

Las consecuencias indemnizables del incumplimiento contractual: daños previsibles e imprevisibles

Por: Milagros Koteich^{1 2}

Introducción: La delimitación del daño resarcible

Uno de los principales retos del derecho de la responsabilidad civil es determinar, por un lado, la tipología de los daños indemnizables y, por el otro, el alcance de su reparación, con el objetivo de dejar a la víctima indemne o, al menos, razonablemente satisfecha. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico (*rec. sociedad*), en función de su estructura y posibilidades, es libre de definir los tipos de daños resarcibles y las cuantías correspondientes. No toda consecuencia derivada de un incumplimiento contractual está destinada a recibir tutela indemnizatoria.

En este contexto, y a la luz del control constitucional al que ha sido sometida la norma³, puede afirmarse que la regla establecida en el artículo 1616 del Código Civil colombiano –según la cual, si no media dolo, el deudor incumplido responde únicamente por los perjuicios previstos o previsibles al momento de la celebración del contrato, esto es, por los que las partes anticiparon o

podían anticipar razonablemente como consecuencia del incumplimiento, y, en caso contrario, por todos los perjuicios que sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, lo que incluye al daño imprevisible, entendido como el que resulta extraordinario o ajeno al objeto principal del contrato– se ajusta no solo a los principios de la justicia contractual⁴ sino a la tradición jurídica nacional.

En efecto, la regla de la previsibilidad del daño contractual indemnizable se remonta al derecho romano⁵, de donde luego pasó al *Code civil* francés (arts. 1150 y 1151⁶), al *Codice civile* italiano (art. 1225⁷), al Código Civil español (art. 1107 de redacción, en realidad, poco afortunada⁸), al Código Civil chileno (art. 1558⁹) y al Código Civil colombiano (art. 1616). Por lo demás, resulta interesante señalar que, en lo que hace a la limitación del resarcimiento a los daños previsibles al momento de la celebración del contrato, tanto la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art.

¹ Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son de la autora y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Koteich, Milagros. “Las consecuencias indemnizables del incumplimiento contractual: daños previsibles e imprevisibles”, en *Observatorio de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, octubre de 2026, disponible en: <https://observatorioredchoprivado.uexternado.edu.co/>.

³ Corte Constitucional, sentencia C-1008, del 9 de diciembre de 2010, Exp. D-8146.

⁴ En este sentido, Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, 97, sostiene que la limitación bajo análisis se fundamenta en un principio basado en “la razón y equidad natural”.

⁵ En materia de arrendamiento, Digesto 19.2.19.1, Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXXII*, refiere la hipótesis frente a la cual el arrendador que da en arriendo un lugar con malas hierbas, por cuyo consumo mueren los animales del arrendatario, pierde el derecho a percibir la renta, pero si conocía el defecto y lo calló, se hace responsable además de la muerte de los animales. En materia

de compraventa, Digesto 19.1.21.3, Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXIII*.

⁶ Arts. 1150 del *Code civil* de 1804: “Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée”; y 1151: “Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention”.

⁷ Art. 1225 del *Codice civile*: “Prevedibilità del danno. Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”.

⁸ Art. 1107 del Código Civil español: “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”.

⁹ Cuya redacción copió literalmente el art. 1616 del código colombiano.

74¹⁰), como los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (art. 7.4.4¹¹), contienen dicha regla.

I. La equidad y la limitación de la responsabilidad

En Colombia, el principio de reparación integral no elimina ni puede anular la directriz que otorga al legislador la facultad de valorar los *intereses en juego* y definir el *diseño normativo* aplicable^{12,13}; una potestad legislativa que, por supuesto, no es absoluta ni arbitraria¹⁴.

El principio de reparación integral no opera de manera aislada, sino que debe interpretarse de forma armónica con otros principios, como el de equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998); por tanto, resulta coherente que el legislador, por razones de equidad, limite la indemnización a los perjuicios previstos o previsibles¹⁵. Como ha señalado la Corte Constitucional (sentencia C-965 de 2003), “en la medida en que la Constitución Política no define ni precisa el concepto de reparación integral, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo”.

Cabe recordar que el principio (¿regla?) de reparación integral, al decir de algunos autores¹⁶, no es inherente a la *esencia* de la responsabilidad civil, pues puede ser restringido por cláusulas contractuales o por límites legales. Además, este principio se refiere a la extensión del daño resarcible, no a la determinación de qué daños son indemnizables¹⁷. Se repara integralmente a la víctima cuando se le indemnizan todos los perjuicios reconocidos

por el ordenamiento, no cuando se le otorgan indemnizaciones por daños que la ley o la jurisprudencia no consideran resarcibles.

En otras palabras, el llamado principio de reparación integral no es un criterio de selección para determinar qué daños son merecedores de tutela; se repara integralmente a la víctima cuando a esta se le indemnizan todos aquellos perjuicios (demostrados) que el ordenamiento reconoce como tales, no cuando se le reconocen tipos de daño que las normas (legales o jurisprudenciales) no tienen prevenidos como resarcibles.

La equidad puede justificar, como en el caso del artículo 1616 del Código Civil, un trato favorable al deudor que no ha actuado de mala fe, limitando su responsabilidad a los perjuicios previstos o previsibles al momento de la celebración del contrato, es decir, a aquellos cuyo pronóstico de verificación le permitían, por ejemplo, adquirir un seguro para ampararse de tales ‘riesgos’ (daños derivados del incumplimiento).

No puede olvidarse que el contrato, como “acto de previsión por excelencia”¹⁸, es el instrumento mediante el cual las partes, ejerciendo su autonomía, proyectan sus compromisos hacia el futuro y pueden anticipar los riesgos derivados de un eventual incumplimiento. De modo que, para asegurar la correspondencia entre la obligación primaria y la eventual obligación resarcitoria, se establece que el deudor incumplido debe responder solo por las consecuencias que razonablemente podían preverse al momento de la celebración del contrato, salvo que haya mediado dolo¹⁹, en cuyo caso la responsabilidad se amplía.

¹⁰ Art. 74: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”

¹¹ Art. 7.4.4: “(Previsibilidad del daño). La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-916, del 29 de octubre de 2002, Exp. D-4020.

¹³ La facultad del legislador de determinar el alcance de los daños resarcibles se reafirma cuando se pone de presente que otros

ordenamientos, como el alemán o el suizo, no distinguen entre incumplimiento doloso o culposo de cara al resarcimiento.

¹⁴ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 91.

¹⁵ Navia Arroyo, Felipe. “Constitucionalización y responsabilidad en Colombia”, en *Constitucionalización del derecho privado*, *Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia - Universidad del Rosario, 2007, 495 ss.

¹⁶ Ver por todos, Viney, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1995, 107.

¹⁷ Ibid, 108 ss.

¹⁸ Lecuyer, Hervé. “El contrato: acto de previsión”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 18, 2010, 37-56.

¹⁹ Giardina, Francesca. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milán, Giuffrè Editore, 1993, 155. En el mismo sentido, Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil*

En esta dirección, POTHIER estableció una diferencia entre el llamado *daño intrínseco* y el *daño extrínseco*. Así, sostiene que, normalmente “las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación con la cosa que es objeto de esta, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes. Es por esto por lo que, en ese caso, el deudor no es reputado responsable de estos últimos, sino tan solo de aquellos sufridos con relación a la cosa que era objeto de la obligación: *damni et interesse, propter ipsam rem non aditem*”²⁰. Y como ejemplo señala que, si un arrendador de buena fe arrienda una casa que no le pertenece, deberá indemnizar al inquilino por los gastos de mudanza y el aumento de alquiler (daños previsibles), pero no por la pérdida de clientela si el inquilino tenía un negocio en la casa (daño imprevisible):

Si he dado a alquiler por dieciocho años una casa que creía de buena fe que me pertenecía, y que al cabo de diez o doce años mi inquilino fuese despedido de la casa por su propietario, yo vendría obligado al pago de daños y perjuicios a mi inquilino, así de los que resulten de los gastos que tenga que hacer para cambiar de local, como también de los que resulten por el aumento de alquiler de las casas ocurrido durante el tiempo de nuestro contrato, puesto que se verá obligado a alquilar una casa de mayor precio antes de expirar nuestro convenio; por cuanto esos daños y perjuicios tienen una relación próxima con el disfrute de la casa que hacía el objeto de mi obligación, y tiene que sufrírselos el inquilino propter ipsam rem non habitam. Mas si el inquilino, durante el contrato ha establecido un comercio en la casa que le he alquilado, y que su desplazamiento le ocasiona la pérdida de las relaciones contraídas y causa un

contractual y extracontractual (v. I), Madrid, Editorial Reus, 1993, 279, evocando a Mazeaud y Tunc: Esta regla “no se explica sino por motivos propios de los contratos; los contratantes se han obligado voluntariamente el uno hacia el otro; han previsto o han podido prever en ese momento la extensión de sus obligaciones al caso en que incumplieran; por lo tanto, se comprende que el incumplimiento, de no ser intencional, no puede llevarlos más lejos”. También, Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, cit., 96: “El principio sobre que se funda esta decisión es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento y la voluntad de las partes. Ahora bien, el deudor, al obligarse al pago de daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de su obligación, se reputa como no habiéndose entendido ni querido obligar más que hasta la suma a la cual él ha podido racionalmente prever que podían montar a lo más los dichos daños y perjuicios, y no más allá: dicho se está, pues, que cuando esos daños y perjuicios suben a una suma excesiva, a la cual el

perjuicio a su comercio, en este caso no vendré obligado a pagarle daños ni perjuicios, por cuanto esos perjuicios fueron extraños a nuestra convención, pues no fueron previstos en el contrato.

Efectivamente, el incumplimiento del deudor puede causar perjuicios al acreedor en relación con los bienes o derechos que constituyen o forman parte del objeto de la obligación, pero también en bienes distintos de los apenas mencionados. Pues bien, solo en caso de incumplimiento doloso, el deudor debe hacerse cargo de estos últimos (*daños extrínsecos*)²¹; lo que significa que, en su caso, no se requiere de la correspondencia entre la obligación primaria y la obligación resarcitoria, en virtud de que, en realidad, surge una “obligación heterogénea al contrato” que excluye cualquier limitación de los daños resarcibles; basta aquí —como ocurre en la responsabilidad extracontractual— con que estos sean *directos*. Y es por ello por lo que, en esta hipótesis, se sostiene —aun en forma sugestiva— que “un incumplimiento doloso constituiría siempre un ilícito” que aproximaría la responsabilidad contractual a la responsabilidad aquiliana²².

Dicha cercanía o afinidad entre estos dos órdenes de responsabilidad, queda en evidencia adicionalmente cuando, por ejemplo, a pesar del carácter esencialmente dispositivo de las normas que rigen la responsabilidad contractual, se prohíbe la exoneración anticipada por incumplimiento doloso (cosa que tampoco puede concebirse en materia extracontractual); o cuando observamos que la presencia del dolo configura, en los ordenamientos que admiten el concurso u opción de acciones resarcitorias, una de las “hipótesis clásicas” de cúmulo de responsabilidades.

deudor jamás ha podido pensar que pudieran subir, deben reducirse y moderarse a la suma a la que se puede racionalmente pensar que podrían subir como máximo”.

²⁰ Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, cit., 92.

²¹ Si el incumplimiento contractual ha sido doloso, sostiene Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*, cit., 98, “el deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ellos: pues aquel que comete un dolo se obliga (*velit, nolit*) a la reparación de todo el daño que ese dolo causare”.

²² Giardina, Francesca. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., 156.

En definitiva, ciertamente, con dolo o sin él, los únicos daños indemnizables en materia contractual son aquellos que se encuentran en relación causal con el incumplimiento del contrato²³. Pero el juez debe distinguir dos distintos momentos dentro del juicio de responsabilidad contractual, uno, el del establecimiento del nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y el otro –sucesivo, y si es que ha habido solo culpa– que es el de la determinación de los daños previstos y previsibles, únicos indemnizables en este escenario, por las razones ya apuntadas.

Sin embargo, es necesario advertir que se ha tendido a establecer una conexión entre el establecimiento del *nexo causal* y la determinación del *daño previsible*, siendo que estas dos operaciones son fácilmente diferenciables si se atiende al hecho de que, mientras la valoración de la *previsibilidad del daño* está referida al momento en el cual nace la obligación, el *juicio de causalidad*, por el contrario, se establece con relación al momento en que efectivamente se producen los daños²⁴.

II. El carácter dúctil (¿o escurridizo?) de la regla

La identificación de los daños previsibles e imprevisibles dependerá, en cada caso, de múltiples factores, como los sujetos involucrados, las circunstancias de tiempo y lugar, etc., y es precisamente esa ‘ductilidad’ que caracteriza al criterio de la previsibilidad lo que permite que él reciba una interpretación ‘evolutiva’, acorde con la conciencia social del momento de que se trate.

Ahora bien, no puede desconocerse que este criterio de la previsibilidad del daño puede tener algo de “escurridizo”²⁵, en la medida en que no es posible establecer *a priori* un elenco de daños previsibles e imprevisibles que pudiera aligerar la tarea del juez en la determinación del daño contractual resarcible.

Y será por eso mismo que la norma del primer inciso del artículo 1616 suele citarse en las sentencias solo como *obiter dictum* (a título de ejemplo, sentencias del 1º de abril de 2003, Exp. No. 6499²⁶ y del 18 junio de 2019, SC-2142²⁷). Pocas veces la norma se ha constituido en la *ratio*

decidendi de algún pronunciamiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria civil colombiana. Dos casos que suelen citarse –quizás por la dificultad de dar con alguno más– son el de la sentencia del 29 de octubre de 1945²⁸ y el de la sentencia 282 del 15 de febrero de 2021²⁹.

En la primera de estas sentencias, la Corte negó, con base en la imprevisibilidad del daño –y la ausencia de la prueba del dolo del demandado–, el lucro cesante solicitado por el demandante consistente en la imposibilidad de efectuar la compra de unos inmuebles y de realizar algunos negocios de ganado con los dineros correspondientes a las comisiones dejadas de recibir por la terminación sin previo aviso del contrato de comisión celebrado con el demandado (la Corte, en efecto, solo reconoció el valor de las comisiones correspondientes al término de los 30 días del preaviso faltante).

En torno a la regla de previsibilidad contenida, la Corte señaló:

De otro lado, sabido es que el incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido en todo o en parte de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y que por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevisos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de las obligaciones, y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevisos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte (Artículo 1616 del

²³ Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual* (v. I), cit., 267 ss.

²⁴ Cfr. Giardina, Francesca. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., 155.

²⁵ Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual* (v. I), cit., 286.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Código Civil) (Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, 1945).

Por su parte, en la sentencia SC-282 del 15 de febrero de 2021, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el lucro cesante futuro, consistente en los réditos que afirmaba el demandante debían provenir de la explotación comercial futura (cánones de arrendamiento) de un bien arrendado (una barcaza), el cual fue destruido por la culpa de los empleados de la parte arrendataria del contrato en ejecución, en virtud de que, en el caso en cuestión, dicho rubro no podía calificarse como un perjuicio previsto o previsible.

En este sentido, la Corte afirmó:

En consecuencia, insuficiente fue la actividad probatoria del promotor al centrarse en la demostración del naufragio y las condiciones del contrato de arrendamiento en ejecución, pues adicionalmente debía acreditarse la probabilidad de que la embarcación afectada fuera susceptible de explotación futura vía arrendamiento, la continuidad de estos servicios y las condiciones económicas en que lo haría, así como la información objetiva que estaba a disposición de las convocadas para prever su acaecimiento [...] (Corte Suprema de Justicia, SC-282, 2021).

Y agregó:

El artículo 1616, desde otra óptica, estableció «dos clases de daños: unos naturales y ordinarios, de tal suerte que pudieron haber sido previstos por el deudor; otros son excepcionales, de tal suerte que el deudor no los ha podido prever de los cuales el deudor doloso tendrá que solventarlos en su conjunto, mientras que el culposo únicamente los primeros. Esta norma no dispuso, como una lectura ligera podría darlo a entender, que el infractor torticero tenga que cubrir con su patrimonio todos los daños que le sean reclamados, aunque su conexión causal con el incumplimiento sea indirecta o mediata; por el contrario, la norma es enfática en establecer que sólo deben resarcirse los agravios que sean efecto directo de la conducta antijurídica. Huelga explicarlo, “no debe comprender entre los perjuicios de que responda el deudor por su dolo, los que son una consecuencia lejana del no cumplimiento del contrato, o que no son consecuencia precisa del no cumplimiento, y que

pueden originarse en otras causas (Fernando Vélez, citado en Corte Suprema de Justicia, SC-282, 2021, p. 31).

Conclusión

En suma, la previsibilidad no constituye una excepción a la reparación integral, sino uno de los criterios que permiten definir, en materia contractual, qué perjuicios integran jurídicamente el daño resarcible. El artículo 1616 del Código Civil expresa así una solución de equilibrio: protege al acreedor frente al incumplimiento, pero evita que el deudor de buena fe responda por consecuencias extraordinarias que no podía razonablemente contemplar al contratar. La presencia del dolo altera ese equilibrio y ensancha el ámbito indemnizatorio, sin prescindir —en ningún caso— de la exigencia de una relación causal directa con el incumplimiento. El desafío judicial consiste, entonces, en mantener diferenciados los juicios de causalidad y previsibilidad, atendiendo a las circunstancias concretas del contrato y a la función de la responsabilidad como instrumento de justicia, no de transferencia ilimitada de riesgos.

