

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR DE PERSONAS

Causal 3^a de casación. — Contrato de transporte de personas. — Responsabilidad por la pérdida de su equipaje. — Cuál es el daño trascendente o resarcible y quiénes son y en qué medida los llamados a repararlo. — Distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal. — Responsabilidad del transportador de personas. — Exigencia legal y prácticas de las pruebas del perjuicio. — Daño a la persona. — Necesidad de su prueba. — Error de hecho y error de derecho. — Daño moral. — Daño a la actividad social no patrimonial y daño moral propiamente dicho.

Daño moral cuando muere la víctima.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

Bogotá, abril 4 de 1968.

Magistrado ponente: doctor *Fernando Hinstrosa*.

(Aprobado Acta número 1 de 2 de abril de 1968).

1. Gustavo Sarmiento G. demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado 6^º Civil del Circuito de Bogotá a la empresa de transportes terrestres Flota Magdalena S. A., para que se le condene a pagar la cantidad de doscientos mil pesos, o la que resulte de tasación pericial, a él en su propio nombre y “en representación legal de su menor hijo extinto Fabio René”, por mitades, como indemnización del daño que éste sufrió al morir y aquél con las lesiones personales recibidas y los objetos y dinero perdidos en el accidente de tránsito de bus de la citada empresa, acaecido el 7 de octubre de 1960, cuando hacía su recorrido entre Popayán y Bogotá, viajando ambos como pasajeros.

Finalizó la primera instancia con fallo absolutorio, ubicando el caso fuera de toda vinculación contractual, al echar menos la prueba de que el vehículo accidentado estuviera entonces al servicio de la dicha empresa en transporte de personas.

Apelada tal decisión por el actor, el Tribunal de Bogotá la revocó y dispuso en reemplazo declarar la responsabilidad civil contractual de la

demandada por la muerte del menor Fabio René Sarmiento y las lesiones de Gustavo Sarmiento, en el accidente de tránsito indicado, que se sucedió mientras aquéllos los transportaba, “condenarla a pagar a la sucesión del menor, representada por el mismo Gustavo Sarmiento, la cantidad de dos mil pesos, a título de perjuicios morales subjetivos” y, absolverla “de las demás indemnizaciones demandadas como consecuencia de los referidos daños”, en sentencia de 6 de junio de 1966, recurrida en casación por el mismo litigante.

2. Considera el Tribunal, en primer término, que a tono con la demanda y la naturaleza del asunto, la responsabilidad que se trata de establecer con este juicio es la que se desprende del contrato de transporte en virtud del cual las víctimas viajaban en el bus accidentado, y no la común por delitos y culpas, por la cual se orientó el *a quo* y, en vista de ello, puntualiza los requisitos legales de la primera y se detiene en su consideración doctrinaria, para luego analizar el proceso en conjunto, juzgando acreditado que Sarmiento ajustó contrato oneroso de transporte con la Flota Magdalena para el viaje entre Popayán y Bogotá el 7 de octubre de 1960, durante el cual, ocupando el bus 220 de dicha empresa, ocurrió el siniestro, donde resultaron herido él y muerto su hijo menor.

Continúa el fallo sosteniendo, sobre ese pie y la ausencia de todo factor exonerativo de responsabilidad aportado por la empresa transportadora, el incumplimiento del contrato de parte

de ésta al no llevar a los pasajeros "sanos y salvos" al lugar de su destino.

El demandante, agrega el Tribunal, incoó la acción "en su propio nombre, con causa en el daño de que **personalmente fue víctima**, y en nombre de su hijo menor, colocándose así en el lugar y posición del contratante muerto, y se considera legítima esta forma de demandar, por la aceptación de pretensión indemnizatoria del heredero de quien pereció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte, con la salvedad de que la indemnización se decretará en favor de la sucesión del contratante muerto, representada por el heredero que demanda".

Respecto del daño mismo y su reparación, el sentenciador, tras de consideraciones generales sobre el quebranto causado con la muerte de un menor de corta edad, descarta la posibilidad de condena por perjuicios de orden material derivados del fallecimiento de Fabio René Sarmiento, que contaba con escasos seis años y no era ni podía ser sujeto activo de una utilidad económica de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres, al propio tiempo que estima indispensible la por daño moral, "en favor de la sucesión de aquél", en la cuantía máxima del artículo 92 del Código Penal, habida consideración "de las características de mayor gravedad que la muerte del hijo asume para los padres". Y, cuanto al reclamo personal del actor, lo desecha por no haber acreditado las graves heridas que afirmó en su libelo de demanda, pues la cuenta por servicios hospitalarios a él prestados y las certificaciones médicas sobre su estado físico y las consecuencias del accidente, que adujo al proceso, carecen de todo mérito al no emanar de funcionario autorizado legalmente para expedir certificación y no haberse impetrado su reconocimiento, para que al menos sirvieran como testimonios; y el dictamen pericial que pidió para que se le observaran las lesiones relacionadas en tales certificados, dejó de practicarse por culpa imputable al mismo; así como por cuanto no demostró propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos que llevaba consigo, ni estableció que su pérdida hubiera sido consecuencia inmediata y directa de la infracción contractual, como quiera que en autos no aparece que la conducción de tales bienes fuera materia del transporte.

3. Esgrime el recurrente las causales primera y tercera de casación en tres cargos, que se resumirán y analizarán seguidamente, en su orden lógico:

I. *Causal tercera.* "El Tribunal incurrió en una declaración o disposición contradictoria al decir que se condenaba al pago del perjuicio moral solamente, cuando éste es una consecuencia de la imputación del daño, en lo que existe una relación de causa a efecto. Sobre esta contradicción le pedí aclaración oportunamente, a pesar de lo cual subsiste".

Considera la Corte:

La causal tercera de casación: "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella", encaminada a cancelar de raíz la posibilidad de asentamiento de fallos incurso en flagrantes contrasentidos internos, subsistentes por incomprendión o empecinamiento del Tribunal, constituye un medio de corregir calificados yerrores in procedendo, y tiene, como presupuesto ontológico, el dicho vicio de formulación, que imposibilita la aplicación de la medida jurisdiccional (casación junio 26 de 1947, LXII, 476), y, su invocación previa, en oportunidad (Código de Procedimiento Civil, 482), a manera de requisito formal de viabilidad (casación septiembre 30 de 1946, LXI, 107; noviembre 29 de 1967, aún no publicada).

Aquí, la resolución de segundo grado, luego de reconocer la responsabilidad de la empresa demandada por inejecución del contrato de transporte, que la obligaba a llevar a los pasajeros incólumes a su destino final, pronunció condena por el daño moral proveniente de la defunción del menor hijo del actor, único quebranto que encontró establecido; de modo que el Tribunal al desechar la posibilidad de reconocimiento de las demás indemnizaciones impetradas, no procedió por ligereza, confusión terminológica o defecto de redacción, que se tradujeron en un insostenible contraste de sus determinaciones, sino obró dentro de una cabal secuencia lógica en su análisis fáctico y doctrinario.

De otra parte, el recurso apenas indica un hipotético contrasentido en el hecho de acoger la súplica por daño moral y desestimar la relativa a los restantes aspectos lesivos, sin señalar cuáles son las cláusulas de la parte resolutiva de la providencia contradictorias entre sí; o sea que el cargo, circunscrito a la escueta afirmación de ser contradictoria la decisión impugnada, no aparece debidamente fundado.

Además de la disconformidad del censor, proyectada a cuestiones doctrinarias y de interpretación de las normas, no podía técnicamente en-

rumbarse por la vía que él escogió, impropicia cuando no se trata de fallas lógicas en la formación de la sentencia, yerro instrumentales, por así decirlo, pues la causal tercera, reiterase, tiene cabida sólo cuando las varias expresiones resolutivas de la sentencia se contradicen y destruyen entre sí.

Por ello, siendo incompleto, infundado e improcedente, se desecha el cargo.

II. Causal primera.

Primer cargo. Violación de la ley sustancial en sus disposiciones de los artículos 762 y 669 del Código Civil, por error de hecho proveniente de falta de apreciación parcial de dos declaraciones y total de otra, que constituyen prueba así de que el actor entregó al ayudante del bus accidentado sus maletas de viaje, en las que llevaba objetos que se perdieron, como de que personalmente portaba otros también faltantes, que él determinó y avaluó conforme al artículo 328 del Código de Comercio.

Transcribe el recurrente el dicho de dos testigos aportados al juicio por el actor, sobre la iniciación del viaje en Popayán y la entrega que él hizo al ayudante del conductor del autobus de una maleta grande y un maletín, luego de lo cual tomó asiento en el vehículo junto con su hijo, y la declaración juramentada del propio interesado, en la que designó los efectos personales que había puesto en sus valijas y los que llevaba sobre sí, desaparecidos en el accidente, con sus respectivos valores por él estimados. Y, arguye: el Tribunal no tuvo en cuenta estas pruebas sustentadas en los artículos 325, 326 y 328 del Código de Comercio y este error de hecho lo condujo a violar los artículos 762 y 669 del Código Civil, al desconocer la honorabilidad del actor y su propiedad sobre tales objetos que perdió, y no tener presente que éste no tenía por qué declarar el contenido de sus maletas ni la obligación de portearlas o registrarlas.

Considera la Corte:

El contrato de transporte de personas lleva ajena para el pasajero la posibilidad de portar consigo sus valijas y objetos de mano, según los términos del acuerdo, intervenido por reglamentos administrativos (C. N. artículo 39; Código de Comercio 318), cuando se ajusta con empresarios públicos, para determinar el volumen y el peso libres de porte adicional y la manera de consignar y reclamar tales bultos (v. gr. Resolución número 181 de 1954, Ministerio de Fo-

mento, artículo 37). Esta proyección eventual de las relaciones entre las partes, incluida dentro del contrato, es demostrable directamente con los billetes de identificación que individualmente para cada objeto, debe entregar la empresa al pasajero (Código de Comercio 321, 1º; Resolución citada, artículo 38) y las planillas de empadronamiento de personas y equipajes que para cada viaje há de elaborar aquella, como también libremente, por medios distintos del documental, cual sucede con el contrato en sí, de suyo libre de formalidades sustanciales (sentencia marzo 21 de 1939, XLVIII, 193; agosto 27 de 1947, LXII, 709; Código de Comercio 325). Dada la naturaleza de la operación, la frecuencia y rapidez con que se realiza e, inclusive, su creciente automatización, la disciplina de sus efectos y la solución de los conflictos que se suscitan con oportunidad de su ejecución, están confiadas en buena parte a reglas surgidas de los usos y costumbres, con un empleo intenso de la buena fe y lealtad contractuales, de que son muestra la autorización al pasajero para no registrar las maletas que es de uso llevar en viaje, ni declarar detalladamente su contenido, cuya entrega constituye en depositario al acarreador (Código de Comercio 325 y 299); la carga que pesa sobre el consignante de acreditar la entrega de los objetos para poder reclamar su valor en caso de pérdida (ibidem, 327); la posibilidad de acreditar aquella entrega discrecionalmente y de fijar este valor por juramento estimatorio, "si la prueba inmediata no fuere factible o es insuficiente" (artículo 328); y la privación de todo mérito a las cláusulas exoneradoras o limitativas de la responsabilidad del transportador, cualquiera que sea su origen (Resolución número 181 de 1954, 39), que siempre habrá de indemnizar las pérdidas que los pasajeros "justifiquen haber sufrido" (Código de Comercio 329, Ley 52 de 1919, 8º y 11).

De esta suerte, una vez acreditado el contrato de conducción personal, el pasajero a quien no se haya restituido su equipaje o que haya perdido durante el viaje objetos que llevaba consigo, a fin de recobrarlos o de alcanzar el subrogado pecuniario de ellos, ante todo, habrá de probar que entregó las maletas o sacos materiales de su reclamación y, en lo posible, su contenido, pudiendo extender su reclamo al dinero que, como es habitual, llevara para las necesidades del viaje, estando dispensado para los dos últimos efectos, según las circunstancias, de prueba distinta de su aserto formal, y habilitado para hacer su propio señalamiento estimativo, que se valora judicialmente atendiendo a su calidad

económica y moral y a las condiciones propias del caso (Código de Comercio 328).

Bástale así al transportado, también según aquella y estas, el empleo de los medios aptos, derivados de las prácticas ordinarias, admisibles como bastantes en cuanto no se haga manifiesta una previa incuria o temeridad suya que haga necesaria la calificación probatoria más drástica, todo dentro del prudente juicio del sentenciador de mérito.

Pero, lo que a este no cabe es desechar la pretensión del pasajero enderezada al valor de equipaje y artículos personales corrientes, a pretexto de que no se ha establecido la propiedad y la preexistencia de ambos, ni la inclusión del aca-rreo dentro del contrato de transporte de la persona, siempre que la entrega quede en claro, y no haya margen a sospecha de abusos de parte del viajero en su cobro, deducida tanto de la magnitud misma del equipaje y su valor, como de la naturaleza de los objetos, relacionada con la concreta función del viaje que realizaba, durante el cual ocurrió la pérdida (Código Civil 1616). Mas aún, al pasajero le basta, en principio, establecer la consignación, pues es al conductor a quien corresponde descargarse con la prueba de su cumplimiento o de la imposibilidad de hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad (Código de Comercio 303, 306), cuya cuantía, a este propósito, es determinable por juramento estimatorio deferido al viajero.

Evidentemente, los testigos que relaciona el censor, depusieron sobre el acto de entrega de los sacos de viaje por el demandante al empleado encargado para tales menesteres, antes de ascender al autobús, y ese dicho basta para considerar extendidas las obligaciones del empresario a la conducción y custodia de las dos valijas; como también a la de objetos personales y dinero que, según la demanda inicial y el juramento de su proponente en el término probatorio, llevaba él sobre sí en el viaje, cuya singularización y avalúo se practicó en los términos del artículo 328 del Código de Comercio. Y, de esta suerte, apréciase la realidad de un error de hecho manifiesto, cometido por el Tribunal al no tener en cuenta tales elementos de convicción.

Sin embargo, dicho desvío no da lugar a la ruptura del fallo, como quiera que el recurrente, al invocar la causal primera, aquí violación indirecta de la norma sustancial, limitó el señalamiento de los preceptos hallados a los artículos 762 y 669 del Código Civil, que definen la posesión y la propiedad y atribuyen al poseedor una calidad primaria de dueño, y que,

por lo mismo, dadas las características de este litigio, donde, por este aspecto, se impetró condena a indemnización de perjuicios por daños al pasajero en sus objetos personales de viaje, no constituyen una proposición jurídica completa toda vez que el interés hecho valer en juicio es el de contratante, y las normas que lo respaldan para su reclamo son las propias del contrato de transporte de personas, cuya transgresión no fue denunciada en casación. Con el aditamento de que el Tribunal no extendió la condena al importe de los objetos mencionados, por supuesta falta de demostración de su preexistencia, propiedad, entrega e inclusión dentro del pacto mercantil examinado, sin reparar en los restantes fundamentos de la absolución, derivados al parecer de interpretación de las reglas sobre el contrato de transporte, que quedan en pie, como extraños que son al recurso, decidible por la sola ruta trazada en la demanda, que la Corte no puede rebasar.

No prospera el cargo.

III. Causal primera.

Segundo cargo. Violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, 1610, ordinal 3º de la misma obra, y 322, ordinal 4º del Código de Comercio, por error de hecho proveniente de falta de apreciación de la copia de la cuenta hospitalaria por servicios prestados a Sarmiento, de dos certificados médicos a propósito de las lesiones que padeció en el accidente, de la copia de la diligencia de levantamiento de los cadáveres de víctimas del mismo, practicada por la autoridad policial, en la que se dice que los heridos, entre ellos Gustavo Sarmiento Gutiérrez fueron enviados al hospital más próximo, de recibo de pago de saldo de la caja mortuoria del niño difunto y del dictamen rendido por médico, perito dentro del juicio, sobre las consecuencias de carácter funcional permanente con que quedó el dicho Sarmiento a causa de las lesiones que sufrió en el accidente; error cometido al no apreciar en esas piezas la prueba del perjuicio pecuniario y en su persona padecido por el actor, y determinante de que la condena se redujera al perjuicio moral, dejando de lado el restante, para cuyo justiprecio ha debido decretarse actuación aparte.

Responde la Corte:

De ordinario, quien quiera que ocasione daño a alguien está llamado a su reparación. Este principio general de derecho enseña una concreta actitud política, que exige la colaboración

humana del ofensor en beneficio de la víctima, con exclusivas finalidades de recuperación del estado precedente.

La responsabilidad civil, entendida como obligación de reparar un daño, plantea la necesidad del traslado total o parcial de las consecuencias del quebranto padecido por la víctima a otra persona, en orden al retorno de aquella a su situación anterior, específicamente de ser factible y de no en dinero, dentro de un criterio social de justicia y solidaridad, con determinación de quién ha de sufrir las consecuencias adversas que derivan del acontecimiento o cómo ha de distribuirse su resultado, sin que se proponga ya la indemnización como medida represiva de un comportamiento incorrecto o prohibido por el derecho. Así, la responsabilidad emerge de un daño, o sea de la lesión de un interés jurídicamente protegido, que de este modo adquiere una determinada relevancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria.

Es la ley la que señala los fenómenos dotados de relevancia obligatoria y, por ello, la que establece cuál es el daño trascendente o resarcible y quiénes son y en qué medida los llamados a repararlo, en términos generales, a la vez que con indicación iterativa, delante de hipótesis de destacada importancia, que muestran la habitualidad de ciertas exigencias, tales como la imputabilidad del resultado a aquél a quien se demanda y la descalificación moral de su conducta o culpabilidad en su proceder; lo que no impide que en numerosas ocasiones pueda enderezarse la pretensión contra quien no ha intervenido en forma directa en los hechos, como sucede en algunos casos de responsabilidad contractual objetiva o de la derivada del daño producido por dependientes, animales u objetos, ante todo inmuebles, como también exigirse aún de quien haya acreditado ausencia de culpa.

Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria.

Tradicional y básica es la distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal, según que la injuria se irroge por el

deudor a su acreedor o, más genéricamente, que el acreedor resulte insatisfecho y el deudor no pueda justificar su falta de cumplimiento; o que el interés lesionado sea un derecho absoluto de personalidad o real, o un derecho de goce, no constituya objeto de una obligación incumplida, o su consideración, guarda o incolumidad no puedan estimarse incluidas dentro de la prestación que abarca el crédito.

Punto de partida en la formulación y apreciación del reclamo indemnizatorio, es la ubicación del daño en uno de aquellos dos campos de la responsabilidad, que dentro de una comunidad de fundamentos, difieren en su regulación legal, especialmente en detalles individualizadores, ante todo en cuestiones de prueba, prescripción y aspectos del perjuicio, sus alcances y estimación.

Esa identificación de la causa petendi, indispensable para el tratamiento judicial del asunto desde el punto de vista normativo, con repercusiones en la valoración de los hechos y las pruebas, está orientada a una estimación cabal del fenómeno y a impedir que un mismo quebranto pueda originar doble indemnización con el ejercicio indiscriminado de la acción de responsabilidad, particularmente en aquellos casos en que se duda, y con fundamento, sobre la adecuada calificación del hecho como violación de los deberes del deudor, ante todo, en ciertos contratos cuyo desenvolvimiento coloca en gran proximidad a las partes y da ocasión a que una de ellas lesione a la otra en su persona o en los atributos y reflejos de su personalidad, hipótesis en las cuales es la sola ley quien puede dar una solución definitiva al interrogante de si la responsabilidad es contractual o extracontractual, y, en otros, cuando habiendo fallecido un contratante de resultas de acontecimiento ocurrido en el contacto con el otro, en la ejecución del trato, demandan herederos de él, que bien pueden ser simples sucesores, como también víctimas en sus propios intereses personales y patrimoniales, por causa de aquél deceso, a quienes se plantea la dificultad de localización de su derecho.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que el transportador de personas está contractualmente obligado a llevar al pasajero sano y salvo a su destino, en interpretación conjunta de los artículos 2072/73 del Código Civil y 306 y 322 del Código de Comercio, con deducción de responsabilidad a cargo del primero en caso de accidente, con la sola salvedad del sucedido por causa en verdad extraña a la empresa, en acentuación máxima de su obligación de velar por la seguridad de los pasajeros que a ella se confían (sentencia abril 23

de 1941, *LI*, 429; casación noviembre 30 de 1944, citada; sentencia agosto 27 de 1947, *LXII*, 853; abril 23 de 1954, *LXXVII*, 411).

Aquí, es la propia ley la que incluye dentro de los deberes eventuales generados por el contrato, la "obligación de indemnizar al pasajero el daño que sufriere en su persona" (Código de Comercio 322, 4º), por lo cual no se remite a duda la naturaleza contractual de la misma y de la responsabilidad consiguiente, de modo que la alternativa a que se hizo referencia sólo puede plantearse para la mencionada acción de herederos, en caso de muerte del viajero a consecuencia de accidente en el transporte, a propósito de la cual, la jurisprudencia ha recalcado la posibilidad de opción (S. N. G. julio 26 de 1945, *LIX*, 1071/82; casación agosto 12 de 1948, *LXIV*, 697).

Por lo demás, en lo que toca con los distintos aspectos del daño, pensando en que la lesión a la integridad sicosomática de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma, tanto en los gastos de curación o rehabilitación, como en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejara de percibir, y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos y, además, considerando que todos estos efectos de la agresión constituyen daño a la persona, en sus distintas manifestaciones relevantes, puede considerarse zanjada para esta situación la dificultad que en muchos casos agrava el problema de la susodicha adscripción del asunto a uno de los dos regímenes de responsabilidad, en cuanto se refiere al censurado "daño moral contractual" (casación octubre 29 de 1945, *LIX*, 747/52), por cuanto la ley ha dado una solución definitiva.

De este modo, a propósito de pretensión derivada de accidente sufrido por el pasajero contratante durante el viaje, lo fundamental es establecer la evidencia del daño por él padecido, objeto último de aquella, para luego practicar la estimación singularizada del mismo en los varios conceptos a que haya lugar, puesto que, ha de insistirse en ello, no puede deducirse responsabilidad civil en ausencia de daño, y este no se presume, cualquiera que sea la entidad de la falta cometida por el agente (casación agosto 27 de 1941, *LII*, 369/74), excepción hecha de singulares coyunturas en materia de ejecución de obligaciones, como son el caso de intereses en deuda pecuniaria por causa de retardo en su pago (Código Civil 1617; casación febrero 13 de 1948, *LXIII*, 671), el de la cláusula penal que

asume funciones indemnizatorias (1594 y 1600 ibídem), el de las arras que desempeñan similar misión (Código Civil 1859 y 1861), y el de la mitad del flete al darse retardo del porteador o inasistencia del cargador (Código Civil 2076 y Código de Comercio 281; casación agosto 23 de 1916, *XXV*, 434), todas de naturaleza excepcional, expresamente consignadas en la ley, por lo que mal pudiera deducirse de la ordenación genérica del deber indemnizatorio derivado del incumplimiento contractual (Código Civil 1615), una presunción de daño que carecería de la más mínima determinación cuantitativa, según la cual siempre habría de proferir condena abstracta previniendo en ella la fijación ulterior del monto de una prestación puramente conjetal (casación julio 25 de 1924, *XXXI*, 62; octubre 8 de 1929, *XXXVII*, 254; sentencia septiembre de 1941, *LII*, 331/36), cuestiones que han llevado a sostener enfáticamente la exigencia legal y práctica de la prueba del perjuicio, aun cuando su cuantía quede pendiente, para que la condena liquidable luego (Código de Procedimiento Civil 480, 553) no sea del todo eventual, e incluso, llegue a resultar contradictoria o inoficiosa (S. N. G. septiembre 10 de 1946, *LXI*, 544/47; casación octubre 29 de 1946, citada, 393; noviembre 5 de 1940, *L*, 602).

En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto, es obvia la exigencia de demostración inicial de la específica ofensa de la que se asevera hánse desprendido las consecuencias cuya reparación se demanda, demostrable preferentemente por la vía del dictamen médico-legal, que permite a la vez establecer su origen y alcance, porque no es dable la suposición de heridas, perturbaciones funcionales, traumas síquicos o lesiones de los bienes de la personalidad, extraídas del mero aserto del interesado sin la percepción de ellas; como tampoco es factible pensar en singulares consecuencias de las mismas, antes de comprobar la existencia de éstas, que son su causa, y sin que se acrediten las proyecciones en la vida social y los sentimientos de la persona, de un antecedente apenas probable, quizá real, pero no traído regularmente al proceso, para que se convirtiera así en un quid cierto básico mínimo. Y, todo ello, por la elemental razón lógica y normativa de que la responsabilidad, concebida como deber indemnizatorio, arranca del perjuicio,

esto es, que para que haya responsabilidad y consecuente condena reparadora, es menester la existencia del derecho en el reclamante, cuyo germen está en una lesión evidente (casación octubre 23 de 1936, *XLIV*, 449/53; marzo 23 de 1943, *LV*, 252; septiembre 3 de 1941, *LII*, 36/46; febrero 5 de 1945, *LVIII*, 582/84).

Censura el recurrente al Tribunal por comisión de error de hecho al no haber tenido en cuenta dos certificados médicos particulares, una cuenta de hospital y un recibo de gastos funerarios que adjuntó en primera instancia a su memorial petitorio de pruebas, un concepto individual de otro profesional, designado por él perito dentro del proceso, y copia de la diligencia policial de levantamiento de los cadáveres de quienes perecieron en el accidente, alusiva a heridos en el mismo, en su sentir, pruebas del daño que sufrió el actor. A lo cual debe replicarse que, como quedó consignado atrás, el sentenciador relacionó y tuvo presentes las atestaciones médicas que cita el recurrente, para descalificarlas por irregularidad y falta de plenitud en su producción: los certificados y recibos por no emanar de funcionario público con atribuciones al efecto (Código de Procedimiento Civil 632; Código Político Municipal 315) y, dada su procedencia, por no haberse traído al juicio a sus autores a declarar a propósito. El concepto, porque no alcanzó a ser dictamen pericial, que, como es sabido, exige formalmente, en no habiendo, como no la hubo, coincidencia de las partes para la designación de un único perito, que los dos principales deliberen y rindan conjunta o separadamente su opinión (Código de Procedimiento Civil 705 y 716), sin los cuales antecedentes no se configura la prueba.

De manera que no es pertinente acusación por error de hecho, viable en los casos de que se haya ignorado la existencia de una prueba que se encuentre en autos o el tenor de su contenido, o de que, a la inversa, se dé por supuesta alguna ausente o se le atribuyan a una incluida en el proceso expresiones diferentes de las reales, cuando ha habido expresa desconsideración de ellas por carecer de mérito en ley. Que en tal caso lo procedente sería cargo por yerro de derecho, que aquí no se intentó.

Y, cuanto hace a la copia de la diligencia policial, verdad es que el Tribunal no la mencionó, y que allí se cita a Gustavo Sarmiento como herido. Pero una referencia apenas tangencial, desprovista de toda precisión, que no contiene dato cierto alguno que permita colegir la certidumbre y, menos aún, la naturaleza y magnitud

del infortunio, no constituye asidero sólido, por exiguo que se aceptara, de la afirmación de lesiones personales inferidas al pasajero. Y menos aún para establecer que la omisión de su cita expresa en el fallo haya llevado a un juicio de hecho contraevidente. Es que la alusión a una persona como herida, en declaración incidental, recién pasado un accidente, dentro de circunstancias del todo confusas y en términos vagos, no es prueba de lesión personal concreta y determinada, indispensable para una condena que sólo podría dejar para luego la singularización y avalúo de un daño cierto, y que no puede pronunciarse a buena cuenta de algo apenas conjetural, dando por demostrado, sin estarlo, aquello que debió acreditarse, regular y oportunamente dentro del plenario, y que no puede diferirse para trámite ulterior, precisamente por ser un elemento estructural de la acción.

Se rechaza el cargo.

*Resta agregar, en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión, no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la inmediación del resultado nocivo máximo no da pie a derecho, que se transmitiera iure hereditario a sus herederos, quienes, como tales, únicamente podrán reclamar por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos de traslado del cadáver y su inhumación (sentencia abril 23 de 1941, *LII*, 458/72), y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del de cujus.*

*Por lo cual, el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando superviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgiría para el occiso, y no podría pronunciar condena en favor de la sucesión del mismo, y los herederos podrían entonces reclamar resarcimiento, pero sólo por derecho propio, en la medida que demostraran quebranto de su individualidad y con él se hiciera presente su padecimiento afectivo o sentimental, habida consideración de los estrechos vínculos que los ataban al muerto (casación octubre 20 de 1942, *LIV*, bis, 189/94), justificativos de dicha aflicción y consiguiente derecho.*

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 6 de junio de 1966, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Sarmiento contra la Flota Magdalena S. A.

Sin costas en el recurso por haber dado lugar su estudio a rectificaciones doctrinarias.

Publíquese, cópíese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el negocio al Tribunal de origen.

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Fernando Hinestrosa, Enrique López de la Pava, Guillermo Ospina Fernández.

Ricardo Ramírez L.
Secretario.