



Vigilada Mineducación

**LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO CONTRACTUAL EN EL DERECHO
COLOMBIANO E INGLÉS: DE UN MISMO ORIGEN A UN DESARROLLO
DIVERSO**

FEDERICO SOCHA GIRALDO

Tesis

Asesora

FELISA BAENA ARAMBURO

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO

Resumen

Este artículo analiza el requisito de previsibilidad del daño contractual en Colombia e Inglaterra, ordenamientos en los cuales esta figura se originó de manera simultánea en el siglo XIX con fundamento en las ideas del doctrinante francés Robert Joseph Pothier. A partir de estas, en Inglaterra se produjo un gran desarrollo y evolución de la figura, tanto en la academia como en la jurisprudencia, mientras que en Colombia, al contrario, no solo no se ha desarrollado, sino que fue relegada a un papel secundario doctrinaria y jurisprudencialmente.

Palabras clave: Asunción de responsabilidad, daño contractual, indemnización, previsibilidad e imprevisibilidad, responsabilidad contractual.

Introducción

Los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law* comparten un mismo requisito para la indemnización del perjuicio contractual: este debe haber sido previsto por el deudor, o ser razonablemente previsible al momento de la celebración del contrato.

El anterior requisito se concretó en el ordenamiento jurídico colombiano, perteneciente a los denominados sistemas del *Civil Law*, a partir del artículo 1616 del Código Civil, y en el ordenamiento inglés, cuna del *Common Law* como sistema, con fundamento en el caso de *Hadley vs. Baxendale* (1849).

Aunque el requisito es común a ambos ordenamientos jurídicos, ha sido escaso el análisis comparativo de su desarrollo, con sus similitudes y diferencias. Los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que se han presentado tanto en Colombia como en el ámbito anglosajón, se han ocupado de analizar esta institución de manera aislada (por ejemplo, Tamayo, 2007, y McKendrick, 2013), motivo por el cual resulta relevante efectuar un análisis sobre la evolución de esta figura en ambos sistemas, resaltando sus semejanzas y diferencias y teniendo como punto de referencia el hecho de que se trata de sistemas con tradiciones y orígenes tan diferentes como los de la continental europea y la anglosajona.

Con este análisis, se encuentra que, de manera sorprendente, los doctrinantes y los jueces ingleses tomaron el concepto de la previsibilidad del daño contractual de la obra del autor francés Robert Joseph Pothier (1761). De igual modo, aunque menos sorprendente, ocurrió con los sistemas de corte civilista, en los cuales fueron adoptadas las ideas de Pothier en el Código Civil francés de 1804, y luego replicadas en otras legislaciones civiles que bebieron de esta codificación, como la colombiana.

A partir de este origen común de la institución de la previsibilidad, fundamentado en las ideas de Pothier, resulta de interés revisar las principales decisiones jurisprudenciales sobre la materia en ambos sistemas, con el objetivo de identificar semejanzas y divergencias. Para ello, se recurre a un análisis jurisprudencial teniendo como *corpus*, en lo concerniente a Colombia, las sentencias del 29 de octubre de 1945, y la SC-282-2021 del 15 de febrero de 2021, y en el ordenamiento inglés, los casos conocidos como *The Heron II*, y *The Achilleas*; por mencionar algunos.

Al hacerlo, se encuentra que en Colombia el entendimiento y tratamiento de esta figura no ha variado o evolucionado de manera significativa, limitándose en buena parte las sentencias a reproducir de manera textual el contenido del artículo 1616 del Código Civil, sin efectuar mayores interpretaciones, ni constituirse, en la gran mayoría de casos en los que es mencionado, en el eje central, o en la *ratio decidendi* de estas decisiones.

Por el contrario, en Inglaterra se ha producido una importante evolución del requisito de previsibilidad del daño contractual, en la cual se han efectuado reinterpretaciones de los postulados básicos sentados a partir del caso de *Hadley vs. Baxendale*. Por ejemplo, de los requisitos necesarios para que se entienda que un daño se sigue naturalmente del incumplimiento del contrato en sí mismo. E incluso se han llegado a aplicar otros criterios con miras a determinar si un perjuicio contractual debe ser indemnizado, como el *test de la asunción tácita de responsabilidad*.

El presente artículo abordará los temas antes expuestos, organizados en el mismo orden en el que fueron introducidos, así: (i) la previsibilidad del daño contractual en el *Civil Law* y en el *Common Law* y su origen común en la doctrina de Pothier; (ii) desarrollo jurisprudencial de la previsibilidad del daño contractual en Colombia e Inglaterra, y (iii) conclusiones.

I. La previsibilidad del daño contractual en el *Civil Law* y en el *Common Law* y su origen común en la doctrina de Pothier

La previsibilidad es un requisito del perjuicio contractual que tiene diferentes fuentes en los sistemas de tradición civilista y en los sistemas anglosajones. En el derecho colombiano, por ejemplo, la previsibilidad tiene origen legal: se consagra en el artículo 1616 del Código Civil, así:

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 (Ley 57, 1887).

De esta norma, como acertadamente lo concluyen autores como Ospina Fernández (1976), es posible extraer que la previsibilidad puede manifestarse de dos maneras: i) porque el perjuicio fue previsto por las partes de manera explícita, y ii) porque podía estimarse como probable frente al incumplimiento al momento de la celebración del contrato. De igual manera, del artículo en cuestión se extrae el hecho de que el requisito no es exigible en aquellos supuestos en los que el incumplimiento contractual es doloso, casos en los cuales en principio serán también indemnizables los daños imprevisibles.

Antes de hacer referencia a la fuente del principio de previsibilidad en el derecho anglosajón, vale la pena hablar de este como concepto, el cual es llamado *remoteness* en este ordenamiento. En cuanto a esta temática el profesor Ewan McKendrick (2013) explica en su texto *Remoteness of Damages under English Law* que cuando el perjuicio sufrido por el demandante como consecuencia del incumplimiento del demandado es demasiado “remoto”, la indemnización de su interés positivo no será objeto de protección. Agrega que la doctrina

de la previsibilidad limita el derecho de la parte inocente a recuperar los daños a los que de otro modo tendría derecho¹ (p. 354).

En cuanto al origen de la figura en este ordenamiento, es claro que la regla surge a partir del famoso caso de *Hadley vs. Baxendale*, fallado por la Cámara de los Lores en el año 1849. En este, el propietario de un molino ubicado en Gloucester necesitaba reparar una de las piezas esenciales para su funcionamiento, por lo que contrató a un transportador con el fin de que llevara la pieza averiada a la ciudad de Greenwich para que fuera reparada. Este se retrasó algunos días en el transporte de la pieza, y por esta razón su reparación se tardó cinco días más de lo previsto. El propietario del molino demandó al transportador, pretendiendo que le fuera indemnizado el lucro cesante ocasionado por los cinco días adicionales que su molino no pudo estar en funcionamiento.

En la sentencia se llegó a la conclusión de que la causación del lucro cesante reclamado, de conformidad con el curso natural de las cosas, no era previsible ni fue previsto por las partes al momento de celebrar el contrato. Esto, en atención a que el transportador no debía prever razonablemente que el molino estaría inoperante a la espera de la pieza, pues lo esperable era que el dueño del molino tuviese una pieza de reemplazo, y este último tampoco le había informado al transportador que esta era su única pieza, razón por la que no se accedió a la indemnización del lucro cesante en la cuantía reclamada.

En el referido fallo, en lo que concierne a la previsibilidad del daño contractual, se planteó que cuando dos partes hayan celebrado un contrato que una de ellas haya incumplido, los daños que la otra parte reciba con respecto a dicho incumplimiento contractual deben ser tales que justa y razonablemente se pueda considerar que surgen de forma natural, es decir, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas, del incumplimiento en sí mismo. O de lo que razonablemente se pueda suponer que estaba en la contemplación de ambas partes, en el momento en el que celebraron el contrato, como el resultado probable del incumplimiento del mismo. Ahora bien, si las circunstancias especiales en las que efectivamente se celebró

¹ Traducción propia. En el original: “A claimant’s expectation interest will not be fully protected where some of the loss which he has suffered is too «remote» a consequence of the defendant’s breach of contract. The doctrine of remoteness limits the right of the innocent party to recover damages to which he would otherwise be entitled”.

el contrato fueran comunicadas por los demandantes a los demandados y, por lo tanto, conocidas por ambas partes, los daños resultantes del incumplimiento de dicho contrato, que razonablemente contemplarían, serían la cantidad de perjuicio que normalmente se derivaría de un incumplimiento contractual bajo estas circunstancias especiales, conocidas y comunicadas² (Cámara de los Lores, *Hadley vs. Baxendale*, 1849).

De este apartado jurisprudencial se extraen dos *límites* o reglas relativas a la previsibilidad: i) solo son indemnizables aquellos daños que se estimaban como probables ante el incumplimiento del contrato, de conformidad con el curso natural de las cosas o el tipo de contrato celebrado, y ii) son indemnizables aquellos daños que no necesariamente se entiendan como probables ante el incumplimiento del contrato, pero que hayan sido puestos de presente al momento de celebrar este. También se extrae de estas dos reglas jurisprudenciales la determinación de que aún cuando el incumplimiento sea doloso, no habrá lugar a acceder a daños contractuales que no se enmarquen dentro de la regla de previsibilidad (al respecto, véase a Kramer, 2005, y a Paziue, 2016).

Así, se hace evidente que, conceptualmente, el requisito de previsibilidad del daño contractual tiene grandes semejanzas en Colombia e Inglaterra, lo cual no deja de ser sorprendente si se toma en cuenta que estos dos sistemas normativos tienen su origen en tradiciones jurídicas radicalmente distintas.

Lo anterior encuentra su razón de ser en un antecedente remoto común referido por autores como Perillo (2005) y Corral (2008, 2009), como lo es la adopción del concepto o el requisito de previsibilidad del daño contractual acuñado por el autor francés Robert Joseph Pothier, quien en el año 1761, en su obra *Las obligaciones*, sentó las bases de la institución que tenemos hoy en día. Si bien Pothier no fue el primer autor en referir esta regla de limitación

² Traducción propia. Texto original: “Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated”.

de reparación del daño, sí fue quien refinó el concepto y logró su adopción como un principio general indemnizatorio en materia de responsabilidad civil contractual.

La formulación original de esta regla por parte de Pothier en su tratado fue la siguiente:

El deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever en el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido a otros [...] no se debe condenar al deudor por más de la suma máxima que racionalmente podía él pensar que en ese caso ascenderían (Pothier, 1761, citado por Corral, 2008, pp. 123-124).

En esta misma línea, con la finalidad de sustentar o justificar la limitación de los daños recuperables mediante la regla de previsibilidad, Pothier expuso la siguiente idea:

El principio sobre el cual se funda esta decisión, es el de que las obligaciones que nacen de los contratos no pueden formarse más que por el consentimiento de y 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 o querido obligar a 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 suben a una suma excesiva, a la cual el 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, pues ha de reputarse el deudor como no habiéndose obligado a más (Pothier, 1761, citado por Jaramillo, 2020, p. 527).

Teniendo este punto claro, es interesante revisar de dónde obtuvo inspiración Pothier para estructurar sus planteamientos acerca de la regla de previsibilidad. Esto nos remonta al Derecho romano, en el cual, según Perillo (2005), Corral (2009) y Kralingen (2013), desde la Constitución de Justiniano del año 531 a. C. se implementó una regla *estándar*³ de limitación de los daños contractuales indemnizables, conocida como la regla del Duplum, en

³ Con anterioridad a esta codificación ya existían disposiciones al interior del ordenamiento jurídico romano que buscaban limitar la indemnización de perjuicios, pero estas eran inconsistentes y poco sistemáticas, y dependían en su mayoría del tipo de contrato incumplido. Al respecto, véase: Perillo (2005), Kralingen (2013) y, Scalise (2007).

concordancia con la cual la indemnización de perjuicios solo podía consistir en el doble del valor de la obligación incumplida.

Esta regla fue retomada por primera vez desde su formulación, en el derecho medieval. En el año 1584, Charles Dumoulin en su *Tratado sobre los daños y los perjuicios*, identificaba la regla romana del Duplum, y encontraba su pertinencia y justificación en el hecho de que debía reputarse que el deudor no había querido obligarse a más. Adicionalmente, como bien lo apunta Corral en su texto *Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual* (2008), Dumoulin también fue de la opinión de que la limitación de la previsibilidad no debía ser tomada en cuenta en aquellos casos en los que el incumplimiento era doloso, en los cuales, con fundamento en un apartado del Digesto romano, debían indemnizarse también los daños imprevisibles.⁴

De igual manera fue abordado el asunto por el profesor Jean Domat en su obra *Las leyes civiles en su orden natural* (1684-1694), al referirse a los perjuicios recuperables en el marco del contrato de compraventa cuando se presentaba un incumplimiento de entregar la cosa vendida, explicando que los perjuicios nunca debían hacerse extensivos a las consecuencias más “lejanas” o “imprevistas”. Como bien lo refiere Perillo (2008), para Domat estas eran más bien un efecto extraordinario del orden divino que del retardo del vendedor.

Luego de referir el origen de la figura que nos ocupa, primero en el Derecho romano y posteriormente en dos de los jurisconsultos franceses más renombrados de los siglos XVI y XVII, es necesario pasar a revisar la forma en la que esta se instaló al interior de los ordenamientos jurídicos colombiano e inglés.

La adopción en el ordenamiento jurídico colombiano de la doctrina de Pothier, no suscita mayores sorpresas si se toma en cuenta que el Código Civil de 1887, elaborado por Don Andrés Bello, fue fuertemente influenciado por el Código Civil chileno de 1855, inspirado en el propio Código Civil francés de 1804, codificación en la que, como es ampliamente conocido y aceptado, fueron adoptadas muchas de las ideas de Pothier⁵, entre ellas las

⁴ Pothier en su tratado cita algunas secciones de la obra de Dumoulin.

⁵ Sobre todo en lo relacionado con el derecho de las obligaciones.

alusivas a la previsibilidad como una regla de limitación de los daños contractuales indemnizables (sobre esta influencia léase Scalise, 2007).

En este sentido, el Código civil francés en sus artículos 1150 y 1151 consagraba, respectivamente, la siguiente regla en materia de previsibilidad de cara al daño contractual indemnizable:

El deudor no está obligado a más que a los daños y perjuicios que han sido previstos o han podido preverse al tiempo del contrato, cuando no ha sido por dolo que su obligación no se ha ejecutado.

En el caso que la inexecución de la convención resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor o de la ganancia de la que ha sido privado, sino aquellos que sean una consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la convención (Ley del 21 de marzo de 1804).

La anterior previsión normativa fue replicada en Chile en el artículo 1558 de su Código Civil, y a la postre fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano en la regla consagrada a partir del artículo 1616 de nuestra codificación civil.

Por otro lado, como ya se mencionó, en Inglaterra la adopción de la regla de previsibilidad (conocida como la *regla Hadley*) se constituyó a partir del caso de *Hadley vs. Baxendale* (1849). La incorporación de este elemento al interior del *Common Law* cobra sentido si se toma en cuenta que Pothier y sus ideas gozaban de pleno reconocimiento al interior de la comunidad académica y judicial de países como Inglaterra y Estados Unidos, donde además, para la época en la que se dieron a conocer las ideas de este autor, se estaba produciendo un momento histórico en el que se echaba de menos la existencia de principios generales del derecho de los contratos que permitieran estandarizar la práctica judicial y limitar su incertidumbre. En torno a este punto, el profesor Hernán Corral Talciani (2009) plantea:

[...] Insospechadamente la doctrina de Pothier emigró hacia Inglaterra y Estados Unidos de América, siendo uno de los pocos casos en los que el Derecho continental ha determinado el forjamiento de un precedente que ha devenido en medular del sistema contractual de los países de sistema de Common law. En el Derecho de los contratos del Common Law se sostiene que los daños indemnizables están limitados por la regla de lo que se denomina la regla de “unforeseeability” o “contemplation rule”. Así la expresa uno de los principales tratadistas

contemporáneos, E. Allan Farnsworth: “Bajo esta limitación, la parte que incumple no es responsable por daños, sea ante un incumplimiento parcial o total, si esa parte, al tiempo de contratar, no tenía razón para preverlo como probable resultado del incumplimiento” (Allan, 2004, citado por Corral, 2009, p. 147). El surgimiento de esta regla en el Common Law debe su origen a una recepción de la doctrina de Robert Joseph Pothier y su Tratado de las Obligaciones (p. 147).

Por último, vale la pena mencionar que la inserción de las ideas de Pothier relativas a la previsibilidad del daño contractual en el *Common Law* no fue absoluta. Como ya se mencionó, en Inglaterra, desde la misma formulación de la regla Hadley, se determinó que la existencia de dolo no se traduce en la inaplicación de la regla de previsibilidad para que puedan ser recuperados los perjuicios imprevisibles, sino que, por el contrario, este tipo de comportamientos no se traduce en un reproche mayor para la parte incumplida.

En cuanto a este punto, es importante señalar que en los ordenamientos jurídicos anglosajones, de manera contraria a lo que ocurre en los que se adscriben a la tradición continental europea, en los cuales el incumplimiento deliberado o voluntario se entiende como doloso (véase Ripert y Boulanger, 1956), este no es necesariamente calificado como tal. Para ellos debe efectuarse una distinción entre los incumplimientos fraudulentos (efectuados con malicia) y los deliberados (que no se producen con la intención de dañar o de lesionar intereses ajenos).⁶ Los primeros, sin duda, originan un mayor reproche, pudiendo desembocar en una acción extracontractual (tort) para reclamar lo que se conoce como daños punitivos; los segundos, en cambio, no merecen una sanción mayor (véase García y Herrera, 2003).

II. Desarrollo jurisprudencial de la previsibilidad del daño contractual en el *Civil Law* y en el *Common Law*

Como ya se anticipó, la previsibilidad como requisito del daño contractual ha sido objeto de análisis y menciones en la jurisprudencia, con mayor profusión –como ya se verá– en el derecho inglés que en el colombiano.

⁶ En cuanto a esta diferencia dogmática véase Scalise (2007).

En nuestro ordenamiento jurídico, los análisis efectuados en lo que atañe a la previsibilidad del daño contractual han sido escasos, limitándose en su mayoría a replicar de manera literal las restricciones impuestas en el artículo 1616 del Código Civil, sin entrar a efectuar interpretaciones o desarrollos acerca de ellas.

De manera ejemplificativa, dos decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia han hecho referencia al requisito de previsibilidad del daño en materia contractual y dan cuenta de la forma en la que ha sido abordada esta temática por el órgano de cierre de la jurisdicción civil: la Sentencia del 29 de octubre de 1945, y la Sentencia SC282-2021 del 15 de febrero de 2021.

En la primera, la Corte dirimió un litigio en el cual se solicitaba que se declarara el incumplimiento de un contrato celebrado en 1941 entre la Federación Nacional de Cafeteros y un agente para la compra de café en Valledupar (Cesar), a nombre y en representación de esta, en el cual se estipuló la facultad a favor de la Federación Nacional de rescindir o de dar por terminado el contrato antes de su vencimiento, cuando lo considerara conveniente, pero dando aviso previo al agente con treinta días de anticipación.

Se alegó que la Federación dio por terminado el referido contrato de manera anticipada y sin respetar el término de 30 días establecido para estos efectos, tras el encargo de la compra de café a otro agente sin notificárselo expresamente al demandante. En consecuencia, se solicitó que se condenara a la Federación al pago de múltiples perjuicios, dentro de los cuales se encontraban los perjuicios materiales conformados por las comisiones dejadas de recibir por la duración del contrato, y algunos perjuicios por concepto de lucro cesante, los cuales, según el demandante, se originaron al no poder efectuar la compra de algunos inmuebles, y al impedirle realizar ciertos negocios de ganadería con los dineros correspondientes a las comisiones que dejó de recibir.

En primera instancia fueron negadas todas las pretensiones indemnizatorias y, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia y condenó a la Federación Nacional de Cafeteros a pagarle al agente los perjuicios materiales que le fueron causados debido a la imposibilidad de percibir la comisión a que tenía derecho durante treinta días contados a partir del momento en que fue reemplazado, pero sin concederle al demandante las pretensiones de lucro cesante.

La Corte confirmó la decisión emitida por el Tribunal y, asimismo, hizo referencia expresa a la imposibilidad de reconocer los perjuicios reclamados por no poder efectuar la compra de algunos inmuebles y la realización de negocios con ganado con los dineros correspondientes a las comisiones dejadas de recibir. Esto, teniendo en cuenta su imprevisibilidad y la ausencia de pruebas al interior del proceso de que el incumplimiento contractual fue doloso, ya que, según la misma, no era dable afirmar que los perjuicios reclamados hubiesen sido previstos por las partes al momento de la celebración del contrato, o que fueran razonablemente previsibles en ese mismo momento.

De igual manera, la Corte sentó doctrina respecto a la regla de previsibilidad del artículo 1616 del Código Civil, en el siguiente sentido:

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 imprevistos, 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 imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte (Artículo 1616 del Código Civil) (Sala Civil, Corte Suprema de Justicia, 1945).

Por último, en la Sentencia SC-282 del 15 de febrero de 2021, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó un caso en el cual el propietario de una barcaza alegó que en el marco de un contrato de arrendamiento sobre esta, la embarcación fue destruida a consecuencia del actuar culposo de los empleados de la parte arrendataria, razón por la que pretendía que le fuesen indemnizados los perjuicios causados, en particular el daño emergente representado por el valor de la barcaza perdida, y el lucro cesante ocasionado por los réditos de la explotación comercial del bien que dejó de percibir.

En primera instancia al demandante le fue concedida la indemnización del daño emergente correspondiente al valor comercial de la barcaza y el lucro cesante (pasado y futuro) representado en los dineros dejados de producir por concepto del arrendamiento del bien destruido. En segunda instancia, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla modificó la indemnización concedida, con el fin de reducir la cuantía del lucro cesante pasado y de excluir el lucro cesante futuro. Producto de esta decisión, la parte demandante pretendió la casación de la Sentencia, alegando, entre otras cuestiones, una indebida aplicación por parte del Tribunal de las normas relativas a los requisitos exigibles a efectos de acceder al lucro cesante futuro.

La Corte confirmó la sentencia recurrida, y concluyó que en el caso objeto de análisis el lucro cesante futuro no era un perjuicio previsible, razón por la cual no era indemnizable, en atención a que la productividad de la embarcación perdida no se desprendía de las pruebas obrantes en el proceso como un elemento que fuera previsible para la demandada al momento de la celebración del contrato. Indicó la Corte:

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).

Asimismo, la Corte hizo referencia a la previsibilidad del daño contractual desde una perspectiva teórica, de la siguiente manera:

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)” (Corte Suprema de Justicia, SC-282, 2021).

De las anteriores referencias jurisprudenciales, como ya se adelantó, es posible concluir que el enfoque dado a la regla de previsibilidad del daño contractual ha sido, cuando menos, insular al interior de la jurisprudencia colombiana, a lo cual se le suma el hecho de que en aquellas ocasiones en las que se ha analizado este requisito del daño, el tratamiento dado no ha suscitado grandes reflexiones o innovaciones que hayan dado pie a poder afirmar que existe al interior del ordenamiento jurídico colombiano una línea jurisprudencial consolidada en cuanto a este tópico.

Prueba de lo anterior es el hecho de que si se estudian con detenimiento sentencias como la del 1º de abril de 2003 (Exp. No. 6499) y la SC-2142 del 18 junio de 2019, que incluso son citadas en decisiones posteriores con la finalidad de dar cuenta de “la línea decisoria” sentada en torno a la regla de la previsibilidad, se observa que esta es tratada de manera auxiliar, con el único propósito de aludir que la previsibilidad es uno de los requisitos del perjuicio contractual para ser indemnizable.

De manera totalmente contraria al ordenamiento jurídico colombiano, en Inglaterra el requisito de previsibilidad del daño en materia contractual ha suscitado grandes debates jurisprudenciales y doctrinarios, la mayoría de ellos tomando como punto de partida la decisión adoptada en el caso de *Hadley vs. Baxendale*, ya sea aplicándolo como precedente a efectos de resolver disputas judiciales, o criticando las premisas fundantes que desde 1849 se venían sosteniendo acerca del razonamiento implícito de esta regla de limitación de la indemnización del daño contractual.

Para estos efectos, a continuación se hará referencia a cinco decisiones judiciales en las cuales el eje central de las disputas judiciales y, en consecuencia, el razonamiento de los distintos jueces giró en torno a la regla de previsibilidad del daño contractual: las Sentencias que se siguieron de los casos de *Addis vs. Gramophone Company Limited* (1909), *Victoria*

Laundry (Windsor) LD. vs. Newman Industries LD (1949), *Koufos vs. Czarnikow LTD* (1967) más conocido como *The Heron II*, *Transfield Shipping Inc vs. Mercator Shipping Inc* (2008) conocido como *The Achilleas*, y *John Grimes Partnership Ltd vs. Gubbins* (2013).

En *Addis vs. Gramophone Company Limited*, el señor Addis había sido contratado por la empresa demandada para administrar los negocios de esta última en la ciudad de Calcuta, devengando un salario fijo semanal y unas comisiones calculadas con base en los negocios celebrados; de igual manera, se estableció que el demandante podía ser despedido, pero con un preaviso de al menos seis meses.

En octubre de 1905, la sociedad demandada dio el preaviso al demandante respecto de la terminación de su contrato, pero de manera simultánea encargó a otra persona en su cargo y tomó acciones para que Addis no pudiera seguir actuando como administrador, motivo por el cual este regresó a Inglaterra en diciembre del mismo año.

El demandante solicitó la indemnización de los perjuicios causados por la terminación injusta de su contrato; en primera instancia le fue concedida una indemnización que comprendía lo correspondiente a la indemnización por despido injusto, dentro de la que se incluyó el perjuicio causado como consecuencia de la forma del despido, la humillación y el dolor sufrido por este. También se condenó a la demandada a pagar al señor Addis algunas comisiones dejadas de recibir.

La Cámara de los Lores revocó la indemnización otorgada para, en su lugar, acceder solo a los salarios que se hubiesen causado dentro de los seis meses siguientes al preaviso de la terminación, y las comisiones que razonablemente hubiesen podido haber sido devengadas por el demandante en este periodo de tiempo. En el fallo se estableció con claridad que en el asunto objeto de análisis se discutía el incumplimiento de un contrato, motivo por el cual debía aplicarse la regla general respecto de la indemnización de perjuicios contractuales, de la siguiente forma:

La regla general es clara en el sentido de que los daños en materia contractual deben ser los que se deriven naturalmente del incumplimiento, o los que se suponga que han estado contemplados por las partes como resultado de este. La última rama de la regla es inaplicable a los hechos de este caso, pues ni siquiera se sugirió que hubiera daños consecuenciales dentro de lo conocido por las partes. En virtud de la primera rama de la regla, el demandante recupera

el beneficio neto de la ejecución del contrato. Por lo tanto, debe ser puesto en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido. Si se hubiera realizado, habría tenido cierto sueldo y ciertas comisiones⁷ (Cámara de los Lores, *Addis vs. Gramophone Company Limited*, 1909).

De igual manera, de cara a la revocación de la indemnización concedida, la sentencia pasó a analizar si la forma en la que se produjo la terminación, o lo que es lo mismo, en la que se dio el incumplimiento contractual, daba lugar a conceder la reparación de daños adicionales. En ese sentido, se planteó que el hecho de que el incumplimiento sea deliberado no permite que se omita la regla de previsibilidad del daño contractual para conceder una indemnización más amplia a la parte agraviada, argumentando que

En muchos otros casos de incumplimiento contractual pueden existir circunstancias de dolo, fraude, difamación o fuerza, que sustentarían una acción de responsabilidad extracontractual como recurso alternativo a la acción por incumplimiento contractual. Si uno debe seleccionar el primer modo de reparación, puede, sin duda, recuperar daños ejemplares, o lo que a veces se denomina daños punitivos; pero si opta por buscar la reparación en forma de una acción por incumplimiento contractual, admite todas las consecuencias de este tipo de acción⁸ (Cámara de los Lores, *Addis vs. Gramophone Company Limited*, 1909).

Por otro lado, en el caso de *Victoria Laundry vs. Newman*, los propietarios de una lavandería suscribieron en abril de 1946 un contrato para la compra e instalación de unas calderas de mayor capacidad a las que para la fecha tenían en su negocio. El proveedor de estas se retrasó en su entrega cinco meses, motivo por el cual los compradores pretendieron la indemnización de los perjuicios que les fueron causados debido a su entrega tardía.

⁷ Texto original: “The general rule is clear that damages in contract must be such as flow naturally from the breach, or such as may be supposed to have been in the contemplation of the parties as the result of the breach. The latter branch of the rule is inapplicable to the facts of this case, for it was not even suggested that there were any consequential damages within the contemplation of the parties. Under the first branch of this rule the plaintiff recovers the net benefit of having the contract performed. He is therefore to be put in the same position as if the contract had been performed. If it had been performed, he would have had certain salary and commission. He loses that, and must be compensated for it. But I am unable to find either authority or principle for the contention that he is entitled to have damages for the manner in which his discharge took place”.

⁸ Texto original: “In many other cases of breach of contract there may be circumstances of malice, fraud, defamation, or violence, which would sustain an action of tort as an alternative remedy to an action for breach of contract. If one should select the former mode of redress, he may, no doubt, recover exemplary damages, or what is sometimes styled vindictive damages; but if he should choose to seek redress in the form of an action for breach of contract, he lets in all the consequences of that form of action”.

Los perjuicios reclamados se circunscribieron a la pérdida de las ganancias (lucro cesante) que sufrieron los compradores debido a su imposibilidad de ejecutar en debida forma algunos contratos especialmente lucrativos que hubieran podido haber celebrado con el Ministerio de insumos del Reino Unido, para los cuales precisamente requerían de la mayor capacidad que las nuevas calderas debían proveerles.

Para sustentar sus peticiones alegaron que la compañía demandada tenía conocimiento de la naturaleza del negocio al que se dedicaban los compradores, y que se les había notificado mediante carta la intención de poner a funcionar las nuevas calderas en el menor tiempo posible.

En primera instancia les fue concedida la indemnización de algunos perjuicios menores, pero no se accedió a la indemnización del lucro cesante ocasionado por la pérdida de los contratos especialmente lucrativos, esto bajo la premisa de que conforme a la segunda regla Hadley, no se había puesto de presente esta circunstancia especial o particular a la compañía vendedora al momento de la celebración del contrato. La decisión fue confirmada en segunda instancia, agregando, a efectos de no conceder el lucro cesante reclamado, el hecho de que las calderas compradas no eran suficientes para la puesta en marcha de la lavandería a la escala requerida para la ejecución de los contratos especialmente lucrativos.

La Cámara de los Lores decidió revocar la decisión para, en su lugar, acceder a la indemnización de la pérdida de las ganancias (lucro cesante) que se seguirían ordinariamente de la actividad comercial con las nuevas calderas, entendiendo que dicho daño surgía de manera natural del contrato celebrado. Por otro lado, denegó el lucro cesante derivado de los contratos especial y excepcionalmente lucrativos, fundamentándose principalmente en que, de conformidad con la segunda regla Hadley, la compañía vendedora no sabía del rol específico ni de la importancia económica que tenían los calentadores para la parte compradora.

Para llegar a esta determinación, la sentencia analizó los diferentes tipos de conocimiento que puede tener la parte que incumplió (el real y el imputado), a efectos de hacer previsible un eventual perjuicio:

Para este propósito, el conocimiento es de dos clases: uno imputado, el otro real. Todo el mundo, como persona razonable, debe conocer el “curso ordinario de las cosas” y, en consecuencia, qué pérdida puede resultar de un incumplimiento del contrato bajo esas condiciones. Este es el eje central de la “primera regla” en *Hadley vs. Baxendale*. Pero a este conocimiento, que se supone que posee la parte incumplida del contrato, ya sea que realmente lo posea o no, debe agregarse, en un caso particular, el conocimiento que realmente posee, de circunstancias especiales fuera del “curso ordinario de las cosas” de tal tipo que un incumplimiento en esas circunstancias especiales podría causar más pérdidas. Tal caso atrae la aplicación de la “segunda regla” para hacer que las pérdidas adicionales también sean recuperables⁹ (*Cámara de los Lores, Victoria Laundry vs. Newman, 1949*).

En esta misma dirección, *The Heron II* fue un caso en el que se suscitó controversia alrededor del transporte por vía marítima de aproximadamente 3000 toneladas de azúcar originadas en Constanza y con destino al puerto de Basrah. El viaje estaba pronosticado para tener una duración máxima de veinte días, pero debido a desviaciones imputables al propietario del barco carguero se produjo un retraso de nueve días. La intención de la parte contratante era la de vender el azúcar transportada lo más pronto posible una vez la mercancía arribara al puerto de destino. El transportador no estaba al tanto de esta circunstancia, pero sí tenía pleno conocimiento de que en el puerto de Basrah había un mercado para la compra de azúcar.

Cuando el barco transportador llegó al puerto de destino, el azúcar fue vendida allí mismo, siendo el precio de esta inferior al valor que hubiera podido obtener en el mercado nueve días antes de la llegada del barco. El contratante demandó con el propósito de que le fueran indemnizados los perjuicios causados por la diferencia entre el precio al cual vendió el azúcar y el precio existente para la época en la cual debía haber llegado el barco transportador al puerto, en caso de no haber sido incumplido el contrato.

⁹ Texto original: “or this purpose, knowledge “possessed” is of two kinds; one imputed, the other actual. Everyone, as a reasonable person, is taken to know the “ordinary course of things” and consequently what loss is liable to result from a breach of contract in that ordinary course. This is the subject matter of the “first rule” in *Hadley v. Baxendale*. But to this knowledge, which a contract-breaker is assumed to possess whether he actually possesses it or not, there may have to be added in a particular case knowledge which he actually possesses, of special circumstances outside the “ordinary course of things,” of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss. Such a case attracts the operation of the “second rule” so as to make additional loss also recoverable”.

En primera instancia fue desestimada la indemnización pretendida, bajo el argumento de que el transportador no tenía por qué conocer que la demora en el viaje probablemente derivaría en el tipo de perjuicio sufrido por el contratante, ya que no le había sido informada la intención de vender el azúcar una vez se arribara al puerto de destino. En segunda instancia fue revocada la decisión, y en su lugar se accedió a la indemnización, razonando que de conformidad con la interpretación dada a la regla Hadley en *Victoria Laundry vs. Newman* el perjuicio reclamado no era lo suficientemente remoto como para denegar su resarcimiento al contratante agraviado.

La Cámara de los Lores decidió confirmar la decisión, pero con una *reinterpretación* de los postulados básicos del requisito de previsibilidad del daño que habían sido establecidos en el primer límite dispuesto en *Hadley vs. Baxendale*, según el cual eran indemnizables aquellos daños que se seguían naturalmente, es decir, de acuerdo con el curso habitual de las cosas, y como resultado probable del incumplimiento del contrato en sí mismo.

De esta manera, se estableció que en el caso no existían circunstancias especiales que hubiesen sido comunicadas al transportador al momento de celebrar el contrato; en otras palabras, que no había conocimiento real de la intención de vender el azúcar en el puerto de destino.

Bajo este tenor, se determinó que el lucro cesante reclamado era previsible debido a que la previsibilidad del perjuicio se originaba cuando este no era una consecuencia “improbable” del incumplimiento, efecto para el cual establecieron que el test de previsibilidad correcto consiste en determinar si la pérdida (perjuicio) cuya indemnización se reclama:

[...] es de aquella que el demandado debería haber estimado que no era improbable que resultara del incumplimiento al momento de la celebración del contrato... las palabras ‘no improbable’... denotando un grado de probabilidad considerablemente menor que una casualidad pero, sin embargo, no muy inusual y fácilmente previsible¹⁰ (Cámara de los Lores, *Koufos vs. Czarnikow LTD*, 1967).

¹⁰ Texto original: “[...] the defendant, when he made the contract, ought to have realised was not unlikely to result from the breach... the words ‘not unlikely’... denoting a degree of probability considerably less than an even chance but nevertheless not very unusual and easily foreseeable”.

De igual manera, *The Achilles* fue un caso fallado en 2008 en el que se suscitaron controversias relacionadas con un barco carguero que había sido arrendado en enero de 2003 por un periodo de entre cinco y siete meses, el cual fue ampliado con posterioridad por acuerdo entre las partes, siendo la fecha máxima de entrega el 2 de mayo de 2004.

Para abril de 2004, los precios con los que se podía conseguir un barco de similares características a *The Achilles* en el mercado se habían doblado en comparación con los del mes de septiembre. Los arrendatarios notificaron el 20 de abril a los propietarios del barco que efectuarían su entrega entre el 30 de abril y el 2 de mayo. Estos últimos procedieron el día siguiente a celebrar otro contrato de arrendamiento sobre el barco con una duración de entre cuatro y seis meses, en el cual se pactó que la entrega inicial del barco debía efectuarse por tardar el 8 de mayo de 2004, fecha a partir de la cual los nuevos arrendatarios podían cancelar válidamente el contrato si no les había sido entregada la embarcación.

Los arrendatarios no entregaron el barco hasta el 11 de mayo, esto es, nueve días después de la fecha máxima pactada. En el interregno de tiempo transcurrido entre el momento en que debía entregarse el barco y la fecha en que efectivamente esto ocurrió, se produjo una reducción significativa en los precios de los arrendamientos de embarcaciones en el mercado; en consecuencia, la sociedad propietaria de la embarcación se vio en la obligación de renegociar el nuevo contrato de arrendamiento, para el cual debía entregarla a más tardar el 8 de mayo, por un precio significativamente inferior al que ya se había pactado.

La propietaria del barco demandó al arrendatario incumplido, solicitando la indemnización de la pérdida ocasionada por la diferencia entre la tarifa original y la tarifa reducida que tuvo que renegociar, por toda la vigencia del nuevo contrato de arrendamiento (por los cuatro meses).

En primera instancia se concedió el lucro cesante reclamado, debido a que se estimó que este se encuadraba en la primera regla Hadley, derivándose, de acuerdo con el curso habitual de las cosas, del incumplimiento del contrato mismo, ya que este daño era de aquellos que, al momento de celebrar el contrato, el arrendatario debería haber estimado que no era improbable que resultara como consecuencia de un eventual incumplimiento contractual de su parte. En segunda instancia se confirmó la decisión.

La Cámara de los Lores revocó la decisión, determinando que la demandante no tenía derecho a recuperar la diferencia entre la tarifa de alquiler original y la renegociada, sino que, por el contrario, los daños que eran legítimamente indemnizables se limitaban a la diferencia entre la tarifa de alquiler del mercado y la acordada en el contrato que se incumplió, limitando la reparación a los nueve días sobre los cuales se vieron privados del uso de la embarcación.

Para este fin, al menos dos de los jueces de la Cámara prescindieron de las reglas de previsibilidad desarrolladas en *Hadley vs. Baxendale* (los dos límites), para en su lugar acudir a un nuevo criterio de cara a determinar si el daño era indemnizable, consistente en establecer cuál había sido la responsabilidad que habían asumido tácitamente las partes al momento de celebrar el contrato, analizando la intención de los contratantes en ese momento y auscultando cuáles riesgos fueron asumidos razonablemente, tomando en cuenta, entre otros factores, las condiciones especiales del mercado en el cual se celebraba el contrato, y los antecedentes comerciales del acuerdo. Este nuevo criterio fue denominado *test de la asunción tácita de responsabilidad*; su adopción se sustentó con base en la siguiente premisa argumentativa:

[...] Me parece lógico fundar la responsabilidad por daños y perjuicios en la intención de las partes (determinada objetivamente) porque toda responsabilidad contractual se asume de una manera voluntaria. En principio, sería incorrecto catalogar a alguien como responsable de los riesgos por los cuales no se estimaría que las personas que celebran ese tipo de contrato en su mercado particular hubieran razonablemente asumido.

[...] La determinación de las responsabilidades y los riesgos que las partes estimen que están asumiendo determinará los demás términos del contrato y, en particular, el precio a pagar. Cualquiera a quien se le pida que asuma un gran e impredecible riesgo requerirá algún beneficio adicional a cambio. Un ordenamiento jurídico que impone responsabilidad a una parte por un riesgo que razonablemente se estimaba que estaba excluido, otorga un beneficio a la otra parte por nada¹¹ (Cámara de los Lores, *Transfield Shipping Inc vs. Mercator Shipping Inc*, 2008).

¹¹ En el original: “[...] It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which the people entering into such a contract in their particular market, would not reasonably be considered to have undertaken.

[...] The view which the parties take of the responsibilities and risks they are undertaking will determine the other terms of the contract and in particular the price to be paid. Anyone asked to assume a large and unpredictable risk will require some premium in exchange. A rule of law which imposes liability upon a party for a risk which he reasonably thought was excluded gives the other party something for nothing.”

Este test ha suscitado grandes discusiones tanto a nivel académico como jurisprudencial desde que fue empleado en *The Achilleas*, y se ha utilizado para la solución de algunos *casos difíciles*, aunque sin llegar a reemplazar la tradicional regla Hadley como test principal y preponderante para aquellos casos en los que se discute la previsibilidad del daño (véase Baena, 2021; Goldberg, 2015; Gordon, 2009; Oguh, 2015).

Lo anterior es coherente con el hecho de que, en la misma decisión judicial, se deja entrever que la regla Hadley continúa vigente para la gran mayoría de los casos en los que no se presentan circunstancias especiales de racionalidad económica derivadas de condiciones de índole comercial como las que se presentaron en ese caso particular. El siguiente pasaje de la decisión ilustra el asunto:

[...] ¿es la regla de que una parte puede recuperar las pérdidas que eran previsibles (“no improbables”) una norma supletiva, impuesta a las partes en todo contrato a falta de disposición expresa en otro sentido, o es una suposición efectuada *prima facie* sobre la intención inicial de las partes, sin duda aplicable en la gran mayoría de casos, pero susceptible de refutación en aquellos otros en los que el contexto, las circunstancias o el entendimiento general en el mercado muestran que no se habría considerado razonablemente que una parte asumía responsabilidad por tales pérdidas?¹² (subrayas fuera del texto) (Cámara de los Lores, *Transfield Shipping Inc vs. Mercator Shipping Inc*, 2008).

A modo de ejemplo, en el año 2013, a partir de la sentencia que se siguió del caso de *John Grimes Partnership Ltd vs. Gubbins*, se clarificó el alcance del test de la asunción tácita de responsabilidad. En este litigio se discutió la responsabilidad de una compañía especializada en la prestación de servicios de ingeniería y diseño, que entregó tardíamente los planos de una carretera y un drenaje que le habían sido encargados por el señor Gubbins, un granjero que pretendía efectuar el desarrollo inmobiliario de algunas viviendas en su propiedad (para lo cual requería una licencia, que solo le podía ser expedida previa presentación de estos diseños).

¹² En el original: “[...] is the rule that a party may recover losses which were foreseeable (“not unlikely”) an external rule of law, imposed upon the parties to every contract in default of express provision to the contrary, or is it a *prima facie* assumption about what the parties may be taken to have intended, no doubt applicable in the great majority of cases but capable of rebuttal in cases in which the context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market shows that a party would not reasonably have been regarded as assuming responsibility for such losses?”

El litigio inició cuando la compañía encargada de efectuar los diseños pretendió por la vía judicial que le fueran pagadas algunas facturas, circunstancia frente a la cual el señor Gubbins se opuso y en adición demandó en reconvención a esta sociedad, solicitando que le fueran indemnizados los perjuicios causados por la entrega tardía de los planos, lo cual acarreó una reducción en los precios del mercado de las viviendas para la época en la que pudo obtener la licencia.

En primera instancia se accedió a la indemnización pretendida por el granjero. En segunda instancia la Corte de Apelaciones del Reino Unido confirmó la decisión, planteando que en el caso era posible concluir que este perjuicio era previsible y que no existían elementos de juicio que permitieran afirmar que de conformidad con el entendimiento general del mercado, o los antecedentes comerciales, el perjuicio no era de aquellos sobre los que la empresa contratista hubiese asumido responsabilidad al momento de celebrar el contrato.

De igual manera, la Corte aclaró que el test clásico dispuesto a partir de *Hadley vs. Baxendale*, continuaba siendo el test estándar que debía utilizarse en la mayoría de casos, y que solo cuando su aplicación produjera respuestas inadecuadas, debía acudirse al *test de la asunción tácita de responsabilidad*, cuya aplicación debía estar precedida por la presencia de pruebas o de elementos que permitieran concluir que en el caso particular existían elementos de racionalidad económica y de entendimiento comercial que admitieran afirmar que el deudor que incumplió no había asumido responsabilidad por un daño específico.

III. Conclusiones

De lo expuesto en las dos secciones anteriores es posible concluir que indudablemente la regla de previsibilidad como limitación del daño contractual indemnizable, tanto en Colombia (*Civil Law*) como en Inglaterra (*Common Law*), es muy similar desde lo conceptual; esto, como consecuencia de su origen común en las ideas de Pothier. Si se analizan la formulación que trae el artículo 1616 del Código Civil y el razonamiento sentado en *Hadley vs. Baxendale*, se concluye, a primera vista, que el principio es el mismo, y que solo varía el orden en el que se plantean las circunstancias de las cuales puede surgir la

previsibilidad, con excepción de la mención expresa acerca del dolo en el artículo 1616 del Código Civil.

En consonancia con lo anterior, quizás la diferencia teórica más grande entre ambos ordenamientos jurídicos reside en lo que atañe a la existencia del dolo como una circunstancia que hace inaplicable la regla de previsibilidad. Como ya vimos, en Colombia aplica esta excepción por disposición expresa del inciso 1º del artículo 1616, de conformidad con el cual en aquellos casos en los que el incumplimiento del deudor sea doloso, serán también recuperables los perjuicios imprevisibles. No obstante esto, una vez realizado un exhaustivo recuento de múltiples decisiones judiciales, se encontró que, hasta la fecha, esta excepción no ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia. Mientras que en Inglaterra, por el contrario, desde el año 1849 el incumplimiento deliberado no hace que sean inaplicables las limitaciones de la previsibilidad, postulado que subsiste en la actualidad.

Por otro lado, también es posible concluir que el análisis comparativo del desarrollo de la figura en ambos países, tras su formulación inicial en el siglo XIX, es infructuoso, ya que en Colombia los casos en los que la previsibilidad del daño contractual ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia han sido escasos y no han traído grandes innovaciones, hasta el punto de poder afirmar que no existe una línea decisoria consolidada. En cuanto a este particular, lo mismo puede decirse de la doctrina, en la cual la previsibilidad del perjuicio en materia contractual tampoco ha suscitado grandes debates. Por otro lado, en Inglaterra el desarrollo ha sido ingente, profiriéndose múltiples decisiones judiciales en las que la regla de previsibilidad del daño contractual ha ocupado el razonamiento central de los distintos jueces y Tribunales, lo que ha propiciado que se produzcan innovaciones en cuanto a este tópico, como el *test de la asunción tácita de responsabilidad*. Este prolífico desarrollo jurisprudencial ha llevado a que al interior de la doctrina anglosajona sí se encuentra que la regla de previsibilidad como limitación del daño contractual ha logrado un lugar privilegiado al interior de las discusiones académicas.

En consecuencia, lo precedente se traduce en que, producto de la disparidad en la producción jurisprudencial y académica, los resultados del análisis en cuestión pueden limitarse a afirmar que no existen mayores semejanzas o divergencias en el desarrollo de la regla de previsibilidad del daño contractual entre el ordenamiento jurídico colombiano y el inglés, por

la sencilla razón de que, si bien en Inglaterra el desarrollo de la figura ha sido abundante, en Colombia, hasta la fecha, este desarrollo no se ha producido.

Lo anterior suscita un interrogante de sumo interés, como lo es el analizar los motivos o las circunstancias por las cuales se produjo ese desarrollo tan disímil de la regla de previsibilidad del perjuicio contractual en estos dos ordenamientos: ¿obedece tal vez a consideraciones de desarrollo económico e industrialización de la economía?, o ¿quizá al razonamiento implícito que supone el contrato como acto jurídico en ambos?, o ¿acaso se debe a una mezcla de ambas cuestiones? Estas preguntas deberán ser objeto de estudio en investigaciones posteriores.

Referencias

- Baena Aramburo, F. (2021). *La causalidad en la responsabilidad civil*. Tirant lo Blanch.
- Corral Talciani, H. (2008). Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual. En T. Vargas Pinto (Ed.), *La relación de causalidad: Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal* (pp. 115-178). Universidad de los Andes.
- Corral Talciani, H. (2009). La Regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de derecho civil continental y de common law. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte*, 16(2), 129-159. <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041325005.pdf>
- McKendrick, E. (2013). *Contract Law*. Macmillan.
- Gordon, G. (2009). Hadley Baxendale Revisited: Transfield Shipping Inc Mercator Shipping Inc. *Edinburgh Law Review*, 13(1), 125-130. DOI: 10.3366/E1364980908001030
- Goldberg, V. P. (2013). The Achilleas: Forsaking Foreseeability. *Current Legal Problems*, 66(1), 107–130. <https://doi.org/10.1093/clp/cut014>
- Goldberg, V. P. (2016). The New-Business Rule and Compensation for Lost Profits. *Criterion Journal on Innovation*, 1, 341-372. <https://bit.ly/3PmX4eI>
- García Matamoros, L. V. y Herrera Lozano, M. C. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 211-229. <https://bit.ly/3MGdHQr>
- Jaramillo Jaramillo, C. I. (2020). El criterio de razonabilidad como índice general de sensatez decisoria por parte de las autoridades competentes, especialmente por el Juez. El “Arbitro judicial” y su estrecha relación con el criterio de la razonabilidad. Casuística.. En A. Kemelmajer Carlucci y C. I. Jaramillo Jaramillo, *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado* (pp. 503-564). Ibañez.
- Kramer, A. (2005). An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages. En N. Cohen & E. McKendrick (Eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract* (pp. 249-286). Hart Publishing. <https://bit.ly/39FUEHE>

- Ospina Fernández, G. (1976). *Régimen general de las obligaciones*, 4.^a ed. Temis.
- Oguh, E. (2015). A discuss on how the “Achilleas” has done much to clarify the Assessment of Damages under a Charter-party. *Academia.edu*. <https://bit.ly/3yniaDM>
- Perillo, J. M. (2005). Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract. *Texas Wesleyan Law Review*, 11(2), 267-290. <https://ssrn.com/abstract=610601>
- Paziue, C. (2016). Remoteness of Damage in Contract and Its Functional Equivalents: Critical Economic Approach. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 5(1), 87-115. DOI: 10.14324/111.2052-1871.064
- Scalise, R. J. (2007). Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. *The American Journal of Comparative Law*, 55(4), 721–766. <http://www.jstor.org/stable/20454595>
- Ripert, G. y Boulanger, J. (1964). *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. La Ley.
- Tamayo Jaramillo, J. (2006). *Tratado de la responsabilidad civil*, 2.^a ed. Legis.
- Kralingen, J. H. (2013). How to limit damages? The duplum rule of emperor Justinian. *Leiden Law Blog*. <https://bit.ly/3PeKzle>

Leyes

Código Civil colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código Civil chileno. Ley de diciembre 14 de 1855 (Chile).

Código Civil francés. Ley de marzo 21 de 1804 (Francia).

Sentencias

Colombia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1945). M. P. Pedro Castillo Pineda. <https://bit.ly/38tsVtu>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2003). Expediente 6499. M. P. Jorge Santos Ballesteros. <https://bit.ly/38tsVtu>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2019). SC-2142. M. P. Luis Alonso Rico Puerta. <https://bit.ly/38tsVtu>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2021). SC-282. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. <https://bit.ly/38tsVtu>

Inglaterra

Hadley vs. Baxendale. (1854). EX 341. <https://bit.ly/39bTgwo>

Addis vs. Gramophone Company Limited. (1909). UKHL 1. <https://bit.ly/37xSKs5>

Victoria Laundry LD. vs. Newman Industries LD. (1949). 2 K.B. 528. <https://bit.ly/3sqtr2j>

Koufos vs. Czarnikow LTD. (1967). UKHL 4. <https://bit.ly/3L3dLsm>

Transfield Shipping Inc vs. Mercator Shipping Inc. (2008). UKHL 48. <https://bit.ly/3vXtQeO>

John Grimes Partnership Ltd vs. Gubbins. (2013). EWCA Civ 37. <https://bit.ly/3MiFC9v>