales siempre que así lo demuestre.

Interesante es el caso —y además muy frecuente— en que el contratista sea representado por un consorcio o una unión temporal. Como se anotó en líneas anteriores, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades que la creación de estas figuras no da lugar al surgimiento de una persona jurídica distinta a quienes lo componen, conservando sus miembros plena individualidad jurídica. Es igualmente reiterado que la distinción entre un consorcio y una unión temporal es que, en el primero, todos los miembros responden solidariamente ante el incumplimiento y, en el segundo, sólo el miembro incumplido responderá (Consejo de Estado, 2019, octubre 25). Entonces, en caso de presentarse un incumplimiento contractual cuando la contraparte sea una unión temporal, es claro que la entidad estatal podrá perseguir individualmente al miembro incumplido por su reconocimiento.

Actualmente, si bien se puede afirmar que el Consejo de Estado ha sido reacio al reconocimiento de perjuicios inmateriales cuando los mismos se deriven del incumplimiento de un contrato, supedita su reconocimiento a que los perjuicios se encuentran acreditados en cada caso en concreto y que se demuestre la relación causal entre la afectación inmaterial y el acto en concreto derivado del contrato estatal que hubiere causado el perjuicio, tal y como puede ser la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la administración sin que se ha-

yan cumplido los requisitos de ley (Consejo de Estado, 2020, septiembre 10). De ahí que valga la pena referirse, para finalizar, al aspecto probatorio, el cual es un tópico bastante complicado y complejo para la parte demandante.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, es suficientemente conocido la existencia de algunas presunciones de origen jurisprudencial en lo atinente a la existencia del daño moral y su monto a indemnizar, por ejemplo, en casos de reparación en caso de muerte, lesiones personales o privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, 2014, agosto 28). Por el contrario, en el campo contractual el panorama cambia sustancialmente, pues tal estimación sería imposible de realizar teniendo en cuenta que el reconocimiento de los perjuicios dependerá del contrato en que se hubiere celebrado en cada caso específico, sin que sea dable afirmar que del sólo incumplimiento obligacional o de la actividad contractual considerada en su generalidad, exista presunción de existencia de algún perjuicio inmaterial (Consejo de Estado, 1997, marzo 6).

Así pues, todo se resumirá en el trabajo probatorio que se realice en cada caso en particular, de manera que, con las pruebas aportadas, se lleve al juez del contrato a un convencimiento objetivo de que internamente se ha causado un daño producto de la actividad contractual, aspecto el cual, por su naturaleza, reviste de gran dificultad³⁵ y que ha llevado al fracaso a las pretensiones de las partes en ese sentido en la *praxis*. Sobre este punto, resultan igualmente aplicables las consideraciones ya hechas en líneas pasadas acerca de la utilidad de los criterios de la entidad del daño y la previsibilidad utilizados por la jurisprudencia española para determinar la procedencia de la indemnización del daño moral por el incumplimiento de un contrato.³⁶ Aspectos como la naturaleza de la relación jurídica que da base a las pretensiones, los hechos que rodean el caso en concreto y la armonización fáctica y jurídica que es imperativa hacer por parte del actor con las categorías de daños inmateriales que son reconocidas en materia contencioso-administrativa conservan toda su vigencia.

Por su parte, aunque la jurisprudencia guarde silencio sobre el particular,³⁷ la cuantificación de los perjuicios inmateriales dependerá

³⁵ En este sentido, véase Reinero Rodríguez (2005).

³⁶ Véase al respecto Rodríguez Guitán (2016).

³⁷ Ello, debido a que la parametrización de las cuantías de los perjuicios inmaterial-

además del esfuerzo probatorio, de los parámetros cuantitativos que el propio Consejo de Estado ha fijado para la indemnización de cada tipología de perjuicio inmaterial.

En último lugar, hay que poner de presente que puede suceder, al igual que en un contrato regido por el derecho común, que las partes decidan pactar una cláusula penal como estimación anticipada de los perjuicios que se pudieren causar producto del incumplimiento contractual, pacto que, como se anotó, cuenta con evidentes bondades dado a la dificultad probatoria a la que se acaba de hacer referencia, pues su pacto exime a la parte en favor de la cual se pactó de demostrar los perjuicios causados (Consejo de Estado, 2005, octubre 19). Quedando a salvo, eso sí, la posibilidad de que la parte afectada considere que el valor pactado no cubra los perjuicios efectivamente causados, caso en el cual, conserva la posibilidad de perseguir la indemnización de estos asumiendo la carga de demostrarlos.

Ahora bien, como se ha insistido a lo largo de este escrito, lo cierto es que las más de las veces los casos en los que se pretende perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento de un contrato estatal son casos de responsabilidad contractual del Estado, es decir, el Estado siendo la parte pasiva de las pretensiones. Paradójicamente, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la figura de la cláusula penal en el Consejo de Estado como instrumento contractual por antonomasia utilizado por las partes para anticipar los perjuicios que se pudieren causar producto del incumplimiento de un contrato, ha sido estando la misma pactada, precisamente, en favor de la entidad estatal contratante, al ser la que cuenta con el poder unilateral de hacerla valer directamente en virtud de la expresa autorización del artículo 17 de Ley 1150 de 2007.

De esta manera, cabría entonces preguntarse si también es válida una cláusula penal pactada en contrato estatal en favor del contratista. Se adelanta que el anterior cuestionamiento debe ser respondido en forma positiva, pues de otra manera las bondades probatorias que representa el pacto de una cláusula penal carecerían de utilidad práctica tratándose de la estimación anticipada de los perjuicios inmateriales producto del incumplimiento contractual.

les ha sido fijada en casos de responsabilidad extracontractual.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado guarde silencio sobre el particular, vale la pena citar una decisión reciente del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual, al decidir un caso en el que el demandante, contratista de un contrato de consultoría, pretende la extensión en su favor de la cláusula penal pactada en favor de la entidad estatal. Pues bien, en aquella decisión, si bien el tribunal niega lo peticionado por no ajustarse a lo convenido, deja la puerta abierta a esa posibilidad, afirmando que la imposición de la cláusula en favor del contratista pende, en el últimas, de que las partes lo hubieren pactado ese sentido (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2021, marzo 10).

Ahora bien, diferente sería si se pactara también la facultad del contratista para hacer valer directamente la cláusula penal, esto es, sin necesidad de acudir al juez del contrato. Ello, se estima, no es posible por dos razones esenciales que se exponen a continuación.

La primera, porque de antaño el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2005, octubre 20), ha establecido que todo poder unilateral en cabeza de la administración, como es la habilitación para declarar el incumplimiento con miras a imponer multas y para hacer efectiva la cláusula penal necesita de una habilitación legal expresa para su ejercicio. Así pues, si tal limitación es impuesta por el ordenamiento jurídico a la parte fuerte de la relación contractual, aún más resulta aplicable en tratándose del contratista, respecto del cual el ordenamiento jurídico no le concede tal autorización.

La segunda, debido a que, en el marco de la contratación pública, al principio de autonomía de la voluntad se le debe fijar un límite que va en dos sentidos: El primero, para racionalizar la posición dominante de la administración y, segundo, en aras de preservar dicha posición dominante con la que necesariamente debe contar; pues no se puede perder de vista que, a diferencia del contrato regido por derecho privado, el contrato estatal busca el cumplimiento de las finalidades estatales. Por ello, dado el rompimiento de la simetría contractual que apareja el ejercicio de esta facultad, se debería prohibir su pacto en favor del contratista como si del ejercicio de una cláusula excepcional se tratara.³⁸

³⁸ Para el Consejo de Estado, las cláusulas excepcionales son las mencionadas en el artículo 14 de Ley 80 de 1993, respecto de las cuales se ha prohibido su pacto en favor del contratista. Véase Consejo de Estado (2013, septiembre 9).

En conclusión, se estima perfectamente posible el pacto de una cláusula penal en favor del contratista en el marco de un contrato estatal en ejercicio del principio de autonomía de voluntad de las partes y del principio de reciprocidad inherente al mismo (Corte Constitucional, 2001), sin que se distinga si se trata de un contrato regido por las normas del derecho privado o por las normas que siguen la normatividad del Estatuto General de Contratación Pública, pues el solo pacto de la cláusula no apareja, en manera alguna, el rompimiento de la simetría contractual, como sí lo hace la facultad para su imposición unilateral. Ahora bien, otra cuestión será, eso sí, la factibilidad práctica de que tal pacto se dé, lo cual se muestra francamente difícil en el devenir negocial de la contratación estatal.

V. Conclusión

La responsabilidad civil o derecho de daños es una materia compleja que ha venido evolucionando con el tiempo en manera simultánea con las nuevas realidades sociales. A lo largo de este escrito se ha visto cómo los denominados perjuicios inmateriales contractuales no han sido la excepción, pues la *praxis* del derecho ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia a ocuparse del tema de una manera cada vez más detenida.

Esta clase de perjuicios, al ser un tema necesariamente desarrollado entre la responsabilidad civil y el derecho contractual, hace que sea imperativo armonizarlos con las instituciones propias de una y otra área del derecho de cara a entender de una manera omnicompreensiva todas las vicisitudes que surgen o pueden surgir a partir de los distintos avances que la jurisprudencia y la doctrina hagan en ambas materias. En este estudio, a partir de una visión actualizada de los perjuicios inmateriales en el derecho colombiano en la contratación privada y estatal, se hizo un esfuerzo en ese sentido, sin que se hayan abordado o pretendido abordar todas las situaciones y problemáticas que el tema objeto de estudio merece.

En todo caso, se dio cuenta como la realidad del ordenamiento jurídico colombiano demuestra que aún existen muchos vacíos en diversas situaciones que rodean los perjuicios inmateriales contractuales tanto en la contratación privada como pública, tal como en los aspectos rela-

cionados a su armonización con las distintas categorías de perjuicios inmateriales, su demostración, su cuantificación o su tasación anticipada, a lo cual se le debe adicionar el análisis de las particularidades propias del caso en concreto.

En lo sucesivo, la sociedad y el derecho seguirán avanzando y con ellos, los perjuicios inmateriales contractuales, siendo imperativo que el operador del derecho se ocupe cada vez más de este tema en las diferentes aristas que seguramente se suscitarán.

VI. Referencias

- Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Título 35 del libro IV del Código Civil*. Editorial Imprenta Universitaria.
- Barrientos Zamorano, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014517004>
- Betti, E. (2015). *La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis* (J. F. Chamié, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado, sección tercera (1958, julio 31). Sentencia, sin expediente, C. P.: Ricardo Bonilla Gutiérrez. *Anales del Consejo de Estado*, t. LV.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, septiembre 14). Sentencia, expediente 19.031, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, septiembre 14). Sentencia, expediente 38.222, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección tercera (2014, agosto 24). Sentencia, expediente 32.988, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2005, abril 20). Sentencia, expediente 15.247, C. P.: Ruth Stella Correa.
- Consejo de Estado, sección tercera (2011, enero 26). Sentencia, expediente 18.715, C. P.: Gladys Agudelo Ordóñez.
- Consejo de Estado, sección tercera (2013, septiembre 25). Sentencia, expediente 36.460, C. P.: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sección tercera (2015, agosto 26). Sentencia, expediente 33.302, C. P.: Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, sección tercera (2014, agosto 28). Sentencia, expediente 32.988, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, sección tercera (1993, julio 1). Sentencia, expediente 7772, C. P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, sección tercera (2007, octubre 18). Sentencia 2001-00029-01, C. P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, sección tercera (2022, diciembre 12). Sentencia, expediente 51.755, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2013, julio 24). Sentencia, expediente 25.131, C. P.: Jaime Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sección tercera (1985, julio 25). Sentencia, expediente 2.963, C. P.: Julio César Uribe.

Consejo de Estado, sección tercera (1977, mayo 5). Sentencia, expediente 1320, C. P.: Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, sección tercera (1987, septiembre 24). Sentencia, expediente 4039, C.P.: Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, sección tercera (2001, febrero 8). Sentencia, expediente 12.848, C. P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, sección tercera (1993, agosto 20). Sentencia, expediente 7881, C. P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, sección tercera (2008, noviembre 20). Sentencia, expediente 17.031, C. P.: Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, sección tercera (2021, enero 20). Sentencia, expediente 64.073, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2021, diciembre 10). Sentencia, expediente 54.140, C. P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Consejo de Estado, sección tercera (2019, octubre 25). Sentencia, expediente 61.324, C. P.: Marta Nubia Velásquez.

Consejo de Estado, sección tercera (2020, septiembre 10). Sentencia, expediente 44.804, C. P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, sección tercera (2014, agosto 28). Sentencia, expediente 26.251, C. P.: Jaime Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, sección tercera (1997, marzo 6). Sentencia, expediente 10.038, C. P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, sección tercera (2005, octubre 19). Sentencia, expediente 15.011, C. P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, sección tercera (2005, octubre 20). Sentencia, expediente 14.579, C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

- Consejo de Estado, sección tercera (2013, septiembre 9). Sentencia, expediente 25.681, C. P. Jaime Santofimio Gamboa.
- Contreras Calderón, J. A. (2012). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 48, 1-28. <https://repositorio.uniandes.edu.co/items/90020gee-8884-4404-baf7-3aebbec1996f>
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C-333 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia C-892 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1922, julio 21). Sentencia de 21 de julio de 1922, M. P. Tancredo Nanneti.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1937, septiembre 28). Sentencia del 28 de septiembre de 1937. G. J. T. XLV, Núm. 1929, pp. 758-763, M. P. Juan Francisco Mujica.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2014, agosto 5). Sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2009, septiembre 18). Sentencia del 18 de septiembre de 2009, rad. 2005-406-01, M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2008, mayo 13). Sentencia del 13 de mayo de 2008, rad. 006-1997-09327-01, M. P. Cesar Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1941, abril 23). Sentencia del 23 de abril de 1941, M. P. Aníbal Cardoso.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1944, julio 29). Sentencia del 29 de julio de 1944, M. P. José Miguel Arango.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1945, febrero 20). Sentencia del 20 de febrero de 1945, M. P. Hernán Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2011, noviembre 17). Sentencia del 17 de noviembre de 2011, rad. 1999-053-01, M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2018, febrero 22). Sentencia del 22 de febrero de 2018, rad. 2005-00368-01. M. P. Aroldo Wilson Quiroz.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (1999, mayo 5). Sentencia del 5 de mayo de 1999, expediente 4978, M. P. Jorge Castillo Rugeles.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2004, octubre 15). Sentencia del 15 de octubre de 2004, expediente 6199, M. P. César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2019, diciembre 11). Sentencia STC16743-2019, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2005, mayo 25). Sentencia del 25 de mayo de 2005, expediente 1469, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2000, mayo 24). Sentencia del 24 de mayo del 2000, expediente 5439, M. P. Manuel Ardi-la Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2022). *El daño extrapatrimonial y su cuantificación. Algunos estudios contemporáneos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.*
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2001, julio 27). Sentencia del 27 de julio de 2001, expediente 5860, M. P. Jorge Castillo Rugeles.
- Grosso, G. (1981). *Las obligaciones: contenido y requisitos de la prestación* (F. Hinestrosa, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Henaó Pérez, J. C. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés.* Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Silva, A. P. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿una responsabilidad sin imputación? *Revista de Derecho Privado*, (14), 171-192. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/554>
- Jaramillo, C. y Robles, P. (2014). La reparación del daño extrapatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*, (26), 499-527. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3809>
- Maza Gazmuri De la, I. de la (2018). El daño moral en material contractual: la mirada de la Corte Suprema. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 275-309. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf>

- Mazeud, H. y Tunc, A. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (tomo I). Ejea.
- M'Caussland Sánchez, M. C. (2015). *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado de Colombia.
- Navia Arroyo, F. (1978). *Estudio sobre el daño moral*. Biblioteca ANIF de Economía.
- Navia Arroyo, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?* Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Garzón, A. F. (2005). *El daño moral: El valor de la vida. La pérdida de la vida ¿un daño indemnizable?* (Tesis de pregrado). Universidad Externado de Colombia.
- Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado (2011). *Concepto 11-135*.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VII: Las obligaciones* (M. Díaz Cruz, Trad.). Ejea.
- Rodríguez Corria, R. (2005). La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral. *Revista Universitas*, (109), 239-259. <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510907.pdf>
- Rodríguez Guitán, A. M. (2016). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (15), 239-263. <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n2/art12.pdf>
- Rueda Prada, D. (2014). *La indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia* (Tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá. <https://repository.urosario.edu.co/items/971f3d8c-6b52-48ba-a63a-747f78ab1ebc>
- Rutherford Parentti, R. G. (2013). La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 669-689. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200006
- Saavedra Becerra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Tamayo Jaramillo, F. J. (2020). El daño civil y su reparación. Primera parte. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (62), 31-70. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho>

Tenera Barrios, L. F. y Tenera Barrios, F. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/100>

Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Núm. 2. (2021). Sentencia del 10 de marzo de 2021, rad. 2015-00161-01. M. P. Luis Ernesto Arciniegas.

Cómo citar

IJ-UNAM

Berbessi Fernández, Diego Alexander y Marín Jiménez, Jonathan David, "Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano", *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 12, núm. 25, 2024, pp. 3-41. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.18873>

APA

Berbessi Fernández, D. A., y Marín Jiménez, J. D. (2024). Los perjuicios inmateriales como consecuencia del incumplimiento contractual: estudio del caso colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 12(25), 3-41. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2024.25.18873>

