

RÉGIMEN ÚNICO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

JUAN MANUEL GUEVARA ARAUJO

PABLO BUENDÍA ARBELÁEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2014

RÉGIMEN ÚNICO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

JUAN MANUEL GUEVARA ARAUJO

PABLO BUENDÍA ARBELÁEZ

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Directora

Adriana García Gama

Abogada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ

2014

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	7
1) Historia	10
1.1) Desarrollo histórico de la responsabilidad	10
2) Responsabilidad civil contractual y extracontractual	18
2.1) Elementos de la responsabilidad civil	19
A) Daño.....	19
B) Culpa.....	20
C) Nexo Causal.....	20
2.2) Diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.....	20
A) Prescripción	20
B) Capacidad para cometer el hecho ilícito	22
C) Solidaridad	22
D) Extensión del monto indemnizable.....	23
E) Culpa	24
F) Mora	26
G) Competencia	26
3) Consecuencias de la existencia de la dualidad de regímenes	27
3.1) La prohibición de acumulación entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual	29
3.2) Cuándo no se presenta el problema de acumulación de las dos responsabilidades	32
4) El problema que existe con la dualidad de regímenes	34
5) Causa Petendi	35
5.1) Noción de <i>causa petendi</i>	36
A) Teoría de la pluralidad de causas	37
B) Teoría de la identidad de causas	38
6) Jurisprudencia	41
6.1) Breve delimitación del problema	42
6.2) Análisis Jurisprudencial	43
7) Doctrina	55

8) Derecho comparado	62
8.1) Argentina	63
8.2) España	64
8.3) Costa Rica	66
8.4) Francia	67
8.5) Italia	67
9) Régimen único de responsabilidad civil.....	68
9.1) Análisis sobre la normatividad vigente	69
9.1.1) Conflicto normativo	70
9.1.2) Estatuto del consumidor	71
9.2) Creación del régimen único de responsabilidad civil	73
9.2.1) Situación actual	73
9.2.2) ¿El problema es del juez o del demandante?	74
9.2.3) Régimen único de responsabilidad civil y la teoría de identidad de causas	76
9.2.4) El respeto a la fuerza vinculante del vínculo jurídico preexistente	78
9.2.5) Conveniencia de la creación del régimen único de responsabilidad civil	79
9.3) Propuesta normativa	84
10) Conclusiones	86
Bibliografía	88

Resumen

Históricamente la responsabilidad civil ha mantenido una tradicional división entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, no obstante, dicha división incuestionable por mucho tiempo, enfrenta actualmente una tendencia unificadora. Cada vez se hace más evidente la reducción de las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad, lo cual ha provocado, en todo el mundo, diferentes manifestaciones en favor de la unificación convirtiéndose en un tema sumamente relevante en el ámbito de la responsabilidad civil.

En este trabajo de grado pretendemos analizar la posibilidad de crear un régimen único de responsabilidad civil en Colombia, donde se respete la fuerza vinculante del vínculo jurídico preexistente.

PALABRAS CLAVE: RÉGIMEN, DUALIDAD, UNIFICACIÓN, CAUSA PETENDI.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al orden jurídico¹. Los antecedentes de esta institución se remontan a tiempos primitivos, donde no se tenía idea alguna de responsabilidad y obligación, la venganza era el instrumento para compensar la realización de un daño y se ejercía individualmente al perjudicado o a la tribu a la que perteneciera el generador del daño². Después surge la ley del talión, donde se establece la proporción individual entre el daño causado originalmente y el que se causaba como venganza.

Así fue evolucionando hasta llegar a la institución que conocemos hoy en día como responsabilidad civil, cuyo auge actual se debe a la respuesta del ordenamiento jurídico frente a una inseguridad material existente³. Esta institución se divide en dos regímenes, el contractual y el extracontractual, ambos regímenes tienen similitudes y diferencias entre ellos, la más marcada es que mientras el fin es el mismo -resarcir a la víctima- su fuente es diferente. El régimen contractual tiene como fuente el daño generado por el incumplimiento a un vínculo jurídico preexistente, mientras el régimen extracontractual tiene como fuente el daño causado, sin que haya un vínculo jurídico preexistente.

La dualidad de regímenes ha generado debates y problemas prácticos; existen varias posiciones al respecto, unas que apoyan la dualidad, otras que se inclinan por la unicidad y aquellas que buscan conciliar entre ambas posiciones.

En la práctica es donde más se evidencian estos problemas, ya que a menudo nos encontramos frente a situaciones de hecho donde la víctima no tiene claro qué vía procesal tomar frente a un

¹ LE TOURNEAU, Philippe- CADIET, Loic, “Droit de la responsabilité”, Dalloz, París, 1998, p. 1.

² TRUJILLO DURÁN, Rafael, “Nociones de Responsabilidad Civil”, Temis, Bogotá, 1957, p.1.

³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Temis, Bogotá, 2012, Tomo I, p. 1.

hecho dañino realizado en su contra. Suele suceder que por falta de conocimiento o experticia en la materia la víctima elige equivocadamente una vía procesal en perjuicio de la otra. Por ejemplo, la víctima decide demandar por la vía extracontractual, cuando debió hacerlo por la vía contractual, esto puede impedir finalmente el reconocimiento de una indemnización -aun cuando se demuestre en el proceso que hubo daño, culpa y nexos causal- por el mero hecho de equivocarse en la vía procesal.

Esto se debe a que en Colombia existe la prohibición de acumular o más bien, de optar entre la responsabilidad contractual y la extracontractual⁴, lo cual consiste en que se le prohíbe al demandante elegir o acumular las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, cuando provienen de un mismo hecho. Si no existiera esta prohibición, se le permitiría al perjudicado ejercer las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual por el mismo hecho⁵. Debe ejercerse la acción indicada para el caso en concreto y no está al arbitrio del demandante elegir si ejerce la acción contractual o la acción extracontractual. La acción indicada dependerá de si el daño tuvo como fuente el incumplimiento de un vínculo jurídico preexistente o si fue por hechos, circunstancias o situaciones no derivadas de un vínculo jurídico preexistente; si se está en el primer supuesto se debe ejercer la acción contractual, por el contrario, si se está en el segundo, la acción procedente es la extracontractual.

Este trabajo de investigación pretende estudiar el problema que genera la dualidad de regímenes de responsabilidad civil, analizando la posibilidad de crear un régimen único de responsabilidad civil con diferentes sub regímenes, sin que la creación de este régimen único desdibuje la fuerza

⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo I, p. 134.

⁵MARTÍNEZ RAVE, Gilberto- MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003, p. 73.

vinculante del contrato. En consecuencia, no será relevante la vía procesal que la víctima invoque en su demanda, para que el juez aplique de manera oficiosa la vía procesal indicada.

Para lograr esto vamos a estudiar la posibilidad de que la responsabilidad civil se trate como una sola, un mismo régimen que se sub divide en sub regímenes y que ya no se traten como dos regímenes diferentes.

El debate central en nuestro estudio gira en torno a la *causa petendi*, ya que dependiendo de la posición que se asuma frente a ella, se puede o no solucionar el problema en cuestión. Tratándose de un mismo régimen, la *causa petendi* de los sub regímenes es la misma y siendo la misma, el juez debe aplicar de manera oficiosa la norma aplicable al caso en concreto.

Para el desarrollo de este trabajo de grado vamos a estudiar la evolución que ha tenido la responsabilidad civil en sus inicios y cómo surge la dualidad de regímenes, para luego llegar a la Código Civil de Andrés Bello y su adopción en Colombia. Después vamos a exponer las diferencias entre ambos regímenes, en qué consisten, la forma en que este problema se ha tratado en diferentes partes del mundo, la *causa petendi* y sus teorías, para centrarlas en nuestro objeto de estudio y desde ahí analizar la posibilidad de crear un régimen único de responsabilidad civil. Finalmente con base en el estudio realizado vamos a sacar las conclusiones pertinentes para poder proponer una solución al problema que nos enfrentamos.

1) HISTORIA

A continuación se presenta un breve repaso por la historia de la responsabilidad civil y su desarrollo a lo largo de los tiempos. En la primera parte, se hará una referencia al daño y a la forma en que las sociedades fueron desarrollando soluciones para afrontarlo, en ese sentido, la presente reconstrucción histórica se remonta a las civilizaciones más primitivas, pasando luego por Babilonia, el Imperio Romano y la edad media, para, finalmente, hacer referencia a la revolución industrial y a las repercusiones que dicho proceso tuvo en la responsabilidad civil contemporánea. Igualmente se hará una acotada referencia al desarrollo de la responsabilidad civil en Colombia, cuyo progreso ha estado profundamente influenciado por los avances europeos.

1.1) Desarrollo histórico de la responsabilidad

En los tiempos primitivos no se tuvo noción alguna de responsabilidad y de resarcimiento del daño. Más adelante se abordará el tema, pero el principio general de la responsabilidad civil sobre la causación de un daño y la consecuente obligación de repararlo, tan arraigado ahora en los ordenamientos jurídicos e incluso en la simple convivencia social, no existía y tuvo que pasar mucho para lograr tal avance. Como se decía, en las sociedades más primitivas la causación de un daño significaba en la gran mayoría de los casos, sino en todos, venganza. Venganza como compensación de un daño y venganza como respuesta a cualquier menoscabo. La venganza se ejercía en nombre del lesionado, en nombre de la colectividad e incluso en nombre de Dios, de igual forma, en la aplicación de ésta podía intervenir el individuo lesionado, el grupo familiar, el linaje y la tribu.

Sin detenerse a examinar el primer daño causado ni la culpa en que incurrió el primer infractor, se desencadenaba una brutal sucesión de represalias, que terminaba por involucrar a todos los miembros cercanos al lesionado. Sociedades donde preponderaba el honor terminaban eliminándose unas a otras en medio de sanguinarias guerras. Se trataba de un ciclo interminable de represalias prácticamente imposible de cortar.

El primer avance en torno a la limitación de las represalias por el perjuicio recibido se dio con la conocida ley del talón, la cual, a pesar de su brutal lógica, es una incipiente manifestación de justicia. Si se mira el precedente, la mencionada ley propuso la individualización de los derechos y la base equitativa de la reciprocidad en los daños causados. Destacable desde esta perspectiva es el avance que supuso dicha ley en aquellos tiempos de venganza.

Señala RAFAEL TRUJILLO DURÁN, en su libro sobre la responsabilidad civil, que por aquella época la ley del talión, como principio general de justicia, estaba siendo ampliamente consagrada. Por ejemplo, señala en la Biblia un apartado del libro del Éxodo el cual refiere lo siguiente:

“Al que hubiere golpeado de muerte a alguna persona, hágasele morir. Y quien haya golpeado de muerte a alguna bestia, que la pague, animal por animal. Y si alguno causare lesión corporal a su prójimo, hágasele cosa semejante a la que él ha hecho. Rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; hágansele las mismas lesiones corporales que él ha hecho a otros”⁶.

Igualmente, se refiere al famoso Código de Hammurabi, redactado en Babilonia veintitrés siglos antes de Jesucristo, en cuyas disposiciones se expresa lo siguiente:

“Si un hombre rompiere a otro un hueso, se le romperá a él un hueso (...) Si la mujer muriere, se le dará muerte en su lugar (...) Si un cirujano atendiere a un hombre de una herida grave con una

⁶ TRUJILLO DURAN, Rafael, “Nociones de Responsabilidad Civil”, Temis, Bogotá, 1957, p. 2.

cuchilla de bronce y lo matare, le destruyese el ojo, se le cortarán las manos (...) Si el maestro de obras no ha construido sólidamente la casa y a consecuencia de ello se hunde y mata al propietario, el constructor será muerto (...) Y si en el hundimiento muere el hijo del propietario, se matará al hijo del constructor”⁷.

Citar las anteriores disposiciones es relevante pues, además de su valor histórico, permiten ilustrar los principios de justicia que regían a la sociedad en aquellas épocas. Como se ve, a pesar de ser disposiciones inhumanas desde la perspectiva moderna, en su momento buscaron propender por la equidad y la racionalización de la venganza. Un daño equivalía a otro daño igual, ya no generaba ni desataba toda la cadena de represalias, los perjuicios pasaron a ser considerados individualmente.

El siguiente paso en el desarrollo histórico de la responsabilidad civil estuvo muy ligado al desarrollo económico de las sociedades. El intercambio de mercancías y el consecuente uso de una moneda y una medida monetaria, permitió concebir la figura de la composición o *compositio*. Se trataba de la posibilidad de compensar el daño ocasionado en especie o en dinero, la cual “era voluntaria cuando el perjudicado determinaba personalmente la suma con la que debía satisfacerse el daño, y legal, cuando la autoridad del rey, o del director, o del *paterfamilias* era la que regulaba la indemnización”⁸. Con aquel pago se compensaba al ofendido y se evitaba así la aplicación más estricta de la reciprocidad reflejada en la ley del talión.

Ahora bien, el Imperio Romano trajo una nueva concepción del derecho y del daño. El gran sentido jurídico de aquella civilización les permitió diferenciar las diferentes expresiones del daño; la noción del daño cambió desde entonces y se diferenció entre el daño público y el daño

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 3.

privado. Los romanos entendieron que era diferente el daño que afectaba a la sociedad en general del daño que afectaba a un particular. Por ejemplo, un homicidio era un delito que afectaba a la víctima, por supuesto, pero también a la sociedad en general, por lo tanto fue entendido como un daño público. En el mismo sentido, un daño en la propiedad era concebido como un daño privado. Es así que dicha concepción les permitió a los romanos crear tres acciones: la civil, la penal y la mixta. La primera para buscar la indemnización de un daño privado, la segunda para obtener un castigo, y la tercera para los casos que reunían las características de una y otra. Lo anterior fue un avance histórico que sirvió como fundamento para diferenciar las diversas responsabilidades, en especial las que hoy conocemos como la penal y la civil.

Luego vino la famosa Ley Aquilia, redactada por el pretor Aquilio y aprobada por un plebiscito en el año 408 a. C.⁹. Es considerada el antecedente histórico de la responsabilidad civil extracontractual, por ello también suele referirse a la responsabilidad civil extracontractual como responsabilidad aquiliana. La normatividad de esta ley hacía referencia a casos concretos, en ese sentido la ley se refería a las consecuencias por la muerte de un esclavo, las heridas causadas a un esclavo, a un animal o la destrucción de un objeto. La norma juzgaba casos o especies de casos y adolecía de un principio general que permitiera al pretor o a los jurisconsultos extender su aplicación. Aunque se ha querido entender así, el principio general de la responsabilidad civil que señala “que todo daño que cause un perjuicio a otro debe ser indemnizado” no fue consagrado por la Ley Aquilia, sin embargo, esta ley fue definitivamente un precedente fundamental en el desarrollo posterior de la responsabilidad civil extracontractual.

De igual forma, la Ley Aquilia avanzó en la noción del daño y consagró consideraciones con respecto a la culpa o el grado de intención dañosa con que debe proceder el causante de un

⁹ VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, “Responsabilidad civil extracontractual”, Universidad de la Sabana, Colombia, 2009, p. 168.

perjuicio para responder por este. En ese sentido: “Las responsabilidades jurídica y moral se conectaron y como consecuencia lógica el factor subjetivo, el reproche moral a la conducta, fue impuesto para evitar sanciones empíricas o procedimientos inadecuados que castigaban a los presuntos responsables de hechos cometidos sin su voluntad (sin culpa).”¹⁰.

Es igualmente destacable la diferenciación que hicieron los romanos con respecto a la culpa, la cual dividieron en dos grados: culpa lata (se refiere a una gran imprudencia o negligencia) y culpa leve en abstracto y en concreto (la primera se refiere a quien no ponía la suma diligencia y cuidado que se acostumbra en los negocios propios, y la otra, quien comete omisiones e imprudencias que no ejecuta un buen padre de familia).

Ahora, luego de la caída del Imperio Romano de Occidente y de un periodo de oscuridad y poco desarrollo jurídico, sobrevino el redescubrimiento y auge de la cultura jurídica romana durante la edad media. La llamada escuela de los glosadores, asentada en Bolonia, fue la primera escuela renacentista de occidente y la iniciadora de una nueva época, que constituyó la antesala de la modernidad. Aquellos estudiosos del derecho romano se dieron a la tarea de reestructurar la ciencia del derecho, en situación de crisis y preocupante desinterés. Los estudios de Irnerio sobre el redescubrimiento del derecho romano, fundador de la escuela de glosadores y vinculado a la Universidad de Bolonia, fueron fundamentales para las posteriores generaciones de juristas. En ese sentido el descubrimiento del *Digesto* de Justiniano (compilación de los pronunciamientos de los jurisconsultos) fue fundamental:

“Recapitulando, bien puede aseverarse que el redescubrimiento del *Digesto*, en su momento, se tradujo en un hecho sin precedentes, como tal de extraordinaria y estratégica importancia, por

¹⁰ MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003, p. 47.

cuanto se tradujo en el material más científico y completo de los existentes (*libri legales*), al mismo tiempo que en el abono de la escuela de los glosadores, quienes lo exhumaron, lo estudiaron con gran profundidad, lo glosaron y lo hicieron visible a la humanidad, con todo lo que supuso, para las demás escuelas y movimientos interesados en auscultar la más sublime y completa de las colecciones de textos jurídicos del derecho romano”¹¹.

En la edad media, los estudiosos del derecho romano llenaron de contenido el concepto de culpa desarrollado en Roma, ligando el derecho y la moral. Con ello establecieron un estado de conciencia que se mide, respecto al daño, según la intención de la persona en cometer o no un daño. En ese sentido, se reinterpretaron algunas figuras del derecho romano, y se creó la tripartición de la culpa, agregando a la culpa lata y la culpa leve, la culpa levísima. Los académicos de su momento, sin embargo, no diferenciaron entre la culpa en la responsabilidad contractual que es gradual, de la culpa en la responsabilidad extracontractual que es única o sin escalas propiamente determinadas. Según el desarrollo de las tres culpas, señalaron como ejemplo, para determinar el grado de responsabilidad que correspondía al deudor, aplicar el principio de mayor interés en el negocio de la siguiente forma: si el contrato iba en interés del acreedor, respondía de la culpa lata, si de ambos al mismo tiempo, de la culpa lata y de la culpa leve, y si era en beneficio exclusivo del deudor, de la culpa leve y la levísima. Esta teoría de las tres culpas desarrolladas por los estudiosos del derecho romano en la edad media, tuvo gran acogida en el mundo jurídico actual y ha sido recogida por los diferentes ordenamientos jurídicos actuales, entre ellos el colombiano.

Lo anterior abre paso a los códigos civiles modernos, los cuales se esforzaban en traducir y unificar en fórmulas sencillas, claras y breves, los postulados de la edad media con respecto al

¹¹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, “El renacimiento de la cultura jurídica”, Temis y Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2004, p. 175.

derecho, que difícilmente se habían abierto camino interpretando la casuística de las normas romanas¹². Igualmente su propósito era el de determinar claramente las normas para que los jueces se apegaran estrictamente a ellas.

Ahora bien, el crecimiento de la industria, la modernización de las empresas y la mecanización de los medios de producción produjeron un crecimiento en el número de accidentes, y durante muchos años los trabajadores de las empresas, antes campesinos, tuvieron que soportar una situación de desigualdad jurídica muy complicada. En aquel momento, los desarrollos de la responsabilidad civil solo comprendían los fundamentos de la teoría subjetiva de la culpa, y de acuerdo con los presupuestos de la Ley Aquilia, debía probarse la intención o la culpa del causante para obligarlo a indemnizar. Los trabajadores se encontraban desprotegidos y en desventaja frente a los patronos, y les era difícil, y en algunos casos imposible, aportar la prueba que acreditara la culpa o el factor subjetivo que predicaban los romanos¹³.

En ese sentido los académicos y tratadistas de la época propusieron la tesis de la responsabilidad objetiva; se trataba de una teoría donde no hay grados de culpa, ni diferencia moral entre quien obra con intención de causar un perjuicio o sin él, ni para quien comete un daño por negligencia y malicia. Basta que el daño se haya causado con motivo de una actividad peligrosa para que concurra la obligación de indemnizar.¹⁴ No obstante la opinión de la doctrina de la época en relación con la tesis de la responsabilidad objetiva, las legislaciones no adoptaron tales sugerencias haciendo difícil su implantación. En su lugar se optó por ampliar el concepto de la

¹² VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, “Responsabilidad civil extracontractual”, Universidad de la Sabana, Colombia, 2009, p. 180.

¹³ MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003, p 48.

¹⁴ TRUJILLO DURAN, Rafael, “Nociones de Responsabilidad Civil”, Temis, Bogotá, 1957, p 10.

culpa y por crear una serie de presunciones que favorecían al perjudicado, liberándolo de su obligación de probar el factor subjetivo.

Vino entonces el Código de Napoleón, el cual, en 1804, recogió las tesis de la responsabilidad subjetiva, la cual rigió el campo de la responsabilidad civil extracontractual con una clara predominancia de la culpa, exigiéndole al perjudicado demostrar el hechos, el daño, el nexo causal y la culpa o factor subjetivo. Este código influenció profundamente los posteriores códigos civiles, tanto en Europa como en América Latina. En ese sentido, el Código Civil chileno de 1855, redactado por Andrés Bello, tuvo una fuerte influencia napoleónica, sin embargo no absoluta: “En cuanto a la responsabilidad civil, Bello se inspiró claramente en el antiguo derecho romano, en particular en la Lex Aquilia y la parte pertinente de las Siete Partidas de Alfonso X el sabio, en la Novísima recopilación de Carlos IV, y en menor medida en los artículos 1382 a 1386 del Código Civil de Napoleón”¹⁵.

Ahora bien, el Código Civil chileno fue prácticamente el mismo sancionado el 08 de mayo de 1959 en el Estado de Cundinamarca, para luego ser adoptado sucesivamente por los otros Estados soberanos durante el periodo confederado de la Nueva Granada. Finalmente, a raíz de la unificación de la república de Colombia en 1886, se sancionó por la Ley 57 de 1887, el texto del actual Código Civil. Persistieron en todo caso las dificultades en torno a la predominancia de la teoría subjetivista de la culpa.

No obstante, la tendencia actual del derecho, muy influenciada por la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, propende por una responsabilidad civil desde el punto de vista de la defensa del patrimonio del perjudicado. A pesar de los pocos cambios normativos, el derecho

¹⁵ VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, “Responsabilidad civil extracontractual”, Universidad de la Sabana, Colombia, 2009, p. 184.

debería procurar por una armónica regulación de los intereses de la sociedad con los derechos individuales, lo cual, solo es posible mediante un cambio de mentalidad, superando viejos esquemas propios de otras épocas¹⁶. En parte, ese es el sentido del presente trabajo: a fin de cuentas, la creación de un régimen único de responsabilidad civil beneficia a las víctimas, pues se propone dejar atrás los excesivos formalismos y permitirle al perjudicado obtener una indemnización independientemente del camino procesal que elija.

2) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil puede ser definida como la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al orden jurídico¹⁷, en Colombia se encuentra regulada en el Código Civil. Esta institución jurídica se ha dividido en dos regímenes, uno llamado responsabilidad civil extracontractual y el otro llamado responsabilidad civil contractual.

La responsabilidad civil extracontractual -según lo ha definido la Corte Constitucional- es “aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un *‘hecho jurídico’*, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”¹⁸. El artículo 2341 del Código Civil consagra la responsabilidad civil extracontractual: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Mientras que la responsabilidad contractual es “aquella que resulta de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido”¹⁹, y encuentra su regulación en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil.

¹⁶ MARTINEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003, p. 49.

¹⁷ LE TOURNEAU, Philippe- CADIET, Loic, “Droit de la responsabilité”, Dalloz, París, 1998, pp. 1 y 2.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1008 del 9 de Diciembre de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ AUBERT, Jean-Luc, “Introducción al derecho”, Presses Universidad de Francia, Paris, 1979, p. 117.

Así mismo, es en el artículo 1604 donde hace referencia como tal, a la responsabilidad contractual:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

2.1) Elementos de la Responsabilidad Civil

Los elementos de la institución jurídica de la responsabilidad civil, sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual, son los mismos. Son tres elementos: la culpa, el daño y el nexo causal.

A) Daño: El daño constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso²⁰.

²⁰ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, sentencia No 122 del 15 de Julio de 1992.

B) Culpa: La culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño²¹.

C) Nexo Causal: El nexo causal significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso; es decir que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto²².

2.2) Diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual

Si bien es cierto que la responsabilidad contractual y extracontractual tienen elementos comunes –como lo pudimos evidenciar anteriormente–, ambos regímenes tienen algunas diferencias en aspectos secundarios, en materia de prescripción, la capacidad para cometer el hecho ilícito, la solidaridad, la extensión del monto indemnizable, la culpa y finalmente con respecto al tema probatorio²³. Estas diferencias las vamos a estudiar a continuación.

A) Prescripción

Los plazos de prescripción operan de manera diferente según el tipo de responsabilidad que se invoque, por ende para el actor puede ser más beneficioso invocar un tipo de responsabilidad con plazos más amplios, que los establecidos para otro tipo de responsabilidad. A continuación vamos a estudiar los diferentes tipos de prescripción en materia contractual y extracontractual.

Tratándose de responsabilidad civil contractual, la ley consagra un principio general de prescripción de diez años, esta disposición se encuentra en el artículo 2536 del Código Civil: “La

²¹ MAZEAUD, Henri- MAZEAUD, León – TUNC, Andre “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual, TomoI, Vol. I, Buenos Aires, 1977, p. 52.

²²DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 751.

²³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 40.

acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”. Esta es una disposición general, pero existen otras disposiciones especiales que se aplican de manera preferente a ésta, las cuales consagran distintos términos de prescripción. A manera de ejemplo podemos citar el término de prescripción en el contrato de transporte, la cual es de dos años; en seis meses prescriben las acciones derivadas del vicio oculto de una cosa en materia de compraventa mercantil, según lo establece el artículo 936 del Código de Comercio. También los términos de prescripción en materia de seguros son diferentes, son de dos o cinco años según el caso, esto lo consagra el artículo 1081 del Código de Comercio²⁴.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, existen varios tipos de prescripción. En el caso de responsabilidad por el hecho ajeno, el artículo 2358 del Código Civil establece una prescripción de tres años. Ese mismo artículo también establece que si el ilícito civil es consecuencia de un ilícito penal, la prescripción aplicable es la de la acción penal. Acá también se aplica el artículo 2536 del Código Civil el cual consagra una prescripción de diez años y este término prescriptivo se aplica a la responsabilidad consagrada en los artículos 2341 a 2359. Existen otros términos de prescripción para unos casos puntuales de responsabilidad extracontractual, sucede en el caso de los daños que generen las aeronaves en la superficie, acá la prescripción es de dos años, según lo establecido en el artículo 1838 del Código de Comercio²⁵.

²⁴ *Ibíd.*, p. 41.

²⁵ *Ibíd.*

B) Capacidad para cometer el hecho ilícito

En materia contractual, la capacidad para obligarse es de 18 años, por ende las personas que tienen capacidad para ser responsables civilmente por un daño generado por el incumplimiento de un contrato son los mayores de 18 años. Vale la pena aclarar que además de tener 18 años, para tener ésta capacidad, la persona de estar sana mentalmente²⁶.

Por otro lado, la capacidad de cometer culpa es para los mayores de 10 años y personas no dementes. Esto está en el artículo 2346 del Código Civil donde establece a manera negativa la afirmación anterior “Los menores de diez años y los {dementes} no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia”.

C) Solidaridad

Debe distinguirse -en el caso de la responsabilidad contractual- si estamos frente a un contrato civil o un contrato mercantil. En el caso de que estemos frente a un contrato civil, la solidaridad no se presume por disposición del artículo 1568 del Código Civil:

“En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”

²⁶ *Ibíd*em, p.42.

Ahora, en el supuesto en el que estemos frente a un contrato mercantil, la solidaridad sí se presume, esto está en el artículo 825 del Código de Comercio “En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente.” Vale la pena aclarar que el mencionado artículo es una norma supletiva y las partes del contrato pueden pactar en contra de esto.

Cuando estamos frente a la responsabilidad extracontractual, la ley establece que hay solidaridad si un hecho dañino, por fuera del ámbito contractual es cometido por dos o más personas. Su regulación se encuentra en el artículo 2344 del Código de Comercio: “Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”. Existen dos excepciones a esta disposición, la primera es cuando se trata de la responsabilidad por ruina de los edificios -donde la indemnización se divide entre los propietarios del inmueble arruinado- y la segunda es la responsabilidad proveniente de los daños causados por la cosa que se cae o se arroja de la parte superior de un edificio, acá la indemnización se divide entre los habitantes del inmueble de donde se cae la cosa, salvo que el daño sea imputable a uno de los habitantes, acá responderá éste solamente²⁷.

D) Extensión del monto indemnizable

Los perjuicios directos y previsibles son los únicos que se resarcan cuando estamos frente a la responsabilidad contractual, pero si el deudor actúa con dolo, habrá lugar a la indemnización de los daños previsibles e imprevisibles. Esto se encuentra en el artículo 1616 del Código Civil “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o

²⁷ *Ibíd*em, p. 44.

podieron 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”.

En cambio, cuando estamos frente a responsabilidad extracontractual, no importa grado de culpa o si se actuó con dolo, se responde por los daños directos, previsibles e imprevisibles²⁸.

E) Culpa

E1) De la prueba de la culpa

Existe una gama de diferentes posibilidades probatorias en el tema de la culpa, la primera que podemos observar son los casos de responsabilidad objetiva que existen en ambos regímenes. Podemos citar el caso de la responsabilidad por accidentes de trabajo, donde el empleador no está sujeto a que exista culpa de él, solamente exonera la culpa intencional del trabajador. Así mismo se establece una responsabilidad extracontractual objetiva si se genera un daño por aeronaves a terceros en la superficie, esto se encuentra en el artículo 1827 del Código de Comercio²⁹, “La persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a ser indemnizada por el explotador de la aeronave con solo probar que tales daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma.”.

Existen presunciones de responsabilidad en ambos regímenes, donde el implicado se exonera demostrando causa extraña. En el caso del artículo 992 del Código de Comercio, referente al contrato de transporte, el transportador se libera probando causa extraña, así lo establece el artículo:

²⁸ *Ibíd*em, p. 64.

²⁹ *Ibíd*em, p. 66.

“El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.”

También sucede en el régimen extracontractual, cuando se está frente a actividades peligrosas y se ocasiona un perjuicio, el implicado se libera probando causa extraña³⁰.

En caso de que estemos frente a una obligación de resultado y dicha obligación se incumple, se presume la culpa del obligado. Mientras que cuando estamos en el ámbito extracontractual, la culpa debe probarse salvo los casos cuando ésta se presume, según los artículos 2347, 2350, 2355 y 2356 del Código Civil o cuando la atribución se basa en el riesgo³¹.

E2) De la graduación de la culpa

La culpa se gradúa de manera tripartita según el artículo 1604 del Código Civil, se divide entre culpa grave, culpa leve y culpa levísima. Esta graduación de la culpa tiene incidencia en materia contractual, ya que depende del grado de culpa en que se incurra se es responsable o no, pero eso depende del caso en concreto.

En materia extracontractual la graduación de la culpa no tiene incidencia alguna, cualquier grado de culpa compromete, el responsable queda obligado a indemnizar a la víctima por todos los daños que sufra directamente de esa culpa. Existen dos casos donde la graduación de la culpa en responsabilidad extracontractual pueda tener importancia. El primero es cuando la víctima ha

³⁰Ibíd.

³¹ CABRERA CANO, Jessica, “La determinación contractual o extracontractual del daño y el principio de prohibición de acumulación en el proceso civil colombiano Colombia”, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2009, pp. 34 y 35.

contribuido causalmente a la realización de su propio daño, acá se gradúa el monto indemnizable y, el responsable sólo paga la parte que corresponde a la incidencia que tuvo en la realización del daño. El segundo caso se da cuando el daño lo realizan un número plural de personas y una de estas paga la indemnización a la víctima, acá el que paga se subroga contra los otros y el juez graduará las relaciones entre los coautores, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa en la que hayan incurrido los coautores³².

F) Mora

El nacimiento de la obligación de indemnizar es diferente según el tipo de responsabilidad, en materia contractual cuando son obligaciones de dar o hacer, según el artículo 1615 del Código Civil, nace desde que se constituye en mora al deudor. Cuando estamos frente a una obligación de no hacer, nace desde el momento que se viola la obligación. La constitución en mora puede darse mediante reconvención judicial o por mora automática, la segunda a manera excepcional y se da en casos de que la obligación ha debido cumplirse en un término pactado³³.

En materia extracontractual, no requiere la constitución en mora del deudor, surge desde el momento que ocurre el hecho dañoso; surge por violar el deber de no causar daño a otro³⁴.

G) Competencia

En nuestra legislación la regla general para demandar está dada por el domicilio del demandado, pero tienen reglas adicionales diferentes si se trata de procesos de responsabilidad civil contractual o si se trata de responsabilidad extracontractual. En el régimen contractual puede también demandarse en el lugar del cumplimiento del contrato, en materia extracontractual,

³² TAMAYO JARAMILLO, Javier, "Tratado de Responsabilidad Civil", Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 67-68.

³³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, "Responsabilidad Civil", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, VI, p. 210-211.

³⁴ *Ibíd.*

puede demandarse también en el lugar donde ocurrió el hecho, en ambos supuestos el demandante escoge³⁵.

Son distintos factores territoriales de competencia, así lo expresa SANTOS BALLESTEROS: “dado que la existencia de un contrato, origina, a prevención, el conocimiento del asunto de parte del juez que corresponde al lugar donde se ha debido cumplir el contrato, al paso que si se trata de un hecho sin vínculo jurídico previo, su conocimiento, igualmente a prevención, junto con el del domicilio del demandado, incumbe al juez del lugar donde ocurrió el hecho”³⁶.

3) CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE LA DUALIDAD DE REGÍMENES

El que existan dos regímenes de responsabilidad civil trae consecuencias teóricas y procesales de gran importancia, ya pudimos apreciar las diferencias que existen entre estos regímenes y las consecuencias que implican en la práctica. Incluso la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la dimensión que tiene ésta dualidad: “Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio”³⁷.

Más allá de los debates académicos que existen sobre la dualidad de regímenes en materia de responsabilidad civil, en la práctica es donde se evidencian los inconvenientes que genera esta dualidad. Una vez inmersos en la responsabilidad civil, nos damos cuenta que la víctima tiene – por lo general- varias posibilidades a la hora de elegir que vía procesal va a tomar cuando presenta su demanda. Un hecho dañino puede generar confusión en la víctima en lo relativo a la

³⁵ *Ibíd.*, p. 222.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de febrero de 1999.

manera de presentar la demanda, es tal el grado de complejidad que suscita este problema, que incluso la misma doctrina y la jurisprudencia no tienen una posición clara con respecto a los casos controvertidos a la hora de saber si se trata de una responsabilidad contractual o si se trata de una responsabilidad extracontractual. A manera de ejemplo podemos citar el caso de la responsabilidad médica, donde primero se sostuvo que se trataba de era responsabilidad contractual, así lo establece la Corte en sentencia del 5 de marzo de 1940:

“La responsabilidad del médico es contractual, no solo en la convención ordinaria, en donde los cuidados se dan mediante una prestación de honorarios, sino también en los contratos resultantes de las relaciones de confraternidad o cortesía donde los cuidados se dan sin contraprestación de dinero”³⁸.

Después la Corte en sentencia del 14 de Marzo de 1942 cambia su postura ya que establece que es responsabilidad extracontractual por considerar que la actividad médica era una actividad peligrosa y se acoge al artículo 2356 del Código Civil³⁹. En sentencia del 14 de octubre de 1959 la Corte vuelve a su posición anterior donde sostiene que la responsabilidad médica es una responsabilidad contractual⁴⁰. Hoy en día la responsabilidad médica es una responsabilidad contractual, salvo si el paciente llega inconsciente, caso en el cual sería responsabilidad extracontractual.

Hay otros casos similares, en los cuales no se tiene claridad frente a qué tipo de responsabilidad nos estamos enfrentando o son casos debatidos debido a que por ser tan ambiguos pueden encajar

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Marzo de 1940.

³⁹MORON BAUTE, María Elisa – RAMIREZ GARCÍA, María Fernanda, “Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil Médica”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002, pp.103 y 104.

⁴⁰Ibídem, p. 105.

en uno u otro régimen de responsabilidad, las soluciones a estos casos, por lo general, no están en las normas y debe acudir a otras fuentes del derecho, tales como la jurisprudencia o la doctrina.

Vamos a estudiar la prohibición de opción, materia que ha sido discutida por diversos sectores de la jurisprudencia y doctrina, para poder aclarar un poco los límites que existen entre ambos regímenes de responsabilidad.

3.1) La prohibición de acumulación entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual

La prohibición de acumular o prohibición de opción consiste en que se le prohíbe al demandante acumular las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual, cuando provienen de un mismo hecho. Si no existiera esta prohibición, se le permitiría al perjudicado ejercer las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual por el mismo hecho⁴¹.

En otras palabras, lo que se prohíbe es interponer una acción extracontractual, si el daño tiene como fuente el incumplimiento de una obligación contractual o ejercer una acción contractual cuando el daño proviene de un hecho donde no existe un vínculo jurídico preexistente entre las partes. Puede suceder que la víctima invoque la responsabilidad contractual debido a un supuesto daño cuya fuente fue el incumplimiento a una obligación contractual y el juez falle en su contra, acá la víctima ejerció la vía procesal correcta, debido a esta prohibición la víctima no podría iniciar otro proceso invocando la responsabilidad extracontractual.

En Colombia esta prohibición existe, no se puede acumular. La existencia de esta prohibición en Colombia se deduce del artículo 1602 del Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es

⁴¹ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto- MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003. p. 73.

una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Esta disposición significa que las partes deben regirse por postulados contractuales, es también una expresión del principio de la autonomía de la voluntad privada. Por ende no pueden las partes alejarse de las normas contractuales para situarse en el marco extracontractual, si esto fuera posible el contrato perdería su fuerza vinculante y dejaría de ser ley para las partes. No tendría sentido pactar las condiciones de un contrato, para que después las partes desconozcan lo convenido y acogerse a los postulados extracontractuales.

Existen casos debatidos con respecto a la prohibición de opción, pero podemos encontrar dos casos donde es posible afirmar que la víctima tiene la opción de demandar por la vía contractual o la vía extracontractual⁴², a continuación los vamos a estudiar:

A) Incumplimiento a una obligación contractual y el delito en materia penal

Esto sucede cuando el hecho dañoso proviene del incumplimiento a una obligación contractual y a la vez constituye un tipo penal, donde el sindicado de realizar el hecho dañoso es el deudor. El acreedor tiene la facultad de escoger la vía procesal que desea tomar, puede demandar al deudor por el daño generado al incumplir el contrato invocando la responsabilidad contractual, donde iniciará un proceso meramente civil o puede acogerse al campo penal, donde se configurará una responsabilidad extracontractual⁴³. Así lo expresa OBDULIO VELÁSQUEZ: “Cuando la conducta del causante del daño es simultáneamente una acción tipificada por el ordenamiento legal como delito y constituye un incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, la

⁴² TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p.139.

⁴³ *Ibidem*, pp. 139 y 140.

doctrina ha entendido que en esta hipótesis, sí puede el perjudicado optar por una u otra responsabilidad”⁴⁴.

Podemos citar un supuesto, donde una persona le arrienda un inmueble a otra, dentro del contrato de arrendamiento existe la obligación de restituir el bien arrendado en el estado en que se recibió, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos⁴⁵. Durante el desarrollo del contrato, el arrendatario incendia el inmueble de manera dolosa, acá el arrendatario incumple una obligación contractual que le genera un daño al arrendatario y a la vez incurre en el tipo penal consagrado del artículo 265 del Código Penal, el daño en bien ajeno. En este caso la víctima puede iniciar un proceso puramente civil, mediante la acción contractual o puede constituirse en parte civil en el proceso penal, ejerciendo la acción extracontractual⁴⁶.

Acá existe una identidad de partes para cobrar un mismo daño, por ende podemos afirmar que se trata de un verdadero problema de opción.

B) Acción del subadquirente contra el deudor inicial

Esto sucede cuando una persona compra a otra un inmueble, el vendedor le da una garantía al comprador por defectos de calidad, si este comprador vende el bien a un subadquirente posterior y este sufre un daño por algún defecto de la cosa, el subadquirente tiene la posibilidad de escoger entre una acción contractual o una acción extracontractual. La víctima puede demandar al vendedor inicial mediante una acción de responsabilidad contractual, valiéndose de las garantías contractuales que le trasmite el comprador inicial o por una acción extracontractual actuando como un simple tercero.

⁴⁴ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2013, p 83.

⁴⁵ Colombia, Código Civil, artículo 2005.

⁴⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 140.

El siguiente ejemplo ilustrará lo expuesto, se trata de la responsabilidad en la construcción y enajenación de inmuebles. El constructor debe responder por los daños que genere la construcción durante diez años posteriores a la entrega⁴⁷, por otro lado el artículo 2351 del Código Civil establece una responsabilidad extracontractual, también por diez años, de la garantía por defectos que el bien pueda sufrir en esos diez años. En el supuesto que el comprador inicial le venda su inmueble a un tercero y el bien sufre daños imputables a la construcción, el subadquirente final podrá demandar al vendedor, mediante la acción contractual. También podrá demandar al constructor, por la vía extracontractual, ya que no hay vínculo jurídico preexistente entre constructor y subadquirente, o puede ejercer la acción contractual, valiéndose de la garantía que le transmite el vendedor⁴⁸. Otro ejemplo sería en el caso de los consumidores frente a los productores, donde el consumidor final tiene acción frente al expendedor, pero también la tiene frente al fabricante, con quien no tiene un vínculo contractual⁴⁹.

3.2) Cuándo no se presenta el problema de acumulación de las dos responsabilidades

Debido a que el tema de la acumulación de responsabilidades no genera una claridad absoluta, debemos determinar cuándo no estamos frente a dicha acumulación. La acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual no se presenta cuando son las mismas partes con daños diferentes, partes diferentes pero con un mismo daño o, un mismo responsable con un número plural de víctimas⁵⁰. Vamos a estudiar las siguientes hipótesis.

⁴⁷ Colombia, Código Civil, artículo 2060, numeral 3.

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 141.

⁴⁹ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2013, p. 83.

⁵⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 141.

A) Mismas partes pero con daños distintos

Acá estamos frente al escenario donde una persona cause daños distintos a otra persona, un daño debe ser contractual y el otro daño extracontractual, así las cosas hay un daño contractual y uno extracontractual. La víctima puede cobrar ambos perjuicios en un mismo proceso -excepto si la ley prohíbe en un caso específico- acá no tiene nada que ver el problema de acumulación de responsabilidades.

Este caso puede presentarse, por ejemplo, cuando una persona le encarga a otra que le construya una biblioteca, la cosa se destruye, pero el constructor aprovechándose del siniestro y por motivos personales agrede físicamente al comprador y lo lesiona. Acá observamos que se generan dos daños, cuyo origen es distinto. El primero es el de la destrucción de la biblioteca, cuyo origen fue el incumplimiento contractual, y el daño es la pérdida de la biblioteca, el segundo es la lesión que sufre el comprador producto de la agresión por parte del constructor. Ambos daños los ocasionó una misma persona, pero son daños distintos, el primero es un daño contractual y el segundo un daño extracontractual, ambas indemnizaciones pueden pedirse en el mismo proceso.

B) Un mismo daño con diferentes responsables

Puede suceder que dos personas le generen un mismo daño a otra persona, en este caso puede haber un daño contractual y otro daño extracontractual, la primera persona responde por un daño contractual que le generó a la víctima y la segunda por un daño extracontractual que le causó a la víctima. No existe acumulación debido a que son partes diferentes y un mismo daño⁵¹.

⁵¹ *Ibíd*em, p. 142.

Supongamos que Pedro y Juan hacen un contrato, el contrato se ejecuta defectuosamente debido a que un dependiente de Pedro lo ejecuta de manera culposa. Juan puede demandar a Pedro por la vía contractual y al dependiente de Pedro por la vía extracontractual.

C) Un responsable con un número plural de víctimas

Cuando una persona le cause dos daños distintos a dos personas, a una un daño contractual y a la otra uno extracontractual, el primero tendrá una acción contractual y el segundo podrá ejercer una acción extracontractual. Puede suceder, por ejemplo, que un inmueble recién terminado se caiga por defectos imputables al constructor, y éste caiga sobre un transeúnte que de casualidad pasaba en frente de la obra. Acá se le genera un perjuicio al dueño del inmueble y al transeúnte, el dueño del inmueble tendrá una acción contractual contra el constructor y el transeúnte una acción extracontractual contra el constructor. En el supuesto mencionado no se configura el problema de acumulación debido a que se tratan de víctimas distintas, con daños diferentes⁵².

4) EL PROBLEMA EXISTENTE CON LA DUALIDAD DE RÉGIMENES

El problema surge cuando la víctima invoca el régimen de responsabilidad que no es el adecuado para el caso en concreto, puede que invoque responsabilidad extracontractual cuando se está frente a un daño generado por el incumplimiento de un contrato o también sucede que la víctima invoca la responsabilidad contractual sin que haya un vínculo jurídico preexistente entre la víctima y el responsable del daño. Acá la víctima puede que se quede sin reparación, incluso si se prueban en el proceso los elementos de la responsabilidad civil; que existió daño, culpa y nexos causal. Puede quedarse sin reparación la víctima debido a los términos de prescripción que son diferentes según el tipo de responsabilidad del que se trate.

⁵² *Ibidem*, p. 143.

Asumamos que una persona celebra un contrato de transporte con una empresa de buses en la cual el transportador se obliga a llevar al pasajero a otra ciudad, el bus choca contra un árbol debido a que el conductor del bus estaba hablando por celular, el pasajero queda parapléjico de por vida. La víctima presenta demanda y ejerce la acción extracontractual, en el proceso quedan demostrados los tres elementos de la responsabilidad civil, hubo daño, culpa y nexo causal, en la sentencia el juez no le reconoce a la víctima la indemnización ya que la acción indicada era la acción contractual y no la extracontractual. Cuando el juez dicta sentencia de primera instancia han pasado tres años desde el accidente hasta la sentencia. Ahora la víctima busca demandar por la vía contractual, pero cuando presenta la demanda, proponen como excepción previa la prescripción y la excepción prospera debido a que las acciones provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años.

El ejemplo anterior muestra las consecuencias prácticas de que existan dos regímenes de responsabilidad, esto no sucedería si existiera un régimen único de responsabilidad civil con diferentes sub regímenes, ya que el juez tendría que aplicar las normas correspondientes al caso aun cuando la víctima se equivoque a la hora de invocarlas en su demanda, bastaría con probar los elementos de la responsabilidad civil para que exista una indemnización. Entonces en el caso que pusimos de ejemplo la víctima no se hubiera quedado sin indemnización, ya que el juez de oficio tiene que determinar el derecho aplicable al caso en particular.

5) CAUSA PETENDI

El problema de la dualidad de regímenes de responsabilidad fue planteado en el penúltimo cuarto del siglo XIX⁵³, se han adoptado diversas posiciones con respecto a cómo solucionar este

⁵³PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2007, p. 57.

problema. La *causa petendi* juega un papel importante a la hora de analizar los regímenes de responsabilidad civil, por ende vamos a estudiarla a continuación.

Noción de *causa petendi*

Causa petendi traduce causa de pedir, responde a la pregunta ¿por qué se pide?, ¿por qué reclamo?, es el hecho generador del derecho⁵⁴. Según los autores franceses AUBRY y RAU, la definición de *causa petendi* es “el hecho jurídico que constituye el fundamento directo e inmediato del derecho o del beneficio legal que una de las partes hace valer por vía de acción o de excepción⁵⁵”.

En materia de responsabilidad civil, ocurre con cierta frecuencia que la víctima tiene varias opciones para demandar, ya que el daño puede enmarcarse dentro de distintos sub regímenes de responsabilidad o en uno u otro régimen de responsabilidad. Ya analizamos los casos en que el daño puede enmarcarse en el régimen contractual o extracontractual, ahora nos vamos a encontrar con que un hecho dañino puede encajar en uno o varios sub regímenes de responsabilidad civil extracontractual. Los sub regímenes de responsabilidad extracontractual son: responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad por el hecho ajeno y responsabilidad por el hecho de las cosas. El profesor SANTOS BALLESTEROS nos ilustra sobre estos tres sub regímenes:

“Esta clasificación, generalmente de carácter doctrinario y jurisprudencial, parte de las posibles hipótesis de ocurrencia del daño y así, en primer lugar, si media directamente una actividad personal del responsable, se alude a una responsabilidad directa o personal de responsable; en segundo lugar, si en la génesis del perjuicio interviene la actividad de otra persona sobre quien se tenga un deber de cuidado o vigilancia de su conducta, se habla de una responsabilidad por el

⁵⁴ ALESSANDRI, Arturo - SOMARRIVA, Manuel – VODANOVIC, Antonio, “Tratado de Derecho Civil”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pp. 141 y 142.

⁵⁵ AUBRY, Charles – RAU, Charles Frédéric, “Cours de Droit Civile Français”, Paris, 1922, p. 356.

hecho de otro o responsabilidad indirecta y, en tercer lugar, si en el origen del daño se desenvuelve la actividad o inactividad o el dinamismo de una cosa animada o inanimada sobre la que recaiga un poder de control y dirección, se manifiesta una responsabilidad por el hecho de las cosas o responsabilidad compleja.”⁵⁶

Entonces surge la pregunta de ¿será que por invocar un sub régimen equivocado el juez falla en contra de la víctima?, ¿constituyen una *causa petendi* distinta los sub regímenes de responsabilidad extracontractual? La respuesta a estos interrogantes generaran importantes efectos jurídicos que estudiaremos a continuación.

Existen dos teorías con respecto a la *causa petendi*, una teoría la cual consagra la existencia de una pluralidad de *causa petendi* posibles y otra teoría que afirma que solamente hay una *causa petendi*, la cual es el hecho dañoso⁵⁷.

A) Teoría de la pluralidad de causas

Según esta teoría cada régimen y cada sub régimen de responsabilidad civil tienen una *causa petendi* distinta, por lo que si en un primer proceso el supuesto responsable es absuelto puede iniciar un proceso nuevo bajo otro sub régimen⁵⁸, vale la pena aclarar que esto no es posible cuando se trata de regímenes distintos debido a la prohibición de opción. Por ejemplo, si una persona mayor de edad y plenamente capaz le presta el carro a su hijo de 14 años, y éste atropella a otra persona, la cual queda lesionada, la víctima demanda responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno y absuelven al demandado. Según esta teoría la víctima podría iniciar un nuevo proceso por actividades peligrosas, ya que son *causas petendi* distintas y no se configura la

⁵⁶ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 251.

⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007, p. 166.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 166

prohibición de opción debido a que no se está optando entre responsabilidad contractual o extracontractual.

Ya vimos en qué consiste la teoría de la pluralidad de causas, pero el problema que surge con ella es que generaría inseguridad jurídica, ya que el demandante puede intentar por todas las posibles vías procesales hasta agotarlas, lo cual le generaría gastos innecesarios a la justicia. La cosa juzgada sería difícil determinarla ya que en principio operaría cuando el demandante agote todos los posibles tipos de responsabilidad aplicables al caso concreto.

Ahora, frente a esta teoría el juez debería obrar de la siguiente manera en las siguientes dos hipótesis que vamos a plantear, en la primera el demandante invoca en su demanda a título principal varias instituciones de responsabilidad civil y en la segunda el demandante sólo invoca una, pero esta es la equivocada. Acá el juez debe abstenerse de condenar ya que hay una indebida acumulación de pretensiones y en el segundo el juez también se abstiene de fallar ya que estaría fallando *extra petita*⁵⁹.

B) Teoría de la identidad de causas

Según esta teoría la *causa petendi* es el derecho que ha sido violado, donde solo importa el derecho violado, el cual siempre es el mismo, y es la causa de la demanda.

MAZEAUD-TUNC-CHABAS son defensores de ésta teoría y la exponen de la siguiente manera:

“(…) la causa de la demanda es el derecho que ha sido violado. El demandante actúa en responsabilidad porque es titular de ese derecho que ha sido atropellado. El derecho violado ha engendrado el derecho a accionar (…) ¿Cómo admitir, de otra parte, que siempre que la víctima

⁵⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007, p. 167.

invoca una nueva falta del demandado, cambia la causa de su acción y forma una nueva demanda? La falta, como el daño y el vínculo de causalidad, es uno de los elementos exigidos por la ley para que la acción de responsabilidad sea fundada; es un medio de justificar la demanda. No es la causa de la demanda... Una sola cosa importa: es el derecho violado, porque él es la causa de la demanda; y este derecho es siempre el mismo, de cualquier manera que haya sido usurpado por el demandado.”⁶⁰

El daño es el presupuesto principal de la responsabilidad civil, así lo expresa BUSTAMANTE ALSINA: “En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños”⁶¹. Su efecto en ambos regímenes es la necesidad de repararlo, por ende hay una *causa petendi* idéntica, la cual es el derecho que ha sido violado.

En Colombia ésta teoría ha tenido desarrollo doctrinal y jurisprudencial, en materia doctrinal, el doctor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA sostiene que debe aplicarse la teoría de unidad de causa y el juez debe aplicar la norma indiciada aunque ésta se exprese de manera equivocada o se invoque una responsabilidad distinta. Argumenta que lo que importa es el hecho jurídico el cual genera la violación al derecho, entonces si en un proceso se cita el mismo hecho jurídico, que viola el mismo derecho subjetivo, existe unidad de causa por ende no tiene relevancia si se invocan normas diferentes⁶². Esto dice al respecto,

“Entre el fundamento o razón de hecho y de derecho existe una diferencia fundamental, porque al paso que el primero debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez (con las limitaciones y requisitos que veremos al estudiar los hechos de la demanda), el segundo puede

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 168.

⁶¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993 pp. 97 y 98.

⁶² *Ibíd.*, p. 169.

y debe ser aplicado por el juez oficiosamente; por esto su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso. Para que la pretensión prospere basta que el juez encuentre la conformidad entre su fundamento de hecho y el ordenamiento jurídico, sin que importe que ello se deba a las normas materiales citadas por el demandante o a otras que él conoce y aplica.”⁶³

La jurisprudencia en Colombia no ha tenido un desarrollo expreso acerca del problema de la *causa petendi* que nos ocupa, pero ha habido ciertos fallos donde la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia acoge la teoría de unidad de causas. En esas decisiones la Corte ha sostenido que el juez como es presume concedor de derecho, debe corregir y llenar los vacíos de la demanda en lo que corresponde a los fundamentos de derecho⁶⁴. Vamos a citar algunos, los demás los encontraremos en el acápite relativo a la jurisprudencia, el cual se va a analizar más adelante:

Sentencia del 6 de Junio de 1952: En este fallo la corte establece que le corresponde al juzgador la aplicación de la ley correspondiente al caso concreto, aunque éste no se señale en la demanda o se invoque erróneamente⁶⁵.

Sentencia del 5 de Febrero de 1952: “En definitiva, lo que debe considerarse como causa de las acciones no es fundamentalmente el hecho que ha lesionado un derecho, en su caso, sino el derecho subjetivo o material que ha sido lesionado por el hecho; aquello será la causa del hecho, pero debe primar, en caso de litis, la causa de derecho.”⁶⁶

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil” Aguilar, 1966, p. 219.

⁶⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007, p. 170.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de Junio de 1952.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de Febrero de 1952.

Sentencia del 6 de Agosto de 1985: Esta sentencia adopta también la teoría de la unidad de causas, incluso acepta que el juez debe aplicar las normas contractuales aun cuando se invoquen las normas extracontractuales o viceversa, esto debido a la teoría de la unidad de causas⁶⁷.

Uno de los efectos más importantes de aplicar la teoría de identidad de causas se refiere al deber que tiene el juez en aplicar la responsabilidad correspondiente al caso en concreto. El demandante puede citar el régimen equivocado o el sub régimen equivocado, el juez debe aplicar el correcto, siempre que lo probado se acomode a los hechos de la demanda⁶⁸.

6) JURISPRUDENCIA

La dualidad de regímenes en la responsabilidad civil, como se ha venido examinado a lo largo del presente trabajo, presenta un problema de no poca importancia y que, desde nuestro punto de vista, debe ser subsanado. La existencia de un régimen separado de responsabilidad civil perjudica enormemente a las víctimas de una acción dañina a quienes frecuentemente se les niega las pretensiones indemnizatorias con el argumento de que la acción invocada no es la correcta o que se ha hecho una indebida acumulación. El excesivo ritualismo procesal por parte de algunos jueces ha conducido a un estado de constantes injusticias donde las equivocaciones en la elección de la responsabilidad hacen fracasar los intentos de reparación.

En ese sentido, las distintas posiciones que ha asumido la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los años frente a la prohibición de acumular u optar indistintamente por una u otra responsabilidad cuando se pretende la indemnización de un daño, han generado que la decisión del juez de aceptar o no las pretensiones indemnizatorias del demandante, cuando está ante casos

⁶⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007, p. 170.

⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007, p. 168.

confusos o difíciles, pertenece casi exclusivamente a la interpretación que éste dé a los hechos y a la teoría de la *causa petendi* que decida aceptar.

Ahora bien, en este acápite se revisaran algunos pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia relacionados con el tema que nos ocupa. Sin embargo, antes de entrar a analizar los diversos pronunciamientos de la Corte, se harán unas breves aclaraciones con el fin de delimitar y enfocar la discusión sobre la posibilidad de optar o acumular los regímenes de la responsabilidad civil.

6.1) Breve delimitación del problema

En ese sentido se presentan las siguientes afirmaciones: (i) el problema siempre parte del supuesto de la existencia de un daño y la discusión de éste entre las mismas partes; (ii) la doctrina y la jurisprudencia es unánime en señalar que no es posible crear un híbrido invocando principios de una y otra responsabilidad para elaborar las pretensiones⁶⁹; (iii) no se puede cobrar un daño por vía contractual a quien es responsable extracontractualmente, ni a la inversa, y; (iv) así mismo, tampoco se puede cobrar dos veces la indemnización de un mismo daño⁷⁰.

Mencionado lo anterior, queda claro entonces que entre las mismas partes y para cobrar el mismo daño no se puede invocar conjunta o indistintamente los regímenes de la responsabilidad civil, al mismo tiempo, el juez, no puede aplicar a su antojo los presupuestos de la responsabilidad civil contractual o de la responsabilidad civil extracontractual.

⁶⁹ NAMÉN VARGAS, William, “El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual”, en: Javier Celis Gómez (coordinador editorial), “Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 456 y ss. y; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de abril de 1997.

⁷⁰ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Instituciones de responsabilidad civil”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, Tomo II, p. 246.

No obstante, en la realidad se presentan casos donde es difícil para las partes determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable, lo cual, a la postre, resulta en que el juez pueda rechazar las pretensiones indemnizatorias de la víctima argumentando las dos responsabilidades no se pueden acumular o que la acción invocada no era la correcta⁷¹.

6.2) Análisis Jurisprudencial

A continuación se expondrán algunos fallos relevantes de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con la prohibición de optar o acumular las responsabilidades. En ese sentido se citaran específicamente dos posturas que ha ido desarrollando la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los años, así mismo, se dará cuenta de los distintos entendimientos que ha tenido la Corte sobre el problema y las consecuencias que ello conlleva.

Lo primero es mencionar uno de los pronunciamientos más antiguos en torno a la prohibición de optar o acumular. Aquella referencia se encuentra en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de noviembre de 1938, en aquella oportunidad la Sala precisó lo siguiente: “No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye a la generada por el delito”⁷². La Corte sostiene entonces que está prohibido el cúmulo de responsabilidades y entiende la imposibilidad

⁷¹ De igual importancia es mencionar que los hechos de la demanda y lo probado son el fundamento de la pretensión, por lo tanto, cualquier indemnización que se busque debe estar sustentada en unos hechos donde estén presentes los requisitos de facto indispensables para aplicar una determinada institución. En otras palabras, la posibilidad de que el juez pueda aplicar de oficio la responsabilidad que mejor se ajuste al caso depende de que los hechos y las pruebas presentadas así lo permitan.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de noviembre de 1938 citada en: SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Instituciones de responsabilidad civil”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, Tomo II, p. 246.

de mezclar uno y otro régimen, así como la intrínseca diferencia de cada uno, impidiendo por lo tanto derivar de un mismo daño los dos tipos de responsabilidad. Sin embargo, aunque la mencionada referencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades, incluso en época reciente⁷³, la Sala Civil ha presentado, como se verá, diferentes entendimientos respecto del tema, en ocasiones erróneos.

Por ejemplo, en sentencia del 25 de febrero de 1942, la Corte afirma que la prohibición de acumular los dos regímenes de responsabilidad consiste en no poder cobrar dos veces el mismo daño ni en formar un híbrido con las normas de los dos regímenes, sin embargo, acepta que un mismo hecho puede dar lugar tanto a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad extracontractual, admitiendo lo que está prohibido. La mencionada sentencia sostiene:

“Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia condición jurídica, independientemente de todo arrimo contractual pueden constituir asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente, pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio.”⁷⁴

Otra sentencia que difiere y confunde el problema de la prohibición de acumular, aceptando nuevamente la posibilidad de que de un mismo hecho se deriven los dos tipos de responsabilidades, contractual y extracontractual, es la sentencia del 20 de abril de 1954, la cual admite con ello la posibilidad de elegir indistintamente un tipo de responsabilidad considerando

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 15 de abril de 1997 y del 11 de septiembre de 2002.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de febrero de 1942.

así que la prohibición de acumular está es en no cobrar dos veces el mismo daño. En aquel fallo la Corte puntualizó:

“Esto permite esclarecer que en algunos casos prácticos la existencia de la culpa aquiliana conlleva la violación del vínculo contractual, y que en otros la culpa aquiliana puede ser cometida con ocasión de un contrato. Entonces no sería extraño que los mismos hechos asumieran a la vez la categoría jurídica de culpa aquiliana y de culpa contractual, sin que de allí surja generalización que permita establecer identidad entre las dos clases de culpa, en lo cual se encuentra ajustada a derecho la tesis de la demanda de casación.

(...)

La doctrina, a pesar de la disparidad de criterio entre los autores, está sin embargo de acuerdo en admitir que aquellas dos responsabilidades, contractual y extracontractual, no son incompatibles en su coexistencia jurídica, aunque por otra parte es claro que la víctima no podría pretender doble indemnización emanada del mismo hecho culposo. Elegida una acción se excluye la otra, si no es invocada en forma subsidiaria.”⁷⁵

Ahora bien, los pronunciamientos que siguen a continuación dan cuenta, como se mencionaba anteriormente, de una posición específica de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual respalda la prohibición de optar o acumular afirmando que el juez no tiene la posibilidad de fallar con base en otra responsabilidad distinta de la invocada. En ese sentido, entendemos que el alto tribunal civil aborda de manera excesivamente rígida la prohibición antes señalada pues sostiene, como se verá, que si el reclamante invoca un régimen de responsabilidad civil, el juez no puede salirse de ese marco jurídico y, en consecuencia, no podría fallar en sentido favorable a las pretensiones del demandante si encuentra que el régimen aplicable es diferente al invocado.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de abril de 1954.

En una sentencia del 19 de febrero de 1999, la Corte, luego de delimitar los ámbitos de aplicación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, señala que:

“Lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios; se trata, pues, de un factor jurídico de necesaria influencia en la configuración del título de la pretensión incoada y por eso, en guarda del principio de congruencia, no es permitido que una sentencia judicial declare la existencia de responsabilidad contractual y efectúe la consiguiente condena sino en la medida en que de esa demanda, sin abandonar desde luego y en homenaje a versátiles divagaciones los lineamientos objetivos que la especifican en su totalidad, surja a las claras un relato fáctico adecuado para poner en evidencia que existe un vínculo concreto de la naturaleza indicada entre quien como demandante reclama por la ilicitud de una conducta y aquél que señalado como demandado es la persona a quien dicha conducta se le imputa, que esta última consiste en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo, y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante no habría tenido derecho de no mediar la relación tantas veces mencionada.

(...)

Preciso es inferir entonces que, ante un caso dado en el que se hagan valer pretensiones a las que el actor, mediante declaraciones categóricas de su libelo, les haya asignado una clara configuración extracontractual, aquellos órganos no pueden modificar esta faz originaria de la litis y resolver como si se tratara del incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato (...).”⁷⁶

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de febrero de 1999.

La Corte acoge la anterior postura en una sentencia de 16 de julio del 2008, en donde, aunque en un principio parece atenuar la rigidez del juez frente a las pretensiones de la demanda, concluye finalmente que el juez, en virtud de los diferentes regímenes de responsabilidad civil y la prohibición de optar o acumular, no puede ir más allá y encausar las pretensiones de la víctima que invocó la responsabilidad que no era o que acumuló al mismo tiempo y de forma principal las dos responsabilidades. En aquel fallo la Sala sostuvo lo siguiente:

“Y en este punto es menester acotar que no se trata de restringir o menoscabar las potestades hermenéuticas del juzgador, ni mucho menos que al conjuro de un determinado vocablo utilizado por el actor, quede irremediamente ligado a esa expresión. Por el contrario, ya se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afinca en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica.

(...)

En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es

dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante.”⁷⁷

Finalmente, una de las sentencias más recientes en revalidar la postura acerca de la cual el juez no podría fallar con base en otra responsabilidad distinta de la invocada, así estén probados todos los elementos de la responsabilidad no invocada, es la sentencia del 16 de diciembre del 2010. En aquella oportunidad la Corte, sustentando su posición en las dos sentencias citadas anteriormente, señala:

“Ahora bien, como no en todos los casos es posible para el operador judicial detectar el verdadero sentido y alcance de la demanda, bien sea por deficiencias que ella presenta, por ser oscura o imprecisa o, simplemente, por la complejidad jurídica y/o factual de las materias y hechos de que se ocupa, entre otras muchas hipótesis, es patente que en situaciones como las que se han referido se impone al juez interpretarla, labor hermenéutica que, por una parte, no puede conducir a desfigurar o a alterar, menos en perjuicio del actor o del derecho de defensa de la parte demandada, su contenido objetivo y que, por otra, ha de estar siempre encaminada a hacer efectiva la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos

En punto del diverso carácter que tiene la responsabilidad civil, por una parte, contractual y, por otra, extracontractual, y de los criterios que han de observarse en orden a decidir los conflictos en que dicha diferencia sea relevante, la Sala, en esta oportunidad, refrenda su doctrina incorporada en recientes pronunciamientos (...)” (Subrayado fuera del texto original).

(...)

⁷⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de julio de 2008.

Así las cosas y habiéndose definido ya que la acción intentada es de *responsabilidad civil extracontractual*, deviene como conclusión indefectible la improcedencia de la misma en frente de la empresa transportadora, pues mediando entre ella y la víctima un contrato de transporte en cuya ejecución, se reitera, se provocaron las lesiones corporales y psicológicas así como los daños patrimoniales cuyo resarcimiento aquí persigue el actor, la única vía que él, como *pasajero lesionado*, tenía a su disposición para conseguir que se le indemnizaran los daños causados, era la de ejercer una acción de *responsabilidad civil contractual*, tal y como lo tiene precisado la doctrina de la Corte desde antaño.”⁷⁸

Ahora bien, no obstante la postura de la Corte Suprema de Justicia, expuesta y desarrollada anteriormente, cabe ahora exponer y desarrollar la postura contraria defendida a lo largo de los años por la misma Corte. En ese sentido se presenta a continuación una serie de fallos donde la Sala Civil ha resuelto el problema de la opción o acumulación de responsabilidades en favor de la víctima.

En la sentencia del 31 de agosto de 1949, la Corte sostuvo lo siguiente:

“El juzgador está en la obligación de examinar la verdadera intención de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarla, más que en la denominación que se le diera a la acción y en las disposiciones civiles invocadas. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada: pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo.”⁷⁹

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 6 de agosto de 1985, aquella vez señaló:

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de agosto de 1949, citada en: TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p.147.

“Por lo que la relación a la demanda en forma, ciertamente a la presentada por la actora le falta mayor precisión y claridad en cuanto al fundamento de la responsabilidad que, en forma acumulada, dedujo frente a los demandados, pero tales deficiencias no son de entidad tal que puedan considerarse como obstáculo procesal que impida una decisión de fondo.”⁸⁰

Más recientemente se puede encontrar la sentencia del 31 de octubre de 2001⁸¹, donde la Corte sostuvo, en referencia a los errores que comete el reclamante en las pretensiones, lo siguiente:

“De tal modo que las invocaciones de derecho que hagan las partes, ni vinculan al juez, ni mucho menos desvirtúan la naturaleza del factum debatido en el evento de ser erradas, porque no obstante el numeral 7 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, contemplar como requisito de la demanda el señalamiento de los fundamentos de derecho, de todos modos, según se dijo, el juez está compelido a aplicar la norma correcta, haya sido o no denunciada por la parte. De ahí que se estime que la afirmación de los fundamentos de derecho no sea un acto jurídico – procesal, sino un acto intransitivo o neutro por no producir efecto jurídico.

(...)

Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: *iura novit curia*.”⁸²

La Corte, más adelante, en una sentencia de 11 de septiembre del año 2002, deja claro la imposibilidad que de un mismo hecho ilícito pueden surgir dos tipos de responsabilidad⁸³, para

⁸⁰ *Ibidem*, p. 149 y ss.

⁸¹ Aunque en aquella ocasión la Corte no menciona específicamente el problema en torno a la dualidad de regímenes de responsabilidad civil, ni se refiere a la prohibición de optar o acumular, sí deja claramente definida la necesidad de obviar el excesivo ritualismo procesal por parte de algunos jueces y aplicar el derecho sustancial.

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 2001.

⁸³ En aquella ocasión la Corte sostuvo que: “Aunque para la Corte no ha sido extraño el caso de existencia de hechos que al mismo tiempo que constituyen infracción de un contrato, también pueden dar margen a responsabilidades extracontractuales entre las mismas partes, lo cierto es que su jurisprudencia siempre ha tenido el tino de no

luego señalar, que aunque la posibilidad de optar o acumular los regímenes de la responsabilidad civil está claramente prohibido para ciertos casos, por ejemplo, el contrato donde las consecuencias del daño han sido expresamente previstas y reguladas, existen casos donde es indiferente identificar la fuente de la responsabilidad, y citando anteriores pronunciamientos sostiene que ello es posible

“En los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia. En tales circunstancias, no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido culpa; luego si no aparece con claridad que con ella háyase violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias impónense no importa cuál sea el origen de la culpa.”⁸⁴

Así mismo, para sustentar lo anterior agrega, citando a DIEZ PICAZO que:

“Más realista, sin embargo, parece que es entender que el carácter de contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar los daños no es tanto un factor que configura la acción, dotándola de una única naturaleza, cuando entender que son simples fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria y que como fundamentos de derecho son en alguna medida intercambiables en virtud del principio *iura novit curia*”⁸⁵.

confundir una y otra clase de responsabilidad, porque no es indiferente al régimen legal ni la naturaleza de la acción, ni las consecuencias de una u otra, como tampoco lo concerniente a la prueba, al tratamiento de la culpa o a los términos de prescripción.”.Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de septiembre de 2002.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

Los apartes citados muestran, por parte de la Corte Suprema de Justicia, un tratamiento unificador con relación a la responsabilidad civil a partir de la aplicación del principio procesal de “*iura novit curia*”, sobre el cual nos referiremos más adelante.

Continuando con el análisis jurisprudencial, es importante mencionar la sentencia del 3 de febrero de 2009, donde la Corte, recogiendo la postura de la anterior providencia señala que:

“Igualmente, es razonable que no obstante hacerse mención expresa en la demanda de normas relativas a la responsabilidad contractual, el sentenciador decida la controversia, como en este caso ocurrió, bajo el amparo de la extracontractual, mucho más si se tiene en cuenta que el juez no está obligado a acatar sin discusión “*los fundamentos de derecho que se invoquen*” en cumplimiento del numeral 7° del artículo 76 Código de Procedimiento Civil, atinente a los requisitos formales de este escrito, toda vez que, tal como se condensa en la expresión “*dame los hechos que yo te daré el derecho*”, es a él a quien compete aplicar el ordenamiento jurídico pertinente aun cuando las partes hayan aducido otras diferentes.”⁸⁶

El fallo más reciente en defender y sostener la postura expuesta precedentemente es una sentencia del 5 de mayo del 2014. En aquella ocasión la Corte, citando el fallo del 03 de febrero de 2009, anteriormente citado, sostuvo lo siguiente:

“En ese orden, si en este específico asunto, donde el planteamiento fáctico respecto de todas las pretensiones fue exactamente el mismo, en tanto la diferencia en el libelo se encuentra en la simple mención de “*contractual*”, como principal, y “*extracontractual*”, como subsidiaria, resulta desproporcionado o exagerado, por no decir exótico, exigir una apelación para que, en lugar de lo uno, se diga lo otro, menos cuando son los hechos y su demostración los que sirven de fundamento al derecho invocado, sin que importe en esa precisa materia su calificación jurídica

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de febrero de 2009.

por el demandante, toda vez que la labor de adecuación normativa es competencia del juzgador.
(Subrayado fuera del texto original).

“Los hechos, ha reiterado la Sala, “son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia (...)’. Si están probados los hechos..., ‘incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius’ ”, de ahí que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte.”⁸⁷

Finalmente, no está demás referir brevemente otro problema jurídico, el cual, ha dificultado el debate en torno a la prohibición de optar o acumular responsabilidades. Se trata de los fallos en donde la Corte Suprema de Justicia ha debatido el alcance de la responsabilidad contractual, argumentando la posibilidad de considerar las obligaciones precontractuales y pos contractual como parte integral del contrato⁸⁸. Lo anterior tendría consecuencias directas en el problema planteado, pues si la Sala Civil no tiene claridad acerca del plano de responsabilidad en que se enmarca un determinado hecho, la prohibición de optar u acumular responsabilidades pierde fundamento en aquellos casos complejos. Dependiendo de la postura que asuma el juez frente al tipo de responsabilidad que corresponda, la acción invocada por la víctima estaría destinada a triunfar o, por el contrario, condenada al fracaso.

No se trata, como se ha sostenido, de mezclar los principios de los dos regímenes ni de cobrar dos veces el mismo daño, en su lugar, se busca evitar confusiones dogmáticas excesivamente

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de mayo de 2014.

⁸⁸ “La responsabilidad contractual no supone necesariamente la existencia de un contrato, sino más bien la presencia de un ‘vínculo jurídico’ con abstracción del momento en que este surge, el cual, se itera, puede aparecer en la fase precontractual.” Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2002.

complejas donde, siguiendo con absoluto rigor la prohibición de optar o acumular los regímenes de responsabilidad, la víctima se va a encontrar frente a la disyuntiva de elegir entre una u otra vía procesal donde una mala elección, según criterio del juez, puede acarrearle la pérdida de una indemnización.

Como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, la prohibición de optar o acumular responsabilidades tiene un claro fundamento y propósito, pero el juez no debería rechazar las pretensiones indemnizatorias de la víctima argumentando una indebida acumulación o una equivocación en el tipo de responsabilidad invocado. Por el contrario, lo que se propone es que el juez, concedor del derecho y representante de la justicia, acuda a los principios constitucionales y generales del derecho procesal, según lo permite el artículo 12 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. En ese sentido, y a manera de conclusión, se trae a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional en relación con el principio *iura novit curia*:

“El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen. Este principio, sólo alcanza a la aplicación del derecho correspondiente a determinada situación fáctica, lo cual no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo probado por las partes, pues debe tenerse en cuenta que también deben respetar el principio de congruencia, es decir, no existe facultad alguna a la que pueda recurrir el juez para variar los términos y el objeto de un proceso constitucional. En consecuencia, el principio *iura novit curia* evita que el juez quede atrapado en los errores propuestos por las partes fundados en las normas desajustadas con la causa, pues al fallador le

corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis*.”⁸⁹

7) DOCTRINA

La doctrina más entendida, al igual que la jurisprudencia reciente, ha venido perfilando su postura, o al menos reconociendo las tendencias actuales, en favor de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. En ese sentido se recogerán a continuación los estudios y análisis de los autores, que a nuestro entender, mejor exponen y resuelven el problema en favor de la unificación, que desde nuestro punto de vista, nos atrevemos a suscribir.

Los autores citados a continuación tienen como característica principal en sus escritos el inconformidad en torno a las injusticias que se cometen por la solución excesivamente rigurosa que propone la prohibición de optar o acumular los dos tipos de responsabilidad, lo cual, los ha llevado a estudiar y cuestionar la inutilidad de mantener algunas diferencias entre los dos regímenes de la responsabilidad civil.

En ese sentido iniciaremos por citar a GENEVIEVE VINEY. Lo primero a señalar es la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, la cual pone en duda VINEY:

“En efecto, aquello respecto de lo cual importa tomar conciencia es que la concepción rigurosamente dualista, profesada hasta ahora como una evidencia, es en realidad contestable (...). Y sobre todo, desconoce la realidad de los hechos pues existen situaciones respecto de las cuales es completamente artificial vincularlas tanto al ‘contrato’ como al ‘delito’. Por ejemplo se ha sostenido con mucha fuerza que la reparación de los daños sufridos por el proveedor de una ayuda

⁸⁹Corte Constitucional, sentencia T-851 del 28 de Octubre de 2010, MP: Humberto Sierra Porto.

benévola con ocasión de su gesto desinteresado no se acomoda mejor a la aplicación integral del régimen de la responsabilidad contractual como aquella de la responsabilidad extracontractual, y que el fundamento jurídico más apropiado para esta hipótesis es el cuasicontrato de gestión de negocios que suministraría las soluciones más adecuadas.”⁹⁰

De igual forma, la tendencia actual del derecho apunta hacia el abandono de la distinción entre uno y otro régimen, por ejemplo, menciona las creaciones presentes de regímenes de responsabilidad especiales, como los regímenes de responsabilidad profesional, los cuales, ignoran la distinción entre las relaciones contractuales y extracontractuales, y tratan a todas las víctimas de la misma manera. En ese sentido escribe GENEVIEVE VINEY:

“Así, se constata que, poco a poco, gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen extracontractual, esta distinción tiende a perder su posición *summa divisio* de la responsabilidad civil. Se puede entonces concluir de ello que es inútil y aun perjudicial buscar hacer entrar a cualquier precio todos los casos de responsabilidad en las dos categorías ‘contractual’ y ‘extracontractual’. Otros regímenes son concebibles y sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica que de ninguna manera es impuesta ni por las leyes ni por un imperativo lógico indiscutible, se sacrifique los verdaderos intereses en juego (que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en prevenir los comportamientos antisociales).”⁹¹

Y más adelante expresa:

“Sin embargo, a fin de evitar que esta evolución exponga el derecho de la responsabilidad civil a una fragmentación excesiva, pensamos que importa mantener un régimen de ‘derecho común’: tan amplio y unitario como sea posible, reduciendo las diferencias de principio existentes entre

⁹⁰ VINEY, Genevieve, “Tratado de Derecho Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 516 y 517.

⁹¹ *Ibidem*, p. 526.

responsabilidades contractual y extracontractual al mínimo que exige el respeto del contrato, y no admitir derogaciones a ese estatuto general sino cuando sean realmente exigidas por la especificidad de la situación o de la actividad que da lugar a la responsabilidad. Dicho de otra manera, nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil.”⁹²

Es fundamental el estudio desarrollado por el profesor TAMAYO JARAMILLO en torno a las teorías de la *causa petendi*, los problemas con la prohibición de optar y acumular los dos tipos de responsabilidad y la unificación de la responsabilidad civil en un mismo régimen. Sus trabajos, por claridad, profundidad y sencillez, han resultado cruciales en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Ahora bien, como se planteó en un capítulo anterior en relación con la *causa petendi*, la teoría que frente a ésta se acoja va a determinar en gran medida el problema en la dualidad de regímenes de la responsabilidad civil, por ello, el profesor TAMAYO JARAMILLO dedica gran parte de su trabajo al estudio del problema. No obstante, como el concepto ya fue desarrollado anteriormente, nos limitaremos a señalar que la teoría que permite resolver adecuadamente el problema es la de la unidad de causas. Sobre ella señala el autor que: “De acuerdo con este criterio (el de la unidad de causas), tenemos que el juez puede perfectamente aplicar la institución de la responsabilidad civil que considere correcta si encuentra que se llenan los demás requisitos,

⁹² *Ibíd.*, p 527.

poco importa que el demandante se haya equivocado en la denominación de la figura aplicable, que haya omitido las normas aplicables o que las haya invocado todas en forma común.”⁹³

Así mismo, menciona que actualmente se ha llegado, por culpa del “ritualismo procesal” en torno a las diferentes posturas frente a la *causa petendi*, a un caos total donde la responsabilidad civil “pasó de ser un tema complejo a ser todo un mundo esotérico y exclusivo que cada quien interpreta a su manera.”⁹⁴

Sin olvidar el debate en torno a las teorías de la *causa petendi*, el profesor TAMAYO JARAMILLO desarrolla a profundidad el problema en torno a la prohibición de optar o acumular los regímenes de responsabilidad civil, así como la relación que esta prohibición tiene con la dualidad de regímenes⁹⁵. Finalmente concluye, luego de un profuso trabajo, lo siguiente:

“En el derecho colombiano vigente es imposible negar la existencia de dos especies de responsabilidad con diferencias accesorias pero importantes, que impiden a la víctima escoger o al juez aplicar a su antojo el régimen de responsabilidad aplicable. El problema de la opción entre las dos responsabilidades pertenece al juez y no al demandante, por tanto, el primero que tenía la obligación de aplicar la responsabilidad correcta, así la víctima se hubiese equivocado en la formulación de la demanda, Con este criterio se elimina un 80% o 90% de los problemas que suscita la prohibición de optar entre una u otra responsabilidad. En ese sentido vale la pena mencionar el artículo VII del título preliminar del Código Civil peruano, que al respecto expresa: ‘Los jueces tiene la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.’”⁹⁶

⁹³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I. 2007, p. 131.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁵ Por extensión, no es posible recoger en su totalidad las discusiones propuestas por el autor, las cuales, sin embargo, han sido en parte recogidas a lo largo del presente trabajo.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

Ahora, por su parte, el profesor WILLIAM NAMÉN VARGAS también ha estudiado el tema y expone tres posturas en relación con la unicidad o dualidad del sistema de responsabilidad civil. Sostiene que quienes defienden la postura a favor de la dicotomía argumentan que “ésta se sustenta en el origen y régimen jurídico diferencial, en cuanto, las obligaciones surgen del negocio jurídico o de la ley existiendo contrastes radicales por sus fuentes, elementos efectos, prueba, prescripción y regulación normativa”⁹⁷. Acerca de la postura en favor de la unicidad, indica que ésta se respalda en “la génesis legal de la responsabilidad, sea contractual o extracontractual; la ley reconoce al contrato, lo dota de efectos y el incumplimiento de la primitiva obligación original la de reparar el daño causado, prestación cuya función es la misma en ambos tipos de responsabilidad.”⁹⁸. Así mismo, trae a colación una postura o concepción ecléctica o intermedia, la cual, señala, principia del:

“desconocimiento común de una obligación, sea legal sea contractual, en el cual fundan el deber de resarcir el daño, prestándose diferencias en las fuentes y efectos, más no en la naturaleza intrínseca de la responsabilidad la cual es una con regímenes jurídicos complementarios, alguna especificidad y puntos comunes, en particular, con el principio de no dañar a nadie, cláusula general cuya connotación destacada consiste en propender por un funcionamiento y comprensión de la responsabilidad como una estructura abierta destinada a la valoración del juez en cada caso.”⁹⁹

Esta concepción ecléctica o intermedia recogida por el profesor NAMÉN VARGAS, se acerca a la postura que buscamos defender en el presente trabajo. Se trata de un régimen unificado de responsabilidad civil, pero que mantenga en sí mismo las diferencias fundamentales de cada tipo

⁹⁷ NAMÉN VARGAS, William, “El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual”, en: Javier Celis Gómez (coordinador editorial), “Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p.456.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

de responsabilidad adoptando un sistema de sub regímenes. En ese sentido respetamos la fuente del hecho ilícito, sin embargo, y al igual que el profesor TAMAYO JARAMILLO, propendemos porque sea el juez quien valore cada caso y aplique el sub régimen de responsabilidad adecuado teniendo como principio rector la reparación de todo hecho ilícito; en conjunto, la responsabilidad civil se traduce en la obligación de reparar una lesión inmotivada.

Continúa el profesor NAMÉN VARGAS dilucidando la tendencia actual del derecho civil y menciona que:

“En la *praxis*, se evidencia en múltiples situaciones incierta la ubicación de ciertas hipótesis, a más del tratamiento dispar cuando el mismo hecho genera daño a diversas personas, unas con vínculo contractual previo y otras sin éste, la extensión del régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual a eventos dudosos u, en especial, es cada vez mayor la tendencia a regímenes singulares en relación con los dos sistemas, *ad exemplum*, la responsabilidad profesional (...). Con este razonamiento, a pesar de la tendencia no siempre clara del sistema, las distintas corrientes del pensamiento y *communis opinio* propenden por el resarcimiento del daño, independientemente de la preexistencia de un negocio jurídico, de un contrato, de un ‘vínculo jurídico’, de una obligación, deber abstracto o singular, entre los sujetos.”¹⁰⁰

En otras palabras, señala el profesor WILLIAM NAMÉN VARGAS, que es “menester evitar el laberinto dicotómico” y las “exageraciones dogmáticas generatrices de inequidades e injusticias” cuando se está ante casos de la vida real donde está en juego el equilibrio económico de las personas.

Continuando con la reseña, es importante hacer mención al trabajo del profesor JORGE SANTOS BALLESTEROS. En su estudio sobre la responsabilidad civil no se refiere

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 459.

ampliamente al tema de la prohibición de optar o acumular responsabilidades y se limita a exponer brevemente las diferentes posturas en relación con el tema; sin embargo, al final del breve capítulo cierra con una cita de DÍEZ-PICAZO que deja entrever una posible opinión en torno al problema, la cita es la siguiente:

“La única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso de la regla *iura novit curia...*”¹⁰¹

Finalmente, es importante traer a colación lo señalado por el profesor OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA en relación con la prohibición de optar y acumular por una u otra responsabilidad y el papel del juez a la luz de la Constitución Política de 1991. En su estudio sobre la responsabilidad civil señaló al respecto que:

“Por la naturaleza del proceso civil, nuestra legislación le exige al juez que la sentencia sea congruente con las pretensiones de la demanda y los hechos, de modo que si se invocare una pretensión de condena con fundamento en una responsabilidad contractual y en el proceso no resultaren probados todos sus supuestos, el juez ha de absolver al demandado, así se acrediten los supuestos de una responsabilidad aquiliana si esta no ha sido invocada como pretensión dentro de la demanda. No obstante es importante advertir que a la luz de nuestra Constitución (art. 228), que establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, los jueces

¹⁰¹SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 247.

deben evitar en la medida de lo posible desechar las pretensiones de reparación por sujetarse a rigorismos civilistas de corte decimonónico. El artículo 228 de la Constitución Política que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal cumplen un papel muy importante en la aplicación de la responsabilidad civil y en muchos casos permitirá al juez interpretar la demanda y corregir errores de derecho que planteen las partes al no invocar la acción civil de responsabilidad en que fundan sus pretensiones resarcitorias.”¹⁰²

8) DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo se hará una breve referencia a las experiencias internacionales en relación con el tema que nos ocupa. En ese sentido examinaremos el proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial en Argentina, así como la regulación de la responsabilidad civil en Costa Rica, la postura de la doctrina en España y cómo se ha manejado en Italia y Francia.

Ahora bien, consideramos que un capítulo haciendo referencia al derecho comparado permite ubicar el estado de las cosas en relación con las nuevas tendencias de la responsabilidad civil en los diferentes ordenamientos jurídicos, y de igual manera sirve de referente a tener en cuenta para el caso colombiano. No obstante, el propósito no es hacer una comparación internacional extensa de los diversos ordenamientos jurídicos, sino más bien, citar los principales avances en relación con el proceso de unificación en materia de responsabilidad civil que están desarrollando e implementando algunos países.

Ahora bien, señala GENEVIEVE VINEY, en relación con las tendencias internacionales sobre la opción de optar por uno u otro régimen de responsabilidad, que países como Alemania, Suiza,

¹⁰² VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, “Responsabilidad civil extracontractual”, Universidad de la Sabana, Colombia, 2009, p. 75, 77 y 78.

Italia Grecia y Japón ya han aceptado dicha posibilidad¹⁰³. Igualmente menciona, con relación a los países del *common law* que “No es que esta posición sea afirmada oficialmente como principio, pero prácticamente en Inglaterra como Estados Unidos y en todos los países que han adoptado la *common law*, la víctima tiene siempre la posibilidad de colocarse en el terreno que le sea más favorable.”¹⁰⁴. De igual forma, indica que los otros países de tradición greco-romana tienen, en la mayoría de los casos, una posición vacilante frente al tema.

8.1) Argentina

Recientemente se radicó y aprobó, en el Congreso de la República de Argentina, un proyecto de unificación de los regímenes de responsabilidad civil. Se trata del proyecto de código civil y comercial unificado¹⁰⁵, el cual propone un tratamiento unido para la responsabilidad civil, no obstante, conservando algunas diferencias y particularidades propias de la responsabilidad contractual. Ahora bien, dicha unificación constituye un avance en la materia dado que muchos ordenamientos jurídicos herederos a la tradición continental y que han asimilado los elementos del derecho romano, por ejemplo Colombia, no tienen un régimen de responsabilidad civil unificado.

El Código Civil anterior, vigente en Argentina hasta el momento de sanción del nuevo código “encara separadamente la regulación de la obligación de reparar según que ella tenga por causa el incumplimiento de una obligación o la violación del deber general de no dañar (...). La existencia de esta regulación dual da lugar a dos formas distintas de interpretar las relaciones recíprocas

¹⁰³ VINEY, Genevieve. “Tratado de Derecho Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 474

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2012, p. 33.

entre ambas responsabilidades.”¹⁰⁶. Ahora, en lo que innova el código unificado, frente a esta antigua concepción es cambiar el eje del sistema “de la culpa al daño, y de la finalidad de castigar al ofensor a la de resarcir a la víctima de todo daño injustamente sufrido.”¹⁰⁷. En ese sentido se puede identificar una novedad en el proyecto de reforma argentino, pues se dejan atrás tradicionales y arraigadas concepciones moralistas de castigar al causante del daño, para enfocarse en el resarcimiento de la víctima. Lo que consagra el nuevo Código Civil y Comercial argentino es que, sin importar cuál es la fuente del deber de reparar el daño, la responsabilidad se rige por las mismas reglas; lo anterior se puede deducir del artículo 1716 de dicho código: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.”¹⁰⁸

8.2) España

El caso español, en relación con la normatividad que regula la responsabilidad civil, es particularmente complejo. El Código Civil español fue expedido en 1889 y, salvo diversas modificaciones, sigue vigente hasta hoy. Señala el profesor YZQUIERDO TOLSADA un problema que de entrada, dificulta la posibilidad de plantear siquiera la unificación de la responsabilidad civil: la dualidad normativa de la responsabilidad extracontractual. Menciona que el daño extracontractual ha sido consagrado, por un lado, en el Código Civil, y por otro, en el Código Penal. El problema de esta doble consagración surge, según el autor, de la mala interpretación que se ha hecho del artículo 1089 del Código Civil de España, el cual consagra lo siguiente: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y

¹⁰⁶Ibídem, p. 37.

¹⁰⁷ Ibídem, p. 39.

¹⁰⁸Congreso de la República de Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires 07 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>, consultado el 19 de agosto de 2014.

omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”¹⁰⁹. Como se ve, señala YZQUIERDO, se diferencia la responsabilidad surgida del ilícito penal (consagrada en el artículo 109 y ss. del Código Penal español) de la responsabilidad surgida de la mera culpa o negligencia civil. Se trata entonces de:

“dos remisiones, una externa y otra interna, que parecen responder, por lo tanto a dos fuentes de obligación civil diferentes: la derivada del ilícito penal, y la derivada del ilícito puramente civil (...) España la dividió en dos textos legales diferentes, cuando lo cierto es que no son en realidad más que una sola. Responsabilidad civil pura y responsabilidad civil derivada del delito son exactamente lo mismo.”¹¹⁰

Ahora bien, dejando de lado las consideraciones puramente normativas, pasa el autor al plano de la doctrina para discutir la posibilidad de que en España se considere la opción o acumulación de responsabilidades. Expone su opinión en contra de tal posibilidad y, luego de citar jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, menciona lo siguiente:

“Yo creo que la teoría de concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas, y de *lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica el que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho.”¹¹¹

No obstante la opinión del profesor YZQUIERDO TOLSADA, que en todo caso debe ser tenida en cuenta pues se trata de uno de los principales doctrinantes de España, no puede ser negada la

¹⁰⁹YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual”, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, p. 57.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 58.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 103.

tendencia doctrinal, jurisprudencial y normativa que últimamente se ha venido produciendo, tanto en Colombia como en el mundo entero, en favor de la unificación de la responsabilidad civil.

8.3) Costa Rica

En la legislación civil de Costa Rica, al igual que en la mayoría de ordenamientos jurídicos de tradición romana, la responsabilidad civil tiene una consagración dual, diferenciando por un lado la responsabilidad civil derivada del contrato y por otro la responsabilidad civil de tipo extracontractual. No obstante, en el Código Civil costarricense la responsabilidad contractual carece de definición y por ello se ha entendido en aquel ordenamiento jurídico que

“el término de responsabilidad contractual no designa únicamente la responsabilidad que deriva de un contrato propiamente dicho, sino que el ámbito de su aplicación es considerablemente mayor. La responsabilidad contractual se refiere a la responsabilidad que se deriva de obligaciones ya constituidas aunque no tengan origen en un contrato (...) en consecuencia, la responsabilidad contractual se deriva de un vínculo o relación jurídica *concreta y preexistente*, cualquiera que sea su fuente.”¹¹²

Lo anterior ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia de Costa Rica cada vez se concentren más en superar las diferencias entre una y otra responsabilidad para avanzar a un plano donde se pueda constituir un régimen unificado. Entre las razones que abogan están: (i) la realidad del daño es la misma en cualquiera de los dos campos; (ii) el lenguaje de la responsabilidad contractual es más propio del incumplimiento que de la responsabilidad y; (iii) en la práctica no siempre es sencillo ubicar un caso en uno u otro régimen de responsabilidad, y de ello depende el

¹¹² RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, “Responsabilidad civil con anotaciones de la jurisprudencia de la sala constitucional y sala primera de la corte suprema de justicia”, Dike, Bogotá, 2001, p. 246.

éxito o fracaso de la demanda.¹¹³ Como se ve, la doctrina y la jurisprudencia en Costa Rica también se acogen a los movimientos actuales tendientes a la unificación de la responsabilidad civil.

8.4) Francia

En Francia el legislador no ha adoptado sistema alguno, existe un vacío normativo al respecto. Por esa falta de regulación normativa ha sido la jurisprudencia la encargada de regular el tema, y es esta fuente de derecho -apoyada en la doctrina- la que consolidó en Francia la regla del *non-cumul* (no acumulación). Esta regla ha generado una doctrina jurisprudencial minuciosa, regla que ha desplazado la discusión de la delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual¹¹⁴.

En Francia se prohíbe la acumulación de responsabilidades, pero esa regla no ha estado exenta de críticas, tratadistas como VINEY o MAZEAUD-TUNC hacen parte de dichas críticas, dicen MAZEAUD-TUNC que en Francia es normal que los jueces se agoten investigando si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual, pasando después ligeramente sobre el fondo del problema¹¹⁵.

8.5) Italia

Al igual que en otros países, no existe en Italia una regulación clara sobre el tema, por esa razón ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de solucionar el tema, pero la diferencia con

¹¹³ *Ibidem*, p. 247.

¹¹⁴ TRIGO REPRESAS, Felix Alberto – LOPEZ MESA, Marcelo. “Tratado de Responsabilidad Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 76.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

otros países es que en Italia se consolidó –ayudada con la expedición del nuevo código- la teoría de la opción o cúmulo de responsabilidades¹¹⁶.

En Italia pueden concurrir ambas responsabilidades cuando un único comportamiento del mismo autor, y por ende un evento dañino, lesionan a la persona no solo por el incumplimiento de una obligación, sino también cuando no se está frente a obligación alguna. Debe aclararse que dicho principio del cúmulo tiene sus excepciones, que han sido desarrolladas en el código civil italiano y por jurisprudencia¹¹⁷.

9) RÉGIMEN ÚNICO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Ya hemos visto en qué consisten ambos regímenes de responsabilidad, cuáles son sus diferencias, dónde están consagradas, por qué no pueden acumularse, qué es la *causa petendi* y su relación con el tema, qué ha dicho la jurisprudencia, la doctrina y cómo se ha manejado esto en otros países. Ahora pretendemos con base en los elementos analizados, determinar si procede la creación de un régimen único de responsabilidad civil donde se respete la fuerza vinculante del contrato, y de encontrarnos con la posibilidad de crear dicho régimen, analizar cómo lo implementaríamos en Colombia.

La posibilidad de crear un régimen único de responsabilidad civil sin que afecte la fuerza vinculante del contrato está determinado por la *causa petendi*. Lo que buscamos es la creación de un régimen único con diferentes sub regímenes, un sub régimen en el cual su origen sea por el incumplimiento de un contrato, otro sub régimen cuyo origen sea el hecho dañoso imputable a un tercero y los demás sub regímenes autónomos que existan o puedan llegar a existir.

¹¹⁶Ibídem, p. 85.

¹¹⁷Ibídem, p. 86.

9.1) Análisis sobre la normatividad vigente

La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual se encuentran reguladas en el Código Civil, pero se encuentran en diferentes títulos. Mientras que la responsabilidad contractual se encuentra en el título XII del libro cuarto del Código Civil, la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el título XXXIV del Código Civil.

El título XII contiene dieciséis artículos, los cuales van desde el artículo 1602 hasta el artículo 1617. De la lectura de estos artículos podemos concluir dos cosas. Primero, en este título se hace referencia a la responsabilidad contractual y los efectos que genera este tipo de responsabilidad, los artículos en cuestión hacen referencia a las partes del contrato, al contrato, a su forma de ejecutarse, a la obligación, a la mora y a los efectos de incumplir la obligación pactada. Estos artículos no se salen de la esfera contractual, no hacen referencia a la responsabilidad extracontractual. Segundo, en lo que nos interesa para los efectos de este trabajo de grado, no encontramos norma alguna que prohíba la creación de un régimen único, sólo encontramos la importancia que tiene el contrato en el ordenamiento colombiano, tanto así que el código en su artículo 1602 dice que es ley para las partes. Por ende lo que se busca es el respeto al contrato, pero nada impide que se trate como un sub régimen de un régimen único de responsabilidad civil, ya que se sigue respetando la fuerza vinculante del contrato.

El título XXXIV del Código Civil regula el tema extracontractual y se compone de veinte artículos, inicia con el artículo 2341 y finaliza con el artículo 2360. El artículo 2341 consagra el principio general de la responsabilidad civil extracontractual, los artículos siguientes desarrollan los diferentes supuestos de la responsabilidad extracontractual y sus efectos. Encontramos igualmente que no hay norma alguna que prohíba la creación de un régimen único de

responsabilidad, pues acá no se hace referencia al contrato, pero del principio general de la responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 2341 podemos apreciar que cabrían supuestos de responsabilidad contractual, como lo mencionamos en la parte 3.1 de este documento.

En materia procedimental, tampoco existe norma que prohíba la creación de un régimen único de responsabilidad civil. El artículo 88 del Código General del Proceso se refiere a la acumulación de pretensiones, en el cual se establece que el demandante puede acumular en una misma demanda varias pretensiones, no necesitan ser conexas y deben reunir tres requisitos, que el juez sea competente para conocerlas, salvo la cuantía; que no se excluyan entre ellas, si se excluyen deben proponerse como principales y subsidiarias; y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

En el caso de la responsabilidad civil no puede pedirse ambos tipos de responsabilidad como pretensiones principales, podrían proponerse una como principal, otra como subsidiaria, pero esto dependerá de la técnica jurídica del demandante y consideramos que no resuelve el inconveniente debido a que muchos demandantes se equivocan en la forma de la demanda y la solución se le estaría pidiendo al demandante, no al juez o al ordenamiento jurídico.

9.1.1) Conflicto normativo

El problema de crear un régimen único sin dividirlo en sub regímenes es que se acogería al postulado del artículo 2341 y la responsabilidad extracontractual absorbería la responsabilidad contractual debido al carácter limitado de esta última. El gran problema que esto trae es que se perdería la fuerza vinculante del contrato y se entraría en conflicto con el artículo 1602 del Código Civil el cual establece que el contrato es ley para las partes. Además supondría una

violación al principio de la autonomía de la voluntad privada, la cual ha sido definida “como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”.¹¹⁸

En efecto, si se aplica de manera general el artículo 2341 del código civil, se podrían desconocer los pactos entre las partes. Pongamos un ejemplo, supongamos que Pedro y Juan celebran un contrato de compraventa, en el cual se pacta una cláusula penal por el incumplimiento de alguna de las partes. Juan siendo el comprador no le entrega a Pedro la suma de dinero pactada, incumpliendo el contrato y, Pedro conociendo de la cláusula penal y estimándola demasiado baja decide aplicar el artículo 2341 del Código Civil para obtener una indemnización mayor. Así se viola el artículo 1602 ya que el contrato deja de ser ley para las partes, y a la vez se viola el principio de la autonomía de la voluntad privada, ya que Pedro decide no respetar el pacto que tenía con Juan, para regirse por otra disposición, quitándole fuerza vinculante al pacto hecho entre ellos.

9.1.2) Estatuto del Consumidor

La ley 1480 del 2011 contiene el actual Estatuto del Consumidor, la cual busca proteger los derechos de los consumidores, amparar su dignidad y sus intereses económicos. El artículo 2º de ésta ley referente a su objeto, nos dice que “Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de

¹¹⁸Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1194 del 3 de Diciembre de 2008, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados”. El mencionado Estatuto contiene normas referentes a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor, que son muy interesantes para nuestro estudio.

El artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 establece la responsabilidad por productos defectuosos de la siguiente manera: “El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto”. De lo anterior podemos concluir que la responsabilidad por productos defectuosos es independiente del vínculo contractual, pues lo que consagra es una acción de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y es el demandante quien escoge si demanda al productor o al expendedor. El demandante tiene un vínculo jurídico preexistente con el expendedor, pero no lo tiene con el productor, por lo que consideramos que acá no hay una división entre responsabilidad contractual y extracontractual. Solamente le basta al demandante probar los elementos para que surja la obligación resarcitoria, pues así lo establece el artículo 21 de la ley: “Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”. Nos encontramos frente a un tipo de responsabilidad que no distingue entre el ámbito contractual y extracontractual, pues no interesa el origen del daño, sino solamente que haya un defecto en el bien, un daño y el nexo causal entre estos. Se desdibuja la diferencia entre contractual y extracontractual, llegando a ser irrelevantes.

Si en este Estatuto se crea un régimen especial de responsabilidad, que no es contractual ni extracontractual, por qué no intentar ir más allá y buscar crear un régimen único de responsabilidad civil. Este régimen especial sobre productos defectuosos, se consideraría un sub régimen, ya que si se acepta que el hecho dañoso es una misma *causa petendi*, y se requieren los mismos elementos para la declaratoria de responsabilidad, podríamos hablar de un régimen único, con diferentes sub regímenes, en las que se consagran las particularidades propias del mismo, como los que se contemplan en el Estatuto en mención.

9.2) Creación del régimen único de responsabilidad civil

Para analizar la posibilidad de crear el régimen único de responsabilidad civil vamos a estudiar la situación actual del problema, para después determinar si el problema le pertenece al juez o al demandante y qué tiene que ver la *causa petendi* con ese problema, después vamos a explicar cómo sería el régimen nuevo, su conveniencia y qué debe hacerse para que se adopte.

9.2.1) Situación actual

En la actualidad, como se puede evidenciar con el recuento realizado previamente, no existe norma jurídica expresa donde se prohíba la existencia de un régimen único de responsabilidad civil, según nuestra concepción. Existen sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en los que podemos evidenciar –por regla general- una falta de claridad sobre el tema, donde la Corte mezcla el problema del ejercicio de la acción hereditaria y la acción personal con el problema de opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Sólo en unos pocos fallos la Corte ha tratado el problema de manera aceptable¹¹⁹.

¹¹⁹TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo I, 2007, p. 180.

Las diferencias que hoy existen entre ambos regímenes son claras, puede que sean accesorias, pero ellas están consagradas en normas jurídicas. Ya vimos que suprimir la responsabilidad contractual generaría una pérdida en la fuerza vinculante del contrato y violaría el principio de autonomía de la voluntad, además de esto, en algunas de sus diferencias accesorias se generaría un problema práctico, supongamos que se pacta una obligación de resultado, cuya consecuencia probatoria es la de la culpa presunta, pero si se elimina esa diferencia desde el punto de vista extracontractual puede ser culpa probada dependiendo del caso.

El problema es práctico y no lógico, ya que el legislador podría suprimir las diferencias entre ambos regímenes, eliminando así la prohibición de opción, pero existe otra solución al problema en el que estamos, pues como se ha insistido no necesariamente se deben suprimir las diferencias, basta con tener un régimen único con distintos sub regímenes, lo cual será desarrollado más adelante.

9.2.2) ¿El problema es del juez o del demandante?

Cuando la víctima va a presentar su demanda, tiene la vía contractual o la vía extracontractual, dependiendo del origen del daño. Como vimos anteriormente se genera un problema cuando la víctima no sabe cuál es el camino indicado o si demanda por la vía contractual siendo extracontractual y viceversa. Vale la pena citar un caso real, interesante para efectos de este escrito, ocurrido en Medellín, una persona ebria se sube a un vehículo de transporte público, el conductor se niega a dejarlo pasar debido al estado de embriaguez en el que se encuentra la persona, el pasajero se niega a bajarse del vehículo y el conductor pone en marcha el vehículo. La puerta del vehículo se abre, la persona se cae, se golpea su cabeza contra el pavimento y muere. Los familiares de la víctima buscan demandar, pero fue tal la falta de claridad en el asunto –sobre

si se trataba de un asunto contractual o uno extracontractual- que las partes y los distintos jueces de instancia entraron en una discusión sobre la naturaleza del daño, cada uno con distintas posiciones. La solución a ese caso dependía de la naturaleza de la acción, y de esa solución también dependía el reconocimiento o no de una indemnización¹²⁰.

La jurisprudencia colombiana ha producido una cantidad de errores, que conllevan a injusticias para la víctima y sus familiares, esas injusticias se han cometido debido la prohibición de acumular las dos responsabilidades, o argumentando que la acción no era la indicada para el caso¹²¹.

Por ende surge la pregunta de si el problema es del juez o es del demandante, de si es el juez el que debe aplicar el derecho aunque el demandante se haya equivocado, o si es el demandante el que debe invocar la acción correcta y el juez se limita a tomar una decisión condenatoria o absolutoria, según la acción que el demandante le haya formulado.

La respuesta a este interrogante depende de la adopción de una de las dos teorías sobre la *causa petendi* que expusimos anteriormente, en materia de responsabilidad civil. De la teoría de pluralidad de causas podemos concluir que el problema le pertenece al demandante, si el demandante ejerce la acción contractual, siendo un caso de responsabilidad extracontractual, el juez no puede condenar, estaría fallando extra petita, debido a que cada responsabilidad constituye una causa petendi distinta¹²².

Si se adopta la teoría de unidad de causas, se puede concluir que es al juez al que le pertenece el problema, ya que acá el juez debe tener un papel más activo, debe aplicar la responsabilidad

¹²⁰Ibídem, p.146.

¹²¹Ibídem.

¹²²Ibídem, p. 147.

adecuada, independiente de si el demandante se equivoca en la responsabilidad invocada. La *causa petendi* es una para todo tipo de responsabilidad, es el hecho dañoso y no importa su denominación jurídica, entonces si se demanda extracontractual siendo contractual, no habría ningún problema, el juez debe aplicar el derecho correcto y no estaría actuando extra petita ya que es una misma *causa petendi*¹²³.

9.2.3) Régimen único de responsabilidad civil y la teoría de identidad de causas

Para crear el régimen único de responsabilidad civil en Colombia, primero se debe adoptar la teoría de la identidad de causas. Ya estudiamos en qué consiste, con base en esta teoría afirmamos que la causa es el derecho que ha sido violado, es uno sólo y ese derecho que ha sido violado es el que engendra el derecho de acción de la víctima. Lo que importa acá es el derecho violado, el cual siempre es el mismo, sin importar la manera en que lo haya trasgredido el agresor, sea porque causó un daño debido al incumplimiento de un vínculo jurídico preexistente o porque el daño fue causado por fuera de la esfera contractual.

En Colombia la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil la ha adoptado en unas ocasiones, pero no ha existido claridad en la materia, ya que esa corporación ha variado sus planteamientos en múltiples ocasiones y no se le ha dado la profundidad que este tema requiere.

Si aceptamos que la causa es la misma en el régimen contractual y en el extracontractual, o en cualquier otro régimen autónomo de responsabilidad podemos crear un régimen único de responsabilidad civil que respete la fuerza vinculante del vínculo jurídico preexistente.

Este régimen tendrá como origen el daño, sin importar su fuente, no interesa si es por un daño que le hizo un tercero a otro o si fue un daño que le hizo una parte de un contrato a otra por su

¹²³Ibídem.

incumplimiento, la fuente siempre va a ser el daño per se. La fuente va a ser el daño debido a que el daño es uno de los presupuestos fundamentales para que exista la responsabilidad civil, sin daño no hay responsabilidad civil. Debido a que la causa es una, el derecho violado es uno, entonces el daño que se genera es uno.

El régimen propuesto tendrá distintos sub regímenes cada uno con sus propias características, pero lo que todos los sub regímenes tendrán en común es la causa y los elementos de la responsabilidad. Por eso podemos hablar de un régimen único con distintos sub regímenes, ya que todos estos sub regímenes van a hacer parte de un régimen mayor, el cual contempla la posibilidad de integrar en sub regímenes cualquier supuesto de responsabilidad civil –sea contractual, extracontractual o por productos defectuosos- debido a que todos van a tener la misma causa petendi y los mismos elementos de la responsabilidad.

Lo que importa acá es el hecho jurídico que genera la violación del derecho, si en la demanda se cita un hecho jurídico que genera la violación de un derecho, existe unidad de causa. En el régimen propuesto el actor demanda la responsabilidad civil del responsable, cita uno de los sub regímenes propuestos y, debido a que existe unidad de causa, no importa si se equivoca en el derecho invocado, el juez aplica la norma correcta al caso.

Debemos distinguir entre fundamento de hecho y fundamento de derecho, pues son dos concepciones totalmente diferentes. El fundamento de hecho debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez, mientras que el fundamento de derecho solamente requiere ser enunciado por el demandante y el juez tiene el deber de aplicar el derecho indicado al caso

concreto. Entonces para que la pretensión del demandante prospere, es suficiente que el juez encuentre que entre los fundamentos de hecho y las normas jurídicas exista una conformidad¹²⁴.

9.2.4) El respeto a la fuerza vinculante del vínculo jurídico preexistente

Ahora nos ocupamos de la segunda parte de nuestra hipótesis, que con la creación de este régimen único, se respete la fuerza vinculante del contrato. Bastantes debates se han dado alrededor de unificar la responsabilidad civil, pues como se indicó de manera previa, hay quienes sostienen que al unificarla, la responsabilidad extracontractual absorbería la contractual y se teme que el contrato pierda su fuerza vinculante. GENEVIÉVE VINEY expresa así lo anterior “En el caso en donde la aplicación del régimen extracontractual a las acciones en responsabilidad fundadas en la inobservancia entre contratantes de una obligación contractual tendría por efecto alterar el contenido mismo de las obligaciones contractuales, y el principio de la fuerza obligatoria del contrato estaría directamente cuestionado¹²⁵”. Por ende buscamos la creación de este régimen único de responsabilidad civil, que respete el contenido del contrato, que respete su fuerza vinculante.

Para que se respete la fuerza vinculante del contrato, dentro del régimen único vamos a integrar un sub régimen que respete al contrato, manteniendo las particularidades de lo contractual consagradas en el título doce del libro cuarto del Código Civil, pero se va a integrar como una parte del régimen único.

Así podemos asegurarnos de que con la creación del régimen único no se va a irrespetar la fuerza vinculante del contrato pues, se van a mantener sus características pero integradas en un solo régimen.

¹²⁴DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil” Aguilar, 1966, p.219.

¹²⁵VINEY, Genevieve. “Tratado de Derecho Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 475.

9.2.5) Conveniencia de la creación del régimen único de responsabilidad civil

Ya analizamos la posibilidad de crear este régimen, vimos que es realizable y también concluimos que su creación no implica el desconocimiento de la fuerza vinculante del contrato, ahora vamos a analizar qué tan conveniente es crear este régimen.

A) Punto de vista práctico

La creación de este régimen soluciona el problema de la presentación de la demanda, en los casos en que el demandante se encuentra con dos caminos para demandar, el contractual o extracontractual. Ya vimos la cantidad de problemas que puede tener el demandante si encamina de una manera inadecuada su demanda, puede quedarse sin reparación alguna aunque pruebe los tres elementos de la responsabilidad civil.

Este régimen único elimina ese problema que tiene el demandante, ya que sólo debe interponer la demanda de responsabilidad civil contra el presunto obligado, invocando un sub régimen. Si escoge el sub régimen equivocado no habría problema, pues siempre y cuando demuestre el daño, la culpa y el nexo, el juez debe aplicar el derecho correspondiente a los hechos.

B) La prohibición de opción y el nuevo régimen

Con este régimen único se solucionará en un muy alto porcentaje el problema que genera la prohibición de opción. El problema de la prohibición de opción hoy en día le pertenece al demandante, ya que debe escoger entre una u otra responsabilidad, no puede escoger la que quiera, ya que si lo hace y escoge la equivocada, sus pretensiones no están llamadas a prosperar. Pero con la creación del régimen único de responsabilidad civil, esto deja de ser un problema para el demandante.

Este problema de la prohibición de acumular ambas responsabilidades deja de tener relevancia para el demandante, si bien invoca un sub régimen puede equivocarse al hacerlo, ya no tendrá el problema de la prohibición de opción. Al demandante se le aplicará el sub régimen que concuerde con los hechos y se le aplicarán los efectos del sub régimen que le corresponda.

C) Reparación de la víctima

Sucede muchas veces que la víctima se queda sin su indemnización aún después de probar los elementos de la responsabilidad civil, debido a que la víctima escoge el régimen equivocado en su demanda y por ende sus pretensiones no prosperan. Con la creación de un régimen único de responsabilidad civil, este problema que ha existido desde hace bastante y que genera una cantidad de injusticias, desaparecerá.

Hemos citado ejemplos donde la víctima sufre un daño, demanda, en el proceso prueba el daño, la culpa y el nexo, y la víctima queda sin reparación alguna, mientras al agresor no le pasa nada, sale absuelto por el mero hecho de la equivocación en la demanda. La víctima puede volver a presentar la demanda por la vía adecuada, pero puede suceder –y sucede- que le prescribe el derecho a la víctima debido a que los términos para uno y otro régimen son diferentes, y así no existe posibilidad que la víctima obtenga reparación y los hechos quedan probados, pero no hay condena.

Si bien es cierto que el demandante debe tener diligencia en su demanda, no tiene mayores consecuencias el hecho de equivocarse a la hora de invocar el sub régimen, debido a que siendo un único régimen, con igual *causa petendi*, que integra tanto los supuestos contractuales y extracontractuales, es el juez el que debe aplicar el sub régimen correspondiente.

D) Se respeta la fuerza vinculante del contrato

El principal problema que se encuentra a la hora de unificar la responsabilidad civil es el temor a que el contrato pierda su fuerza vinculante, el contrato crea obligaciones entre las partes las cuales la ley no prevé. El artículo 2341 del Código Civil consagra la responsabilidad extracontractual, el contrato puede imponer a la otra parte ciertas obligaciones que la ley no consagra, las cuales el sujeto activo no podría hacer valer si el contrato perdiera su fuerza vinculante.

Insistimos que con la creación de este régimen, basado en la teoría de identidad de causas, podemos integrar los diferentes supuestos de responsabilidad civil en un único régimen. Uno de esos supuestos de responsabilidad es la que surge debido a un daño ocasionado por la inobservancia de las obligaciones contractuales, el cual hace parte de un sub régimen dentro del régimen único de responsabilidad civil respetando la fuerza vinculante del contrato.

E) Solución a la rigidez dualista

La distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ha sido presentada como una *summa divisio* del derecho de la responsabilidad, y en ese sentido se ha aceptado que todo supuesto de responsabilidad debe entrar en la esfera contractual o la esfera extracontractual. La doctrina tradicional no ha considerado la existencia de regímenes especiales de responsabilidad civil. La distinción entre ambos regímenes ha influido de tal manera el razonamiento de los juristas, que se han creído obligados a someter a uno de estos regímenes de responsabilidad cualquier caso que se presente. Sin embargo la rigurosidad del régimen dualista que hoy profesa la mayoría de la doctrina, desconoce la realidad de los hechos, ya que ciertos casos los vinculan de manera artificial a alguno de los dos regímenes¹²⁶.

¹²⁶VINEY, Genevieve. “Tratado de Derecho Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 515-516.

El Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011, en lo referente a la responsabilidad por productos defectuosos es un régimen especial de responsabilidad civil, donde la distinción entre lo contractual y lo extracontractual dejan de tener relevancia, pues no encaja en alguno de los dos regímenes. Con la creación del régimen único de responsabilidad civil, la responsabilidad por productos defectuosos hace parte de ese régimen como un sub régimen autónomo.

GENEVIÉVE VINEY propone la creación de un régimen autónomo de responsabilidad profesional. Argumenta que los daños que le cause un profesional a su cliente, también pueden generarle daños a un tercero extraño al contrato y, la solución actual a ese problema es que el cliente demande por la vía contractual y el tercero por la vía extracontractual. Dice lo siguiente “Nos parece entonces necesario no dejarse encerrar en un falso dilema que puede conducir sino a soluciones anticuadas. Nada impone en realidad someter las responsabilidades profesionales en bloque, o a un estatuto contractual o a un estatuto extracontractual. Lo que conviene hacer, es crear un régimen autónomo adaptado a las diferentes actividades consideradas”¹²⁷. De existir este régimen autónomo, también cabría en el régimen único propuesto.

De lo anterior podemos concluir que en el régimen único caben los supuestos de responsabilidad civil. Además queda atrás la rigidez dualista que ha existido en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho es dinámico, va cambiando con los cambios de la sociedad, van a surgir nuevos supuestos de responsabilidad y todos los vamos a poder integrar en este régimen único, sin tener que enmarcarlos en lo contractual o extracontractual.

¹²⁷Ibídem, p. 524.

F) La tendencia es hacia la unificación

Hoy en día la responsabilidad civil tiene una tendencia hacia la unicidad, gran parte de la doctrina lo manifiesta, ya las diferencias existentes entre el régimen contractual y el régimen extracontractual han ido desapareciendo y, han surgido regímenes autónomos de responsabilidad civil tanto a nivel local como a nivel internacional. En Europa encontramos la Directiva del 25 de Julio de 1985, referente a la responsabilidad de fabricantes y productores por productos defectuosos, que se aplica a todas las víctimas sean o no contratantes, también ésta la Ley del 5 de Julio de 1985 referente a los accidentes de tránsito, donde los beneficiarios de una indemnización son todas las víctimas de un accidente de tránsito, independientemente de si existió o no contrato¹²⁸.

Es una realidad que la responsabilidad contractual y extracontractual están cada vez más cerca, al respecto PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA afirma lo siguiente “Sin entrar a discernir entre las tesis que plantean una nítida e insalvable distinción entre esas 2 especies de responsabilidad y aquellas que sin encontrar escollos valederos por el contrario las unifican en un único régimen y pasando por una variada e interesante gama de teorías eclécticas, se decía a ese examen que lo cierto es que en algunas determinaciones de la Corte las fronteras entre esas dos instituciones se tornan cada vez más sutiles¹²⁹”. Esta realidad debemos afrontarla, la dualidad de regímenes es un tema que ha generado bastantes problemas, por eso la tendencia actual a la unicidad. No podemos ser ajenos a este problema, y nuestra propuesta está enfocada a solucionarlo, pero de una manera que respete la fuerza vinculante del contrato y con la propuesta formulada se puede lograr.

¹²⁸Ibídem, p. 525.

¹²⁹MUNAR CADENA, Pedro Octavio, “Aspectos modernos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia”, p. 311, en: ECHEVERRI URUBURU, Álvaro, “Responsabilidad civil y negocio jurídico, tendencias del derecho contemporáneo”, Ibáñez, Bogotá, 2011.

G) El artículo 228 de la Constitución Política

El artículo 228 de la Constitución Política consagra el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, establece lo siguiente “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. Según este principio los jueces deben evitar, no concederle las pretensiones a la víctima por sujetarse a rigorismos civilistas¹³⁰.

Con la creación del régimen único de responsabilidad civil se le está dando cumplimiento a este artículo constitucional, pues hoy en día el juez desecha pretensiones por el hecho de un error procesal, el de invocar el régimen equivocado de responsabilidad, así se le está dando una prevalencia al procedimiento. Pero el nuevo régimen propuesto elimina esto, ya que la víctima puede equivocarse en el sub régimen que invoque, el juez debe aplicar el correcto, entonces dejamos de un lado lo procesal y nos enfocamos en lo sustancial, que es lo que realmente importa.

9.3) Propuesta normativa

Para la adopción del nuevo régimen se necesita una ley que lo cree, el tema ha sido discutido a nivel jurisprudencial y a nivel doctrinal, ya vimos que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil se ha referido al tema, pero no de la manera que este problema necesita ser tratado. No existe en Colombia una certeza sobre qué teoría debe aplicarse en lo referente a la

¹³⁰VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2013, p. 84.

causa petendi, encontramos sentencias que adoptan una y otra posición sin llegar a profundizar o a sentar un verdadero precedente judicial. La falta de claridad a nivel normativo en el tema se presta para que existan en la doctrina y en la jurisprudencia posiciones encontradas.

Por lo anterior consideramos necesaria la creación de una norma jurídica en la cual se establezcan los elementos sustanciales del nuevo régimen.

Proponemos en ese sentido que la consagración normativa adopte de manera clara la teoría de la unidad de causa que ya revisamos, estableciendo los elementos generales del régimen único de responsabilidad civil. Ese régimen va a estar integrado por distintos sub regímenes –el contractual, extracontractual y por productos defectuosos- y debido a que pueden surgir nuevos tipos de sub regímenes de responsabilidad civil, como el que propone GENEVIEVE VINEY, estos posibles sub regímenes también integrarán el régimen único.

Debe clarificarse que la fuente de la responsabilidad es el hecho jurídico que genera la violación del derecho, donde la causa es una, el derecho violado es uno y el daño que se genera es uno, por lo que todo evento de responsabilidad civil tendrá una misma *causa petendi*.

Igualmente debe ser expresa la obligación del juez de aplicar el sub régimen que sea el adecuado para el caso, así se equivoque el demandante en su formulación.

También va a establecer que cada sub régimen conservará sus elementos particulares, así respetamos la autonomía del contrato, su fuerza vinculante y creamos un nuevo régimen que no entre en conflicto con la normatividad vigente.

Finalmente se necesita un artículo donde se establezca que si un hecho realizado por una persona a otra contiene un daño, se ha cometido de manera culpable y existe un nexo causal entre los anteriores, ese hecho encaja dentro del régimen único de responsabilidad civil.

Con la promulgación de ésta ley y la creación de esos artículos claves, vamos a tener un régimen único que respete la fuerza vinculante del contrato, donde va a quedar claro en qué consiste el régimen que propusimos en este trabajo de grado y podrá aplicarse sin que desfigure la normatividad vigente.

10) Conclusiones

En Colombia la existencia de la dualidad de regímenes de responsabilidad civil -contractual y extracontractual- ha generado bastantes problemas prácticos y discusiones teóricas, ya que dependiendo del origen del daño se opta por una o por otra responsabilidad, puesto que no pueden acumularse, en virtud de la prohibición de opción.

Se ha intentado solucionar de diversas maneras los problemas causados por la dualidad, mediante la defensa de la teoría de la unificación, o de teorías eclécticas. Pero de lo analizado podemos concluir que la unificación no puede ser total, pues además de las diferencias particulares de lo contractual y lo extracontractual, el verdadero problema se deriva de la existencia del principio de autonomía de las partes y de la posible pérdida de la fuerza vinculante del contrato.

Nos encargamos entonces de buscar la manera de crear un régimen único de responsabilidad civil en el que se respete el principio de autonomía de las partes y la fuerza vinculante del contrato.

Basándonos en la *causa petendi* y estudiando sus distintas teorías, encontramos que con la teoría de la identidad de la causa podemos crear el régimen único de responsabilidad civil sin que el contrato pierda su fuerza vinculante.

Con una identidad de la causa podemos integrar los supuestos de responsabilidad civil en un único régimen con diferentes sub regímenes, uno de esos sub regímenes es el contractual, que hará parte del régimen único. Esos sub regímenes van a mantener sus particularidades y si el demandante se equivoca invocando un sub régimen en particular, va a ser el juez el que deba aplicar el sub régimen indicado, ya que tienen una *causa petendi* igual.

Sin embargo, para su aplicación, consideramos necesario crear una ley donde se plasmen las ideas que fueron desarrolladas en este trabajo y adoptar los puntos fundamentales del régimen único analizado de manera precedente.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo - SOMARRIVA, Manuel – VODANOVIC, Antonio, “Tratado de Derecho Civil”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

AUBERT, Jean-Luc, “Introducción al derecho”, Presses Universidad de Francia, Paris, 1979.

BERNAL PULIDO, Carlos – FABRA ZAMORA, Jorge, “La filosofía de la responsabilidad civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la responsabilidad civil”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993.

CABRERA CANO, Jessica, “La determinación contractual o extracontractual del daño y el principio de prohibición de acumulación en el proceso civil colombiano Colombia”, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2009.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1194 del 3 de Diciembre de 2008, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1008 del 9 de Diciembre de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-851 del 28 de Octubre de 2010, MP: Humberto Sierra Porto.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de noviembre de 1938.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Marzo de 1940.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de febrero de 1942.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de Marzo de 1942.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Febrero de 1952.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), Sentencia del 6 de Junio de 1952.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de abril de 1954.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de Octubre de 1959.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de Agosto de 1985.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de Abril de 1993.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de abril de 1997.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de Febrero de 1999.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de octubre de 2001.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de agosto de 2002.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de Septiembre de 2002.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de Julio de 2008.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de Febrero de 2009.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de mayo de 2014

Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, Sentencia No 122 del 15 de Julio de 1992.

Congreso de la República de Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires 07 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>, consultado el 19 de agosto de 2014.

DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil”, Civitas, Madrid, 1995.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil” Aguilar, 1966.

ECHEVERRI URUBURU, Álvaro, “Responsabilidad civil y negocio jurídico, tendencias del derecho contemporáneo”, Ibáñez, Bogotá, 2011.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, “El renacimiento de la cultura jurídica”, Temis y Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2004.

LE TOURNEAU, Philippe- CADIET, Loic, “Droit de la responsabilité”, Dalloz, París, 1998.

LÓPEZ MESA, Marcelo, “Elementos de la Responsabilidad Civil”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto- MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2003.

MAZEAUD, Henri- MAZEAUD, León – TUNC, André, “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual”, Tomo I, Vol I, Buenos Aires, 1977.

MORON BAUTE, María Elisa – RAMIREZ GARCÍA, María Fernanda, “Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil Médica”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad Civil y Contratos”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

NAMÉN VARGAS, William, “El dilema dicotómico de la responsabilidad contractual y extracontractual”, en Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI, Dike, Bogotá, 2009.

PEIRANO FACIO, Jorge, “Responsabilidad Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2007.

PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2012.

RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, “Responsabilidad civil con anotaciones de la jurisprudencia de la sala constitucional y sala primera de la corte suprema de justicia”, Dike, Bogotá, 2001.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, V1, 2012.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “Responsabilidad Civil”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, V2, 2012.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, Tomo I, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de Responsabilidad Civil”, Legis, Bogotá, 2007, Tomo II, 2007.

TRIGO REPRESAS, Felix Alberto – LOPEZ MESA, Marcelo. “Tratado de Responsabilidad Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2011.

TRUJILLO DURÁN, Rafael, “Nociones de Responsabilidad Civil”, Temis, Bogotá, 1957.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio “Responsabilidad Civil Extracontractual”, Temis, Bogotá, 2013.

VINEY, Genevieve. “Tratado de Derecho Civil”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

VISINTI, Giovanna. “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Astrea, Buenos Aires, 1999.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “Sistemas de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual”, Dykinson, Madrid, 2001.