

**LA VIGENCIA DE LA DISTINCION ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL:**

**Trascendencia de la dualidad, problemas de la unificación desde la doctrina
y las nuevas tendencias**

**CAMILA RESTREPO URIBE
SUSANA LONDOÑO TORO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015**

**LA VIGENCIA DE LA DISTINCION ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL:**

**Trascendencia de la dualidad, problemas de la unificación desde la doctrina
y las nuevas tendencias**

**CAMILA RESTREPO URIBE
SUSANA LONDOÑO TORO**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesor: Maximiliano Aramburo Calle

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2015

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, junio de 2015

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	7
1. COMPARACIONES Y CONTRASTES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	9
1.1 DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL	9
1.1.1 La tesis dualista	16
1.2 SIMILITUDES ENTRE LOS DOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL	17
1.2.1 La tesis monista o unidad	18
1.2.2 La tesis de la unicidad	18
1.2.3 La tesis de la unificación.....	20
2. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES, SU CONCEPTO Y ZONAS GRISES	21
2.1 ANÁLISIS GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA.....	21
2.2 CONCEPCIÓN AMPLIA DEL CONCURSO DE RESPONSABILIDADES....	24
2.3 LA CONCURRENCIA DESDE UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA	26
2.4 TESIS DOCTRINALES.....	28
2.4.1 Lo importante es el daño en sí mismo y no la fuente.....	28
2.4.2 Extensión de la responsabilidad contractual al ámbito extracontractual	30
2.5 TEORÍA DE LA ABSORCIÓN	37
2.6 TEORÍA DE LA OPCIÓN O ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES .	41
2.7 TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS.....	48
2.8 VIGENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y AQUILIANA	54
3. POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA.....	63
3.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	63
3.2 CORTE CONSTITUCIONAL	73

4. TRATAMIENTO DE LA PROBLEMATICA EN OTROS PAISES.....	77
4.1 CHILE	78
4.1.1 Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual	81
4.2 ARGENTINA	84
4.3 ESPAÑA.....	89
5. CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN

La doctrina “clásica” sobre la responsabilidad civil, la cual se ve reflejada en la jurisprudencia y la legislación colombiana, ha concebido la figura de la responsabilidad civil como un sistema dual, en donde se debe tratar separadamente los regímenes de la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Actualmente, nuestro sistema jurídico sostiene que las diferencias entre estos dos tipos de responsabilidades son inconciliables; que por ello, no es posible resolver en un mismo cauce procesal temas de responsabilidad civil contractual y extracontractual; y que incluso, la víctima, debe invocar el tipo de responsabilidad que debe ser aplicado durante el proceso para que sus pretensiones prosperen, generando inconvenientes para las víctimas en la búsqueda de la indemnización plena de los daños sufridos.

El sistema actual, si bien protege el “principio” de la no escogencia entre los dos regímenes, lineamiento básico en la teoría de la responsabilidad civil acogida en Colombia, genera grandes problema con respecto a la protección de la víctima y la indemnización plena de sus perjuicios.

Los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual si bien tienen características diferentes y especificidades, cumplen finalidades afines: el resarcimiento de la víctima ante un daño que no está obligado a soportar y preventiva dirigida a la sociedad para no causar daños, entre otras. La equidad y el equilibrio de cargas jurídicas entre todas las personas en un Estado social de derecho como el colombiano deben garantizar la protección de los derechos y bienes jurídicos de las personas. Es por estas razones, y buscando estos propósitos que son comunes a ambas, que se debe estudiar la posibilidad de la

armonización de los dos sistemas y que la víctima pueda reclamar perjuicios de ambas responsabilidades dentro de un mismo cause procesal para así lograr una indemnización plena y una reparación integral de los daños y perjuicios sufridos.

Basados en esta problemática sobre la compatibilidad de estos dos regímenes, durante el desarrollo de este trabajo, analizaremos las diferencias y similitudes entre estos dos tipos de instituciones, para tener una concepción más informada y poder determinar si las diferencias entre los mismos son o no conciliables. Se analizarán las diferentes posiciones doctrinarias que existen sobre la unificación y diferenciación de estas dos instituciones, para luego estudiar la posición adoptada por la jurisprudencia colombiano. Luego realizar el estudio en Colombia, tomaremos como referencia algunos ordenamientos jurídicos de países con una herencia de derecho romano para estudiar cómo estos han tratado esta problemática. Finalmente, concluiremos si es posible o no armonizar estos dos tipos de responsabilidades en aras de proteger a las víctimas y lograr una indemnización plena de los perjuicios ocasionados dentro de un mismo proceso judicial para que, la víctima no se vea obligada a soportar los perjuicios imputables a un tercero.

1. COMPARACIONES Y CONTRASTES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Los dos regímenes de responsabilidad civil existentes tienen diferencias y similitudes, las cuales, son importantes de estudiar a profundidad para entender si sus diferencias son de fondo o simplemente accesorias, o si por el contrario, sus similitudes son más importantes para pregonar así la unidad de responsabilidad. Este análisis, es importante para concluir si es posible lograr la acumulación de dichas pretensiones o si por el contrario, sus diferencias son tan fundamentales que impiden pregonar una tesis en la que sea posible dicha acumulación.

A partir del análisis que a continuación se realiza, podremos encontrar las posiciones doctrinales fundamentales de los conceptos básicos responsabilidad que se acogerán en este trabajo para tratar el tema acá propuesto.

1.1 DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- La fuente de la responsabilidad civil contractual es el vínculo de derecho que preexiste al daño entre el agente responsable y su víctima, es decir, la celebración de un contrato que ha sido incumplido, por lo cual, más que crear una obligación, está más bien encaminada a sancionar el incumplimiento de una obligación preexistente. Algunos autores como MAZEAUD controvierten esta posición sosteniendo que el incumplimiento de la obligación contractual hace surgir una obligación nueva que sustituye la obligación inicial pactada. La tesis acogida en esta oportunidad será la primera puesto que la obligación surgida del incumplimiento contractual, sigue siendo la misma obligación que la surgida del contrato simplemente se modificó su objeto, pero conserva los diferentes pactos, tanto legales como convencionales, que se hayan hecho respecto a la misma; Mientras que, en la responsabilidad extracontractual es la

misma institución de la responsabilidad la que genera el nexo jurídico, es decir la responsabilidad civil extracontractual es una fuente de obligaciones en sí misma¹.

- La víctima, en el marco de la responsabilidad contractual solo podrá reclamar sus perjuicios en el caso en que el deudor de la obligación haya sido constituido en mora; por su parte, por la inexistencia misma de un vínculo anterior entre los mismo sujetos, no es posible que en la responsabilidad civil extracontractual se pueda predicar dicho prerrequisito. Al respecto la Corte Constitucional dice:

3.5. Una de las consecuencias relevantes de la adopción de la tesis dualista, o de unificación, tiene que ver con el alcance de la reparación de los perjuicios inferidos al acreedor. Si se acepta que las dos clases de responsabilidad se pueden analizar a partir de elementos comunes, y por ende resulta admisible un tratamiento unificado, asimilando los efectos de la responsabilidad extracontractual a los de la contractual, el deudor incumplido debería reparar integralmente el perjuicio a su acreedor. Si, por el contrario, se admite la dualidad de efectos, como lo señalan el legislador y la Corte Suprema de Justicia, el pago de la indemnización al acreedor puede estar limitado por la autonomía de la voluntad, y por la naturaleza y alcance de la obligación incumplida².

- Los dos tipos de responsabilidades se diferencian frente al tipo de deberes que generan: mientras que una genera una obligación de resultado (entendiendo que en los contratos las obligaciones de medio exigen igualmente el despliegue efectivo de cierto tipos de conductas en aras de la obtención de un resultado) en la otra solo existe un deber general de comportamiento o de diligencia y cuidado, incluso, frente a los casos de responsabilidad de actividades peligrosas puesto que como se ha visto en las mismas existe una presunción de culpa desvirtuable únicamente con casusa extraña y no una responsabilidad objetiva.

¹ MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Tomo I. p. 116

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- La responsabilidad civil contractual generalmente cuenta con plazos más amplios de prescripción que la responsabilidad extracontractual, siendo así la regla general para la primera la prescripción de diez años (art. 2536 c.c.) salvo normas especiales civiles y mercantiles en ciertos tipos de contratos (vicios ocultos 6 meses y el transporte 2 años). En el caso de la responsabilidad aquiliana, la prescripción es de 3 años para la responsabilidad civil por el hecho ajeno (art. 2358 c.c.), si el ilícito civil es consecuencia del ilícito penal se rige por la prescripción aplicable a la acción penal, en las acciones derivadas de los daños ocasionados por la aeronave en la superficie la prescripción es de 2 años y en la responsabilidad extracontractual del artículo 2341 y 2359 del Código Civil, la prescripción es de 10 años.
- Frente a la capacidad para cometer el ilícito, la responsabilidad civil extracontractual utiliza el concepto de capacidad aquiliana, donde son incapaces de cometer culpa los menores de 10 años y los incapaces mentales absolutos, siendo entonces incapaces de responder por el daño generado; por otro lado, en la responsabilidad civil contractual, por surgir esta del contrato mismo se atiene a los requisitos de validez del negocio jurídico en este tema establecidos, siendo así necesario que el agente sea mayor de 18 años y que tenga plena capacidad mental para que incurra en responsabilidad.
- En la responsabilidad civil contractual no existe un principio general de solidaridad, siendo entonces necesario que el contrato, convención o testamento la establezcan. Diferente es el caso en materia mercantil, en donde se presume la solidaridad de los deudores de una obligación. Por el contrario, en la responsabilidad civil extracontractual, en el art. 2344 se establece la solidaridad para los casos de la responsabilidad dolosa o culposa, dejando por fuera la responsabilidad civil puramente objetiva, sin embargo, se ha establecido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia que cada uno de los deudores o responsables del daño está llamado a pagar la totalidad de los

perjuicios generados a la víctima estableciendo entonces la solidaridad como concepto general de la responsabilidad civil extracontractual.

- Extensión del monto indemnizable, en materia contractual, el art. 1616 del Código Civil dicta que solo tendrá lugar el pago de los perjuicios directos y previsibles siempre y cuando el deudor no haya cometido culpa grave o dolo, puesto que, de haberla cometido, habrá lugar a la indemnización de todos los perjuicios, sean estos previsibles como imprevisibles. Por otro lado, la responsabilidad civil, también hace responsable a los deudores de los daños directamente ocasionados por el agente pero, la víctima, sin importar el grado de culpa con el que obró, podrá cobrar tanto los daños previsibles como los imprevisibles al agente causante del daño, dado que es un principio general en nuestro sistema de responsabilidad la reparación integral del daño extracontractual: *“4.4. De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento (...)”*³.
- Frente al tema de la jurisdicción y la competencia, las acciones de los dos tipos de responsabilidades se pueden intentar ante el juez del domicilio del demandado, pero, adicionalmente, para la responsabilidad contractual, se podría intentar en el juez del lugar de ejecución del contrato, por su parte, la acción de responsabilidad civil extracontractual, se podría interponer en el domicilio en donde ocurrieron los hechos dañosos.
- En la solidaridad en ámbitos contractuales, depende de si el contrato es civil o comercial: En materia civil, se presenta la solidaridad si esta es previamente pactada en el contrato celebrado por las partes, mientras que en materia mercantil, la solidaridad se presume en caso de existir una obligación con

³ Ibíd.

pluralidad de deudores y para prevenir la presunción debe pactarse en contrario. En la responsabilidad aquiliana, el artículo 2344 del Código Civil establece la solidaridad cuando un delito civil es cometido por dos o más personas, sin embargo existen dos excepciones: a) en la responsabilidad por la ruina de los edificios del artículo 2350, la indemnización se dividirá entre los propietarios del inmueble arruinado; b) en los daños causados por la cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio (artículo 2355 C.C.) la indemnización en principio se dividirá entre los habitantes del edificio a menos que se pruebe que el daño es imputable a uno de los habitantes o que la cosa cayó por ejemplo, del lado norte y se vive del lado sur del edificio.

- Frente al tema de la culpa, encontramos también diferencias, principalmente sobre la graduación de la culpa y la carga de la prueba. Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida⁴.

Como se puede ver en el aparte anteriormente citado, la graduación de la culpa es un tema netamente contractual y de esta misma depende la responsabilidad del deudor, es decir, en algunos casos, aun probando la culpa del deudor este podrá exonerarse demostrando que fue una culpa inferior a la que se le exigía, así por ejemplo, en el deposito gratuito, en donde el deudor solo estaría obligado a responder por culpa grave, si se le lograra probar un descuido mínimo, el deudor podría exonerarse sosteniendo que el cumplió con el deber de diligencia y cuidado que se le era exigido; por su parte, en la responsabilidad extracontractual es inaplicable dicho concepto puesto que, el

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. G.J, T IX, p. 409.

deudor estará llamado a responder sin importar que la culpa que haya cometido y generado el daño sea levísima.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que la graduación de la culpa puede tener alguna incidencia en la responsabilidad extracontractual. Esta es por ejemplo en el caso de concurrencia de culpas entre el agente y la víctima, en cuyo caso, el juez, para determinar el monto de la indemnización tendrá en cuenta la culpa cometida por la víctima para disminuir la obligación de reparación del agente. Sin embargo, la doctrina ha sostenido, posición con la que estamos de acuerdo, que, este tema de reducción del monto de indemnización, no es analizado desde la culpa que cometió la víctima, y si esta fue grave, leve o levísima sino que, más bien, el juez se debe fijar en la incidencia causal de el actuar de la víctima en la producción del daño y establecer que tan relevante fue dicho actuar en la causación del daño. Igualmente, esta graduación también tiene incidencia en la repartición interna o de cuotas entre los diferentes deudores solidarios de la indemnización de la víctima, es decir, una vez indemnizada la víctima por uno de los agentes generadores del daño, este agente podrá repetir contra las demás personas que ocasionaron el daño para que le paguen a él su cuota. En Esta repetición, se deberá probar entonces la culpa de cada uno de los agente (o la incidencia causal de su actuar) para que el juez pueda determinar el monto o cuota que a cada uno de ellos les corresponde indemnizar para pagarlo al agente que ya indemnizó a la víctima.

- Frente al tema de la carga de la prueba, en algunos casos específicos, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual encontramos ejemplos de responsabilidad objetiva, en donde la culpa del deudor no se tiene que probar, como la responsabilidad del patrono ante un accidente de trabajo, en el ámbito contractual, o la responsabilidad por los daños causados por las aeronaves en la superficie, en el ámbito extracontractual.

Así también, en los dos tipos de responsabilidades existen casos de presunción de culpa, como la que se genera por la pérdida o deterioro del cuerpo cierto en la responsabilidad contractual, o la que se presume del responsable civil una vez probada la culpa del responsable directo, estas dos presunciones siempre podrán ser desvirtuadas con la muestra de diligencia y cuidado del deudor. Pero, hay algunos casos, en ambas responsabilidades en que solo se podrá desvirtuar la presunción de la culpa probando causa extraña o fuerza mayor como en el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas en la responsabilidad civil extracontractual, o en el caso de la obligación de conservación del cuerpo cierto cuando el deudor ya estaba constituido en mora de entregar o restituir.

Finalmente, y en la mayoría de los casos, la culpa del deudor debe ser probada por la víctima del daño, como en el caso de la prestación defectuosa de un servicio en responsabilidad contractual, o en el caso de responsabilidad por el hecho propio en responsabilidad extracontractual.

- Demostración del hecho ajeno, aunque este tema está íntimamente relacionado con la carga de la prueba tratada en punto anterior, es importante resaltar que la prueba de que el hecho ajeno en la responsabilidad civil extracontractual libera al demandado de responsabilidad; mientras que, la prueba del hecho ajeno en la responsabilidad contractual no libera al deudor contractual de su obligación.
- En la responsabilidad extracontractual, por principio general, por lo menos en nuestro sistema, se aplica la indemnización integral de perjuicios, es decir, se debe indemnizar todo el daño causado, pero nada más que el daño, es decir, tanto los perjuicios previsibles como los imprevisibles son indemnizados a la víctima. Para el caso de la responsabilidad contractual, la reparación integral no es el principio general, sino que solo se deberá indemnizar los daños

directos y previsibles causados por el deudor, sin embargo, es importante establecer si dentro del marco contractual los perjuicios causados fueron originados por culpa grave o dolo del deudor, puesto que en este caso, serían indemnizables todos los perjuicios, tanto previsibles como imprevisibles.

1.1.1 La tesis dualista

Las altas cortes colombianas, como hemos visto a lo largo de este paralelo, están primordialmente apoyadas en esta tesis. La tesis dualista de la responsabilidad, manifiesta que la responsabilidad civil contractual es absolutamente diferente a la responsabilidad civil extracontractual. *“La división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual es una consecuencia de la doctrina clásica francesa”*⁵; siendo sus principales defensores los juristas Zachariae, Larombiere, Aubry y Rau⁶.

El principal y más esencial fundamento para sostener esta teoría, es a su vez, una dualidad de culpas existente, pues ambas responsabilidades parten de una culpa absolutamente diferente:

(...) la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar. De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva⁷.

⁵ DE GASPERI, Luis. “Unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual”. En: Curso Responsabilidad Civil Extracontractual – Material de Lectura. Editado por la Academia de la Magistratura. p. 43.

⁶ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Citivas, 1999. p. 248

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. p. 85. Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm#_ftn29

O dicho desde la esfera del daño, “(...) a veces el acto lesivo aparece como consecuencia de una obligación anterior, y otras veces el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva”⁸.

El doctrinante Mazeaud-Tunc ha tomado una posición radical y absoluta frente a esta tesis, y en su libro afirma: “Hay algunos que incluso llegan a sostener que la expresión responsabilidad debe ser reservada para la esfera de los delitos y cuasidelitos; y que el término garantía debe ser el único empleado en materia contractual”⁹.

1.2 SIMILITUDES ENTRE LOS DOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- Las dos responsabilidades tienen fuente en un hecho ilícito, deben reunirse tres requisitos para que se genere la obligación de indemnización en cabeza del agente generador del daño, sea este contractual o extracontractual: un daño, una culpa y un nexo causal. Esto lleva a concluir que estas dos instituciones son instituciones de la misma naturaleza.

4.1. La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabiliza. Esta orientación se encuentra plasmada fundamentalmente, en lo que atañe a la primera especie, en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y en lo que concierne a la segunda, en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización.¹⁰

En este punto, vale detenerse un poco para exponer tres de las tesis que se han desarrollado entre los doctrinantes a favor de la unificación de ambas responsabilidades, a fin de presentar sus argumentos.

⁸ Ibíd. p. 73.

⁹ MAZEAUD y otros. Op. Cit. p. 114.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit.

1.2.1 La tesis monista o unidad

Sostiene esta corriente que no existe diferencia alguna entre ambas responsabilidades puesto que tampoco existen dos tipos de culpa. Esta teoría define la culpa como *“la violación de una obligación preexistente, sea ésta una obligación convencional, sea una obligación legal”*¹¹ y así pues, defiende la unidad de la culpa y marca su diferencia con la tesis dualista. Un argumento radical frente a esta teoría nos lo brinda el autor Marcel Planiol: *“la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más un capricho sin motivo y un absurdo legislativo”*¹².

Hay quienes manifiestan que el autor Mazeaud-Tunc se contradice al escribir sobre la responsabilidad civil y es por esto que también lo describen como partidario de esta teoría, pues en su libro afirma:

Cuando una de las partes se niega a cumplir la obligación puesta a su cargo por el contrato o la cumple mal; por ese hecho la otra parte sufre un daño. Nace entonces una obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente, ya sea en su totalidad o en parte: la obligación de reparar el perjuicio causado por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del contrato¹³.

Un segundo argumento para manifestar la unidad de ambas instituciones surge en el plano de los elementos de estas, pues en ambas, se necesita 3 elementos básicos y esenciales: un daño, una culpa y un vínculo de causa efecto entre la culpa y el daño, es decir, un nexo causal.

1.2.2 La tesis de la unicidad

Es una postura intermedia de las dos anteriores, en donde se sostiene que hay una única responsabilidad civil pero con dos regímenes.

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA. Op. Cit. p. 85

¹² DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. Op. Cit. p. 249.

¹³ MAZEAUD y otros. Op. Cit. p. 117.

Esta posición se basa principalmente en dos fundamentos diferentes, naciendo de esta tesis dos posiciones. Una de las posiciones, en las que se resalta el autor argentino Llambías encuentra el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil en el concepto de la culpa puesto que *“la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos”*¹⁴, concluyendo entonces que hay una única culpa que se aplica a dos regímenes de responsabilidad que, en todo caso son culposos.

La segunda posición, en donde se pueden destacar autores como De Cupis, Mosset Iturraspe y Jorge Bustamante Alsina, toma como fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil el fenómeno resarcitorio que se genera a través del daño. Esta segunda posición sostiene entonces que:

(...) la culpa es un factor de imputabilidad que determina en algunos sectores de la responsabilidad el deber de reparar el daño y por mucho que haya sido importante la culpa en el régimen de la responsabilidad civil durante el siglo anterior y comienzos del presente (refiriéndose a los siglos XIX y XX) ya no lo es tanto hoy día. 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 daños¹⁵.

Si entendemos entonces la necesidad de reparación como el eje central de los dos tipos de responsabilidades, entonces la unicidad será el fenómeno resarcitorio que se presenta en ambas responsabilidades.

La tesis unicista está también apoyada por juristas como Arturo Acuña Azorena, *“(...) si bien no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidad, existen diferencias accesorias, cuya importancia práctica es tan grande que justifica el establecimiento de una línea demarcatoria entre ellos. De*

¹⁴ BUSTAMANTE ALSINA. Op. Cit. p. 86-87.

¹⁵ *Ibíd.*

esta manera no habría, científicamente, dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad”¹⁶.

1.2.3 La tesis de la unificación

Esta teoría es contraria a la teoría de la unicidad puesto que afirma que:

(...) hoy día existe en nuestra doctrina una suerte de consenso en el sentido de que no resulta posible precisar con rigor cuales son las razones legitimantes de la separación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ambas tienen la misma naturaleza y que por lo tanto no se justifica la dualidad de sistemas (...) Pero la tendencia doctrinal *mayoritaria*, puesta de resalto en los pronunciamientos de jornadas y congresos científicos, ha sido siempre y reiteradamente, la de propiciar la unificación de los regímenes sobre responsabilidad contractual y extracontractual¹⁷.

Esta teoría, al igual que la tesis de la unicidad cree en la unificación de la responsabilidad civil, pero su argumentación, a diferencia de la de la tesis de la unicidad hace un enfoque especial en que si existen diferencias entre los dos sistemas de responsabilidad civil, pero que, dichas diferencias son únicamente accesorias, ya que, en lo fundamental, estas responsabilidades, son iguales. Lo importante de analizar es la existencia de una unidad genérica entre los dos sistemas, ya que, “(...) *en ambas cosas estamos frente a la violación de una obligación preexistente: si se trata de la responsabilidad extracontractual la obligación preexistente es legal, y si estamos en el ámbito contractual la obligación preexistente será una convencional*”¹⁸. En este punto, es importante aclarar que, en la cita se hace referencia a una obligación en un sentido laxo de la palabra, entendiendo por la misma la preexistencia de un deber.

¹⁶ Autor citado por TRIGO REPRESAS, Félix. “Unificación de la Responsabilidad por Daños”. En: Derecho de Daños. Primera Parte, p. 88. Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm#_ftn29.

¹⁷ La inclinación doctrinaria de estos tratadistas argentinos se puede verificar en las Lecturas 4 y 5 del Curso: Responsabilidad Civil Extracontractual. Editado por la Academia de la Magistratura. p. 35 – 47. Disponible en:

http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm#_ftn29

¹⁸ TRIGO REPRESAS, Op. Cit. p. 88.

2. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES, SU CONCEPTO Y ZONAS GRISAS

2.1 ANÁLISIS GENERAL DE LA PROBLEMÁTICA

Una vez abarcada la ubicación conceptual y metodológica, el tema sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual (su definición, elementos más esenciales y particularidades) entramos al tema que nos ocupa, esto es, la acumulación o yuxtaposición de responsabilidades con base en unos mismos presupuestos, con el fin último de proteger a la víctima ante cualquier riesgo de perder una reparación integral. El estudio de un tema como el que abarcaremos a continuación es de gran importancia práctica por ejemplo, en la reparación integral del daño y la indemnidad de la víctima, situaciones que pueden verse afectadas si se toma una u otra argumentación. Como lo demuestra la experiencia, la concurrencia de ambas responsabilidades es bastante frecuente y ante estas situaciones, se presentan diferentes posiciones las cuales analizaremos a continuación.

La terminología es una de las principales fuentes de discusión. Doctrinas –como la chilena – se refieren al término “cumulo de responsabilidades” la cual ha generado enormes críticas puesto que la palabra cumulo lleva a la creencia de que la víctima en vez de una “opción” entre ambos regímenes puede ante un daño, acumular ambas con el fin de que se le repare el daño causado, mediante un cumulo de indemnizaciones. Por lo anterior, se ha dicho que el problema no es de cumulo sino de “opción” frente a la cual la víctima puede según ubique sus hechos, o el daño, como expondremos más adelante, escoger el régimen que mejor se adapte a su situación. Siguiendo la doctrina chilena y la española, se utilizará el término “concurrencia”, “concurso”, “conjunción o yuxtaposición” de responsabilidades¹⁹.

¹⁹ ALONSO TRAVIESA, María Teresa. El problema de la concurrencia de responsabilidades. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006. p. 63.

La problemática que aquí se plantea supone y parte de una evidente dualidad de regímenes de responsabilidad, pues de no existir no posiciones tanto jurisprudenciales como doctrinales que supongan una dualidad y sistemas jurídicos basados en esta distinción de las responsabilidades no habría lugar a la discusión aquí presentada. Cada autor que escribe sobre el tema elabora un concepto de concurrencia de responsabilidades sobre la base del régimen que estime como derecho común o sistema indemnizatorio con carácter general, para así plantear si en el ámbito del contrato – concepción estrecha - o en el del cuasicontrato o delito – concepción amplia-, se subsume en uno u otro régimen.

Si se considera que el problema en estudio se centra en la posible superposición de las normas contractuales y las extracontractuales en un hecho dañoso determinado, resulta evidente que el fenómeno de la conjunción supondrá establecer el campo de actuación de cada régimen. De tal forma que, en la medida que la órbita de la responsabilidad convencional y de la aquiliana se configuren de un modo más o menos extensos, los casos susceptibles de una doble calificación aumentarán o disminuirán correlativamente²⁰.

Se produce concurrencia de responsabilidades *“cuando, en el hecho causante del daño, concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber de no causar daño a otro”*²¹. Así mismo, coincide el autor Santos Briz al describir que *“el problema del cumulo de responsabilidades se presenta toda vez que un mismo hecho dañoso puede ser calificado tanto contractual como extracontractualmente respecto a las mismas partes”*²². El autor Cavanillas Mugica²³, quien toma como base la anterior definición, ha manifestado que se presentan casos de concurrencia de responsabilidades cuando a unos mismos hechos se les pueda aplicar indistintamente la responsabilidad contractual

²⁰ *Ibíd.*

²¹ GARCIA VALDECASAS. El problema de la acumulación. p. 833. *En*: CAVANILLAS MUGICA, Santiago José. La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1992. p. 6.

²² SANTOS BRIZ. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, t. XXIV. Madrid: editorial revista de derecho privado, 1984, p. 138 y ss. *En*: ALONSO TRAVIESA, Op. Cit.

²³ CAVANILLAS MUGICA. Op. Cit.

o delictual.

Mientras hay autores como Cavanillas Mugica y García Valdecasas quienes relacionan la concurrencia de responsabilidades con la semejanza y cercanía del hecho y en base al hecho generador del daño se mira qué tipo de responsabilidad podría llegar a surgir, otros autores, como el profesor Blanco Gómez, relacionan este momento de concurrencia de responsabilidades con la concurrencia de normas, y no la concurrencia de hechos como los dos autores anteriores. Así, el profesor manifiesta: *“Si se denomina concurrencia de normas a la presentación coetánea de dos regulaciones diferentes con idéntica vocación de ser aplicadas sobre unos mismos hechos, es evidente que la concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual responde plenamente a aquélla definición”*.

Siguiendo los planteamientos de este autor, la acumulación de normas que rigen la responsabilidad civil nunca podría ser acumulativa puesto que supondría un enriquecimiento injusto, por lo cual en realidad, nos encontramos ante un conflicto de normas, es decir, frente a dos regulaciones diferentes aplicables a unos mismos hechos, pero que no son acumulables sino excluyentes entre sí. Esto nos lleva irremediablemente a un conflicto normativo²⁴.

En consecuencia, el concurso de responsabilidades exige que exista una doble condición de ilicitud del hecho dañoso, es decir, que sea contrario al contrato celebrado entre las partes y contrario al deber general de comportamiento exigible a los sujetos que viven en sociedad. En una concepción clásica:

(...) no hay concurrencia en cambio, si las partes son diversas: por ejemplo, si el autor del incumplimiento daña también a víctimas que no son parte del contrato. No la hay si el incumplimiento contractual no es una transgresión del deber general de cuidado que se traduce en un delito o cuasidelito civil: por

²⁴ PÉREZ KÖHLER, Alejandro. Introducción al problema de la concurrencia o yuxtaposición de Responsabilidad Contractual y Extracontractual derivadas de un mismo hecho lesivo. Teorías para su resolución. España. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10017/603>.

ejemplo, si no se entrega la cosa en la compraventa. Tampoco se da cuando el hecho dañoso es delito o cuasidelito pero no incumplimiento del contrato: por ejemplo, si el comprador atropella con el auto comprado a su vendedor²⁵.

Ahora, la concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual puede darse básicamente de dos formas: 1. Cuando existe un contrato entre las partes, pero la responsabilidad puede calificarse de extracontractual; situación en la que surge un daño existiendo una relación contractual, y se analiza, si el incumplimiento mismo de la obligación contractual es el causante de dicho daño o si por el contrario, aun existiendo un contrato, esta existencia no es fundamental para determinar el régimen aplicable y podría acudir a un régimen extracontractual; y 2. *“No existiendo contrato la responsabilidad puede ser calificada como contractual”*²⁶. Lo importante en este caso es diferenciar y definir si el daño causado a una persona puede situarse y se origina a partir de un incumplimiento contractual o si por el contrario, del incumplimiento del deber general de no causar daño a otro.

2.2 CONCEPCIÓN AMPLIA DEL CONCURSO DE RESPONSABILIDADES

Quienes estudian el concurso de responsabilidades desde un lente amplio, entienden el problema del cúmulo en sentido más general; presentan una concurrencia tan extensa que pareciera que cada vez que existe un incumplimiento contractual estamos frente a una concurrencia de responsabilidades. Esta doctrina concibe el concurso de responsabilidades bajo dos perspectivas. La primera, *“lo estructura en torno a la idea de la incidencia de la responsabilidad extracontractual entre sujetos ligados por un contrato, la*

²⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. El concurso de responsabilidades en el derecho de daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción. *En*: AA.VV., Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009. Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 639-653.

²⁶ PARRA LUCAN, M. A. Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, 3a ed. Madrid: Ed. Colex, 2011, p. 854. Este punto se evidencia en las SSTs de 26 enero 1984 (RJ 1984/386), de 1 marzo 1984 (RJ 1984/1192), de 19 junio 1984 (RJ 1984/3250) y de 20 de junio de 2006 (RJ 2006/4608). Citado por VÉLEZ POSADA, Paulina. “La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación”. Trabajo de fin de master, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2012. p. 38

*segunda lo presenta como aquel que se da cada vez que un incumplimiento contractual implica, a su vez, la comisión de un cuasidelito o delito civil*²⁷. Sin embargo, aunque parezcan lejanas entre sí, ambas son concepciones que miran el problema de la concurrencia de manera tan amplia que casi cualquier supuesto de responsabilidad es susceptible de ser analizado en ambas responsabilidades.

Una primera concepción, donde se plantea la incidencia de la responsabilidad extracontractual en la contractual, parte de una pregunta fundamental: “¿Puede el acreedor contractual o cuasicontractual o legal invocar la responsabilidad delictual o cuasi delictual de su deudor, en vez de la contractual, y reclamar la indemnización? (...)”²⁸. Así es concebido el interrogante bajo este análisis de la concurrencia de responsabilidades, consistente en establecer si ante un contrato únicamente incide el fenómeno contractual o simultáneamente se presentan ambas instituciones. El problema se reduce entonces al análisis únicamente del ámbito e incidencia de la responsabilidad extracontractual, pues en este caso la contractual ya ha sido previamente establecida y exige la existencia de una relación obligatoria y válida y de ninguna manera cabe el problema en sentido inverso puesto que de no configurar los requisitos de la responsabilidad contractual se está únicamente en presencia de la extracontractual²⁹.

Por su parte, la segunda concepción define la concurrencia como aquella que surge “cuando la violación de un convenio constituye a la vez un acto ilícito civil”³⁰. En este caso, los mismos hechos son supuestos para ambas responsabilidades, así el hecho que constituye el incumplimiento contractual a la vez supondría en la mayoría de los casos un delito o cuasidelito. Es polémica esta posición también, dado que cualquier incumplimiento, a menos que se encuentre inmerso en una

²⁷ ALONSO TRAVIESA. Op. Cit. p. 20.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ MAZEAUD y otros. Op. Cit. p. 251.

³⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Algunas consideraciones sobre el principio de responsabilidad. En: Instituciones modernas del derecho civil. Santiago, 1996.

causa extraña, es en sí mismo un acto ilícito. Depende esta concepción de la amplitud que se le da al concepto de hecho ilícito o daño injusto, el cual hace que cada norma extracontractual o deber extracontractual sea aplicable a un incumplimiento contractual por su violación, especialmente cuando la infracción es a un deber diferente al pago.

2.3 LA CONCURRENCIA DESDE UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA

Se refieren a supuestos muy especiales, situaciones en las que la violación o el no cumplimiento de una obligación contractual importan, inciden y afectan en la órbita del deber general de no causar daño a otro. Este matiz limita la incidencia extracontractual en el ámbito de los contratos; por tanto, no se verán inmersas en esta discusión obligaciones que son puramente contractuales como la obligación de pago del precio.

Esta concepción, a su vez, analiza la situación desde dos puntos de vista restrictivos. El primero, entiende esta figura como aquella que se presenta toda vez que el incumplimiento de un contrato se configura como la violación del deber general de no dañar a otro. El segundo, se centra en la naturaleza de los bienes menoscabados, fenómeno que se da cuando se causa daño a la persona o bienes de la persona con ocasión o durante la ejecución del contrato.

Es una concepción delimitada, puesto que se limitan los supuestos únicamente a las situaciones en las que el incumplimiento contractual es la violación al deber general de no causar daño, con abstracción del vínculo contractual, excluyendo los daños que se causan por la no satisfacción de un interés contractual como lo es el crédito. La abstracción hipotética de la relación contractual ayuda a esta teoría a ser restringida, es decir, luego de realizar una abstracción del contrato, se analiza si el daño es susceptible de configurarse como de carácter aquiliano o si, de lo contrario, deja de existir al desaparecer el vínculo previo entre ambos

agentes. Luego de este análisis, se pregunta esta concepción si la víctima podrá disponer de ambas acciones contra el deudor, por este haber incurrido en doble responsabilidad.

Una segunda concepción de esta posición restringida centra la discusión en los bienes dañados que serían susceptibles de ocasionar un problema de cúmulo. Se plantea según los daños sean causados a la persona o a la propiedad de la persona durante la ejecución o con ocasión del contrato. Si se sigue este enfoque, se estarían excluyendo los daños derivados del incumplimiento de la prestación debida y solo cabría predicar responsabilidad frente a los bienes del acreedor no contemplados en la relación contractual. En síntesis, los daños causados a los bienes objeto del contrato son estrictamente responsabilidad contractual y los bienes que no estén incluidos en dicha convención, pueden ser protegidos en ambas direcciones: contractual o extracontractual.

Con lo anterior queda claro cómo la impropiedad del término “acumulación” genera tantos problemas como la misma concurrencia de ambas responsabilidades. Estas instituciones no se acumulan en ningún caso: lo que pasa en estos casos es que ambas responsabilidades batallan ante unos mismos hechos a los que, en aplicación de uno u otro régimen, puede acarrear resultados distintos a la víctima, y no solo distintos, sino ventajosos o inconvenientes.

Sin embargo, para adentrar en la polémica que genera tomar posición, Yzquierdo Tolsada manifiesta que *“no existe propiamente concurrencia o yuxtaposición de responsabilidades. Los daños, o son contractuales, o son extracontractuales. Lo que pasa es que existen numerosas zonas fronterizas que plantean serias dudas. Pero un daño no puede tener doble naturaleza. Los nacionales de los países de la*

*Península Ibérica son españoles o son portugueses, pero nunca portuñoles*³¹.

2.4 TESIS DOCTRINALES

2.4.1 Lo importante es el daño en sí mismo y no la fuente

Al contrario de la tesis clásica, que ha utilizado como base de la distinción de los dos regímenes de responsabilidad su fuente, se ha postulado una teoría en donde mirar la fuente del daño pierde importancia, trasladándose el análisis en torno al tipo de daño causado por un presunto responsable a la víctima.

Frente a un daño, se debe establecer primero qué tipo de perjuicio fue generado por los hechos, si fue patrimonial o extrapatrimonial. Así, si la víctima sufre un daño patrimonial, derivado del incumplimiento de los deberes contractuales principales o accesorios, la doctrina ha aceptado que hacen parte del contrato mismo, por lo que en este primer supuesto no se genera controversia pues no hay concurrencia alguna.

*“Por el contrario, se genera gran discusión cuando en la ejecución de la prestación se ponga en riesgo la vida, salud o integridad de una de las partes, por inobservancia del deudor de los deberes de diligencia exigibles”*³². En este punto es donde la doctrina francesa, por ejemplo, ha establecido que ante deberes de carácter tan general se cruza el lindero de la responsabilidad contractual hacia el terreno extracontractual. Siendo esta la doctrina mayoritaria, se considera que a pesar del daño estar derivado de un deber de seguridad, dicho deber emana del deber general que tiene toda persona de no causar daño a otra. En este sentido, Reglero Campos, expresa que *“(…) de ciertos contratos nace la obligación de seguridad o custodia, pero que cuando el bien dañado es de valor máximo, como*

³¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. En: Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. Marzo 2004. p. 25

³² VÉLEZ POSADA. Op. Cit. p. 39

*son la vida, integridad física y moral, hay una tendencia a considerarlo extracontractual, por estar esos bienes fuera del comercio, y por tanto no poder ser objeto del contrato*³³. Lo anterior, apoyado en la teoría que sostiene que es contractual únicamente la obligación que expresamente pactada en el contrato.

Sin embargo, esta doctrina no se comparte en todos los países. Así, en países como Alemania y Colombia, estos deberes de protección y seguridad son considerados accesorios al contrato, por lo que siempre el análisis de su vulneración, se hará de la mano del régimen contractual³⁴. Si se acepta que en materia contractual caben estos daños extrapatrimoniales a los que se hace referencia, surgirían también problemas respecto de temas como la indemnización de los perjuicios imprevisibles, la prescripción de las acciones relacionadas con su generación y las herramientas probatorias a las que podría acudir la víctima.

Resumiendo entonces esta posición, se debe mirar más que a la fuente del daño, al daño en sí mismo y si este se puede clasificar de patrimonial o extrapatrimonial. Cabe entender que la víctima cuenta con la coexistencia de acciones, situación a su favor, pero que implica la necesidad de establecer un sistema unitario de resarcimiento para que se le facilite la indemnización de sus perjuicios. Como vimos, la existencia -o mejor, coexistencia-1 de dos regímenes, el contractual y extracontractual genera para la víctima incongruencias y problemas prácticos ante un daño que es el mismo, razón por la cual, no se justifica dicha coexistencia.

Tal como sucede en los países del *Common Law*, aunque dicho sistema no deja de distinguir conceptos como *unliquidated damages* y los *liquidated damages*³⁵, cuando el daño es materialmente considerado idéntico, permite la aplicación de un

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Liquidated damages* son aquellos que las partes, en un contrato previo, han designado su valor para que la parte incumplida pueda cobrar en caso de verse perjudicado en un eventual incumplimiento total, parcial o tardío.

Unliquidated damages son los daños que se consideran inciertos, no son matemáticamente calculables o deben ser materia de un litigio o discusión para determinar el valor o monto del daño causado.

mismo régimen indemnizatorio bien sea que surja de un contrato o del incumplimiento general de cuidado.

Sin embargo, esta teoría no es una solución pacífica y diversos autores se han manifestado en sentido contrario, alegando una diferencia sustancial entre ambas responsabilidades que las convierte en irreconciliables. Por ejemplo, en la responsabilidad civil contractual, cuando el deudor incumple se ve obligado a indemnizar normalmente perjuicios directos previsibles, a menos que se deriven de un incumplimiento doloso o con culpa grave, mientras que, en la responsabilidad aquiliana no existe tal diferenciación, y el agente cometedor de una culpa extracontractual está llamado a responder por todos los perjuicios generados, siempre y cuando estos perjuicios sean ciertos y directos. El autor López Mesa, establece que existen daños a la luz de la responsabilidad contractual que nunca serán indemnizables desde una óptica extracontractual: a estos los llama perjuicios propios. En este sentido manifiesta:

El daño común es el que habría experimentado cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación. El daño particular o propio es el que perjudica al acreedor por sus condiciones especiales o por su situación singular, jurisprudencialmente se lo ha definido como aquel que sufre exclusivamente una persona determinada por las circunstancias que a ella le atañe. El daño común, demostrado que sea, es siempre reparable; en cambio el daño propio aun probado solo sería resarcible si hubiera sido conocido por el deudor al contraer la obligación³⁶.

2.4.2 Extensión de la responsabilidad contractual al ámbito extracontractual

La extensión de la responsabilidad civil contractual es un fenómeno que actualmente se percibe en Colombia y el mundo. Esta extensión se debe a que muchos autores y especialmente la jurisprudencia han entendido que la extensión de dicho régimen ayuda a solucionar problemas de acumulación de pretensiones y a la protección de las víctimas. La interpretación de los perjuicios que pueden ser

³⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 629.

causados dentro del desarrollo de un contrato y las víctimas que se puede acoger a él régimen contractual se ha expandido de tal manera que logra envolver algunos supuestos que anteriormente no hubiesen podido ser solucionados dentro de un mismo cauce procesal. En este aparte, nos apoyaremos en el escrito del doctor Juan Carlos Gaviria³⁷ para analizar dicho fenómeno.

La preexistencia de la obligación, como ya se explicó, es el punto de partida que la doctrina clásica ha utilizado para distinguir los dos regímenes de responsabilidades. Sin embargo, algunos doctrinantes, especialmente en Italia y España, sostienen que el ámbito de la responsabilidad contractual abarca todo tipo de responsabilidad puesto que esta se aplica a todos los supuestos de perjuicios generados en razón del incumplimiento de obligaciones, de origen legal o convencional, sostienen inclusive, que los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación indemnizatoria de la responsabilidad extracontractual se enmarca en el ámbito de la responsabilidad contractual. En el evento de la responsabilidad aquiliana, realmente surge una verdadera obligación indemnizatoria al momento de la causación del daño, la cual se deriva del incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a otro.

Adicionalmente, la falta de regulación en la legislación colombiana en el tema de los perjuicios ocasionados a partir del incumplimiento de obligaciones no contractuales dentro del marco de la ejecución de un contrato comporta un problema para la víctima, teniendo en cuenta que la posición jurisprudencial en nuestro país exige la calificación de la demanda en el tipo de responsabilidad invocada al establecer el principio de la no opción como un principio dogmático.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia colombiana tratando de subsanar los problemas suscitados a partir de la aplicación del principio de la no opción, ha

³⁷ GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. “En contra de la extensión de la responsabilidad contractual”. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Semestre I -2014. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. 2014, p. 31-60.

expandido la responsabilidad civil contractual y ha abarcado supuestos que, desde una mirada lógica, no pertenecen al contrato. Esta posición jurisprudencial ha derivado básicamente de la búsqueda de dos fines: El primero, la protección a la víctima, puesto que desde el punto de vista probatorio será más fácil para ésta probar sus daños y perjuicios en el marco de un contrato. El segundo, es la búsqueda de la unificación de tratamiento tanto entre las partes de un contrato como de los terceros que lo violan o que son perjudicados con el incumplimiento del mismo.

Esta expansión del régimen contractual se evidencia principalmente en tres ámbitos: 1) aplicación de la responsabilidad contractual a supuestos difícilmente calificables como contractuales; 2) la inclusión de obligaciones implícitas en el contrato, derivadas de postulados como el de buena fe y el deber de seguridad; 3) la inserción de terceros ajenos al contrato pero que contribuyen a su ejecución, y en dicha contribución generan un daño, o terceros a los que se les causa perjuicios por dicha ejecución o inclusive su inejecución tardía, parcial o total.

La disimilitud que existe sobre el concepto mismo del contrato en la legislación colombiana genera aún una mayor confusión sobre el tema. Mientras que en artículos como el 1495 del Código Civil colombiano se acoge una concepción clásica del contrato, en donde se establece que este es una fuente *generadora* de obligaciones, en artículos como el 884 del Código de Comercio se acoge una postura más moderna en donde se define el contrato como un acuerdo de voluntades o conciencia de los efectos jurídicos que se lleguen a producir o como una figura encaminada a crear, regular, o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En oposición a esta expansión, aparecen autores como Gaviria³⁸ que sostienen que la coexistencia de definiciones de contratos en la legislación dificulta aún más la separación de la responsabilidad contractual de la extracontractual, ya que hay

³⁸ *Ibíd.*

un gran espacio para la duda sobre si ciertos supuestos se clasifican o no dentro de una responsabilidad contractual. Siendo así, Gaviria pone de presente la existencia de los llamados contratos forzosos o impuestos, en donde en algunos casos versan sobre materias estrictamente reguladas normativamente limitando la voluntad de las partes a acordar el contenido de sus obligaciones, acreencias y condiciones e incluso, en algunos casos, limitando la libertad contractual, como en el caso de los contratos de afiliación al sistema de seguridad social. Igualmente, se puede ver que la teoría expansionista de la responsabilidad contractual ha logrado establecer como contratos temas que son simples “*actos de gracia o servicios de beneficencia*”³⁹ donde no hay ni siquiera voluntad de las partes para obligarse ni una relación jurídica que en realidad este reglamentada o acordada entre las mismas.

Es en estos supuestos en donde se debe distinguir entre las obligaciones y los simples deberes jurídicos, debido a que la relación contractual puede nacer de ambos. Sostienen los opositores de la expansión de la responsabilidad contractual que en aras de protección a la víctima no se puede extender la responsabilidad contractual. La responsabilidad no depende de factores interpretativos de favorabilidad a la víctima, esta determinación del régimen corresponde al análisis de su fuente con independencia de las consecuencias que éste genere siguiendo un análisis interpretativamente lógico.

Con base en lo anterior, vale aclarar nuevamente que el daño para ser contractual, debe ser producido en ejecución del contrato y no con ocasión del mismo, pues en este caso el plano extracontractual es indiscutible, y el hecho de que exista un contrato no implica que cualquier daño producido sea una violación al mismo. En estos casos, el daño no se genera en la ejecución de la prestación, sino que se ha utilizado o ha coincidido el contrato en la producción del daño, sin que así esté siendo incumplido, pues el daño habría sido igualmente producido sin perjuicio de

³⁹ *Ibíd.* p. 41

la relación contractual. Igualmente, frente a los contratos que están en etapa preliminar, la doctrina concuerda que únicamente surgirá responsabilidad en caso de incurrir en culpa grave, dolo o mala fe pues de lo contrario, el individuo esta en toda su libertad de contratación. No se deberá entonces indemnizar por no haber contratado, aun cuando los perjuicios consistan para la víctima en la pérdida misma de la contratación, sino por derivarse estos de una actuación dolosa, y será así, una indemnización en el plano estrictamente extracontractual, pues ni siquiera existen voluntades firmes hacia la realización de una prestación determinada. Frente a los casicontratos, el tema es igual o más complicado pues en este caso la pregunta esencial es ¿tienen carácter contractual o extracontractual la responsabilidad que se deriva de los cuasicontratos? Estos, aunque fuentes de obligaciones, no son propiamente un contrato celebrado entre ambas partes por un acuerdo de voluntades.

Para Gaviria Gómez, esta distinción entre los regímenes no implica un espacio a la impunidad y por ende a la desprotección de la víctima. La víctima siempre podrá buscar la indemnización de los perjuicios que salen de la órbita contractual por medio de la vía de responsabilidad extracontractual, que a pesar del pensamiento común, no genera desventajas probatorias puesto que las presunciones de culpa y las responsabilidades objetivas cada vez tienen un mayor alcance y aplicación en el sistema colombiano.

Las categorías jurídicas no se pueden forzar. Y cuando ello ocurre, terminan por desnaturalizar conceptos esenciales (...) si no se puede reconocer verdaderas obligaciones, ni un verdadero acuerdo dirigido a producir efectos jurídicos positivos, no tiene por qué entrar a operar el remedio de la responsabilidad contractual con independencia de la concepción que se defiende con relación a ésta⁴⁰.

⁴⁰ Ibíd. p. 43

Esta expansión de la responsabilidad contractual, sostiene Gaviria, ha llegado incluso a incluir deberes jurídicos específicos, asemejando estos deberes al vínculo obligacional, puesto que entiende que entre los sujetos hay un vínculo previo a la generación del daño y que este vínculo se puede asimilar a un contrato. Este concepto ha sido aplicado en casos de perjuicios generados en las etapas precontractuales acudiendo a principios como el de buena fe. Dicha extensión resulta difícil de sostener puesto que en realidad la relación entre las partes y la responsabilidad que se pudiere generar no se puede regir por un acuerdo preestablecido entre ellas ni tampoco se podrían aplicar las normas de la responsabilidad contractual puesto que estos casos no caben dentro del supuesto de hecho de las normas de esta responsabilidad, como el caso de la definición de los daños previsibles, la graduación de la culpa o la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

El postulado de la buena fe ha contribuido de gran manera a la expansión del régimen contractual incluyendo “obligaciones” que las partes no han tenido la voluntad de establecer, como las obligaciones de seguridad, consejo e información. A partir de la inclusión de estos deberes como contractuales, especialmente el deber de seguridad, la víctima se ve favorecido pudiendo acudir a un régimen probatorio propio de la responsabilidad contractual. La jurisprudencia ha llegado a extender este tipo de “obligaciones” a todos los contratos en cuya ejecución se pueda ver afectada de alguna forma la seguridad física e incluso de los bienes de las partes. El ya citado autor sostiene que al existir un régimen de responsabilidad extracontractual que puede proteger estos intereses jurídicos, es inadecuada la migración al régimen contractual a esta primera. Estas “obligaciones” no tienen la necesidad de ser forzadas dentro de un régimen contractual cuando claramente no tienen la estructura de obligaciones pudiendo determinarse como deberes generales de no causar daño a otro u obrar con diligencia y cuidado, deberes que no dependen de la voluntad de las partes.

Dicha posición se podría resumir entonces en la siguiente afirmación de la tratadista francesa Geneviève Viney:

Para remediar esta situación, sería deseable, en mi opinión, volver a una concepción más estricta del contrato puesto que esta noción no debe ser admitida sino en caso de compromiso preciso sobre obligaciones determinadas. Si se avanza en ese sentido, ello tendría la ventaja de restituir a la noción de contrato su especificidad, y los casos de ayuda graciosa y de servicios gratuitos o espontáneos estarían entonces claramente colocados por fuera del campo contractual⁴¹.

Los autores que están en contra de la expansión de la responsabilidad civil contractual a ámbitos claramente pertenecientes a la responsabilidad civil aquiliana han explicado que por el concepto mismo de contrato y sus relatividad no es lógico que se vincule a terceros y se les aplique obligaciones que en principio no le eran vinculantes, ya que su voluntad no estuvo dirigida en ningún momento a comprometerse en dicho sentido o a un sujeto en específico. Siendo así el análisis, se debe concluir que lo único por lo que se le puede acusar a un tercero causante de un daño debería ser el incumplimiento de los deberes generales de no causar daño a otro y no el incumplimiento de una obligación cuando claramente no hay ningún vínculo contractual o legal que sea fuente de obligación. Es diferente sostener que el tercero conoce de la existencia de un contrato a sostener que por dicho conocimiento este tiene la voluntad que se le apliquen las especificidades del mismo, incluso si existe un contrato entre el deudor y este tercero para cumplir la obligación del acreedor y poderse pregonar una unidad de objeto.

⁴¹ VINEY, Geneviève: Tratado de derecho civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 384-385. Tomado de: GAVIRIA GÓMEZ, Op. Cit. p. 41

2.5 TEORÍA DE LA ABSORCIÓN

Hay un grupo de autores (entre los que se destacan Alessandri Rodríguez y Louis Josserand) que sostienen que no existe la llamada concurrencia de responsabilidades, ya que existiendo un contrato entre las partes, no es posible que se produzca una responsabilidad civil extracontractual. Dicha corriente sostiene que el contrato tiene una fuerza absorbente, por lo cual, cuando existe un contrato entre las partes, no es posible que se genere una responsabilidad civil aquiliana⁴².

La teoría sostiene que es imposible que la víctima pueda escoger entre uno u otro régimen ya que si los daños se han producido en una esfera contractual es este tipo de responsabilidad la que se debe aplicar. Se sostiene en esta teoría que ambas responsabilidades son incompatibles entre sí, ambas están sujetas a pretensiones diferentes con ámbitos de aplicación disímiles. De manera que, la existencia de un contrato desecha la posibilidad de elegir la vía de la responsabilidad extracontractual o aquiliana y, por tanto, la responsabilidad civil contractual desplaza la responsabilidad extracontractual y la excluye de pleno derecho. Las partes no pueden sumarse calidades contradictorias para acomodar uno u otro régimen para la reparación de los daños sufridos sino que deben ser guiadas hacia el régimen natural de sus pretensiones, ya que estos se excluyen recíprocamente⁴³. Por estas razones, se puede sostener que esta teoría, fija su postura acudiendo a postulados como el de justicia y respeto a la autonomía de la voluntad privada y seguridad jurídica.

Las normas jurídicas contractuales deben ser entendidas como las normas “especiales” mientras que las normas de responsabilidad aquiliana son entendidas como las “genéricas”. Por lo cual, como es de común aceptación en el derecho,

⁴² PÉREZ BRAVO, Carlos. “La Concurrencia de Responsabilidades”. En: Revista Ars Boni et Aequi. Boni et Aequi. N° 4. 2008. p. 111-126.

⁴³ JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1952. p. 368.

cuando existe una norma especial y una general que tutelan el mismo interés jurídico y que además, en este caso, ha sido la escogida por las partes, se debe aplicar la especial: *lex specialis derogat generalis*. Aplicar normas extracontractuales en una relación contractual, implicaría modificar el régimen y contenido mismo de las obligaciones pactadas entre las partes⁴⁴. Es entonces lógico, como lo sostienen autores como Caradonna⁴⁵, que el incumplimiento contractual de lugar a una sola acción, que es precisamente la acción contractual, la acción extracontractual nunca nace en estos casos puesto que las partes, al haber regulado su relación libremente, escogen el régimen aplicable. Para esta teoría, el régimen de responsabilidad extracontractual tiene un carácter subsidiario y residual respecto del régimen contractual.

Sin embargo, algunos autores como Cavanillas Mugica⁴⁶ estiman que la relación entre la responsabilidad contractual y extracontractual no es una relación de norma general a norma especial, sino que ambas son igualmente especiales o igualmente generales. Este autor sostiene que la responsabilidad extracontractual tendría lugar a aplicarse cuando haya una infracción a deberes ajenos al contrato o relación previa; mientras que la contractual aplicaría únicamente cuando se infrinja una obligación de origen contractual. Hay supuestos de responsabilidad extracontractual pura que no pueden ser calificados como contractuales por el simple hecho del vínculo jurídico previo entre las partes.

En definitiva, que solo si se admite que la responsabilidad extracontractual abarca todos los daños inimaginables, incluidos los debidos a incumplimiento contractual, el principio de especialidad puede servir para resolver el concurso a favor de la responsabilidad contractual, pues, en caso contrario, hay que

⁴⁴ BLANCO GÓMEZ, Juan José. La Concurrencia de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso. Problemática en el Derecho Español Sustantivo. Madrid: Dykinson S.L, 1999. pp. 71-93.

⁴⁵ CARADONNA, Pietro. "Consortio di Colpa contrattuale ed extracontrattuale". En: Rivista di Diritto Commerciale. 1992. p. 276.

⁴⁶ CAVANILLAS MUGICA. Op. Cit.

reconocer que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual son objeto de dos normativas igualmente especiales⁴⁷.

Para el análisis específico de esta teoría es importante determinar sobre qué supuestos el contrato ejerce una fuerza absorbente o atrayente, es decir, se debe identificar sobre cuáles supuestos hay una verdadera voluntad e intención de las partes. En este punto podemos distinguir entre:

- Existencia de cláusula expresa: estas se da tanto en el supuesto en que la obligación sea esencial o natural del contrato, aunque no este pactada expresamente, como en el caso de las obligaciones accesorias que las partes libremente hayan incluido en el contrato o que las partes acuerden expresamente excluir del contrato.
- Ausencia de cláusula expresa: se presentan cuando las partes no las han fijado expresamente en el ámbito del contrato, es acá donde los jueces tienen que entrar a identificar la “voluntad oculta” de las partes interpretando el contrato. Cuando no existen fijaciones expresas en un contrato sobre determinado tema, el juez debe acudir a las disposiciones legales y entender que las partes, tácitamente las incluyeron en el mismo.

De acuerdo a lo anterior, es necesario incluir en el contrato, aunque las partes no se hayan referido expresamente a ellos, criterios como el de buena fe, el uso y la ley entendiéndolos implícitamente pactados en el mismo. Por el contrario, los demás supuestos de hechos dañosos que se puedan dar entre las partes contractuales, no generarán una responsabilidad contractual, puesto que no son propios del vínculo jurídico que los une. Es decir, si el daño es cometido como consecuencia directa del incumplimiento de una obligación contractual, bien sea esta expresa o tácita, existe causalidad directa entre el contrato y el daño y el

⁴⁷ BLANCO GÓMEZ. Op. Cit. p. 75.

régimen aplicable siempre será el contractual. Sin embargo, hay casos en que es más difícil establecer la relación entre el hecho generador del daño y el cumplimiento del contrato, teniendo entonces que analizar si este daño se hubiese podido producir o no sin la existencia del mismo.

Es importante tocar en este punto el tema de la obligación de seguridad, que implica tanto la integridad física del acreedor como de sus bienes. Esta obligación se encuentra íntimamente ligada a la naturaleza de algunos contratos. La aplicación de esta obligación ha significado la ampliación de la órbita contractual en los contratos en que existe la obligación de velar por la integridad física de uno de los contratantes o la conservación sus bienes. La obligación de seguridad, nace como deber conexos a la prestación estricta o esencial del contrato, convirtiéndose en una obligación independiente de la principal, es decir, muchas veces se puede cumplir con la obligación principal o esencial de contrato, pero se podría generar una responsabilidad contractual puesto que la obligación de seguridad fue violada por el deudor y generó daños al acreedor. Es acá donde vemos como, incluso cuando se cumple el contrato, por la expansión de la órbita contractual, se pueden derivar indemnizaciones a título de responsabilidad contractual por el incumplimiento de lo que en principio sería un deber general de no causarle daño a otro, pero que se ha incluido vía jurisprudencial en los diferentes sistemas como una obligación implícita en el contrato.

Por último, hay autores como López y López quienes consideran que es un problema de apreciación de los hechos y no de criterios diferenciadores. Si se acepta la definición tradicional de cada una de las responsabilidades, contractual y extracontractual, la primera siendo mediante una relación contractual y la segunda cuando no existe ningún vínculo previo, no podrían existir hechos que jurídicamente puedan pertenecer a un tipo u otro de responsabilidad, puesto que el hecho ocurrido está en la esfera de una relación contractual o no lo está. Bastaría en esta doctrina, una relación jurídica previa para que cualquier daño que

se genere entre estos dos agentes genere responsabilidad. *“Es imposible en nuestro sistema, donde las obligaciones contractuales se integran siempre por las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley (art. 1258 CC) que lo que acontezca en la órbita de una relación jurídica no pertenezca a la misma, y en consecuencia, no esté sometido a su específico régimen de responsabilidad”*⁴⁸.

2.6 TEORÍA DE LA OPCION O ACUMULACION DE RESPONSABILIDADES

Esta doctrina, por su lado, afirma que los dos regímenes de responsabilidad civil son diferentes y autónomos pero no incompatibles, por lo cual es posible que ambas se puedan aplicar a unos mismos hechos. Por esta razón, los representantes de esta teoría sostienen que es posible aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual entre contratantes. Al coexistir estos dos regímenes es necesario entonces que el demandante opte, al momento de plantear la demanda, por el régimen que desea que se le aplique a su petición pudiendo optar de manera simple, por uno u otro régimen o de manera subsidiaria, planteando por ejemplo, la responsabilidad contractual y en caso de que esta no sea aplicable, se le conceda su indemnización por medio del régimen aquiliano. Es por esta razón que esta corriente sostiene que la víctima tiene la facultad de elegir u optar entre uno y otro régimen cuando los hechos a los que se atribuyen el daño bien se pueden acomodar a los dos supuestos jurídicos.

Esta teoría es también conocida como la teoría de la acumulación de responsabilidades, aunque tanto los representantes como los contradictores de esta teoría están de acuerdo en que la víctima no podrá utilizar ambos regímenes

⁴⁸ LOPEZ Y LOPEZ, Ángela M. Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: Absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y mutatio libelli. Sustantividad y autonomía de una supuesta actio doli. Sevilla. Disponible en: <http://lawcenter.es/w/blog/view/1551/tres-cuestiones-sobre-responsabilidad-civil-absolutividad-de-la-distincion-entre-responsabilidad-extracontractual-y-responsabilidad-civil-acumulacion-de-las-acciones-correspondientes-y-mutatio-libelli-sustantividad-y-autonomia-de-una-supuesta-actio-doli#sthash.3wXO62aU.dpuf>.

para obtener una doble indemnización de perjuicios, lo cual, respecto al régimen colombiano, derivaría en un enriquecimiento sin causa de la víctima.

Cabe anotar que autores como Mazeaud y Tunc⁴⁹ sostienen que cabe un supuesto de acumulación en el caso en que a la víctima se le permita una acción “híbrida” en donde se acoja a los dos regímenes simultáneamente aplicando las reglas a su favor. Sin embargo, autores como Blanco Gómez⁵⁰ sostienen que este tipo de entendimiento de la acumulación generaría problemas, puesto que se le está dando a la víctima la posibilidad de acogerse “*especial, objetiva y temporalmente*”⁵¹ a los dos regímenes y maniobrarlos a su beneficio. Por lo tanto, es más preciso referirse a esta teoría como una teoría de la opción y no de la acumulación.

Es entonces la opción entre los regímenes de la responsabilidad civil aplicable en el supuesto en que unos mismos hechos cumplan con los requisitos necesarios para formular pretensiones tanto de responsabilidad civil contractual como aquiliana. No obstante, podemos encontrar otras dos hipótesis, según Mazeaud-Tunc⁵², en las que se presentan hechos que pueden generar algunas confusiones sobre el régimen aplicable, estas son:

- Existiendo un contrato, el daño no ha sido causado por el estricto incumplimiento de una obligación contractual: en este caso, la víctima está situada en un terreno extracontractual puesto que es claro que dentro de la relación contractual no se puede encontrar la fuente generadora del daño.
- Siendo el daño generado por el incumplimiento contractual, el acreedor (víctima) prefiera situarse en el ámbito de la responsabilidad aquiliana: en este

⁴⁹ MAZEAUD y otros. Op. Cit. p. 253.

⁵⁰ BLANCO GÓMEZ. Op. Cit. p. 95

⁵¹ *Ibíd.* p. 96.

⁵² MAZEAUD y otros. Op. Cit. p. 254

caso depende entonces la aplicación en el sistema específico del derecho de opción del accionante para elegir entre uno y otro régimen.

Una vez la víctima opte por uno de los dos regímenes dentro del trámite procesal correspondiente, no podrá intentar ampararse en el otro régimen excluido puesto que, esto implicaría modificar la causa pretendida de la acción y actuar contra los actos propios *venire contra factum proprium*. Adicionalmente, vale subrayar que el accionante no podrá plantear ante instancias superiores recursos cambiando la calificación elegida en la primera instancia puesto que una vez fijado el litigio, el accionante no puede cambiar la materia que será objeto del mismo *mutatio libelli*. Igualmente, se debe sostener que el juez no podrá aplicar régimen diferente al acogido por el accionante pues esto significaría una sentencia *extra petitum*, la cual no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

En muchos casos se puede ver cómo puede llegar a ser más favorable para la víctima la aplicación de un régimen contractual que el régimen extracontractual. A manera de ejemplo, se puede ver estas ventajas en temas como el de la responsabilidad por hecho de los dependientes, donde claramente es mejor para la víctima el régimen contractual puesto que en la responsabilidad extracontractual se admite prueba exoneratoria para el civilmente responsable sobre los hechos cometidos por un dependiente, mientras que en responsabilidad contractual es más difícil exonerarse de dicha responsabilidad: el deudor siempre será responsable por los hechos de sus dependientes, subcontratistas y cualquier otro que este bajo su subordinación. Otro caso, se puede apreciar en las cláusulas que limitan la responsabilidad entre los contratantes, nada impide que dichas limitaciones no sean extensibles a el ámbito extracontractual alegando que la voluntad implícita de las partes ha sido extender dicha cláusulas, pues podemos entender que las partes, al momento en que reglaron un contrato, están en realidad reglando la relación existente entre las mismas, no solo respecto al objeto del contrato sino en general su relación. Sin embargo, es cierto que se siguen

viendo ciertas ventajas en la aplicación de la regla de la opción respecto de la indemnización integral de los perjuicios en el ámbito extracontractual y los regímenes de prescripciones propios de cada una de las responsabilidades.

Es importante señalar, como lo hace el autor Cavanillas Mugica⁵³, que la regla de la opción adquiere importancia únicamente en sistemas en los que las leyes procesales exijan la determinación y calificación jurídica de la acción ejercida y en consecuencia, se acepte la existencia de dos acciones procesales de reparación de daños por supuestos de responsabilidad civil diferentes. En segundo lugar, se debe analizar si en el sistema en que se pretende ejercer la opción es posible ejercitar la acción no escogida en otro proceso cuando el inicial no tuvo éxito o si por el contrario se extingue dicha alternativa cuando ya se ejerció una de ellas, pues la sentencia inicial constituye cosa juzgada. Por último, también se debe analizar si dado el caso que la acción ejercitada prospere, el accionante continúa con la potestad de ejercer la acción no utilizada cuando con la primera no se haya logrado el resarcimiento total de sus perjuicios.

A modo de síntesis, la acumulación de responsabilidades, como sostiene Blanco Gómez, se debe entender de la siguiente manera: *“En definitiva, puede decirse que la denominación de ‘acumulación de responsabilidades’ con que la situación a que se refiere la opción es tratada, se refiere más bien a una acumulación (alternativa, no conjuntiva) meramente procesal, conducente a una sola indemnización”*⁵⁴.

Los defensores de esta teoría encuentran como principios justificativos de la regla de la opción la aplicación de la norma jurídica más favorable. El autor García

⁵³ CAVANILLAS MUGICA. Op. Cit. p. 67.

⁵⁴ BLANCO GÓMEZ. Op. Cit. p. 106

Valdecasas⁵⁵ sostiene que la regla de la opción favorece a la víctima y busca la indemnización plena de la misma; mientras que, la teoría de la incompatibilidad entre ambas responsabilidades favorece al causante del daño. Concluye este autor que entre ambos, la víctima es “más digna de protección” que el responsable. Este autor se pregunta por qué el acreedor se ha de encontrar en una peor situación frente a su propio deudor que frente a un tercero como por ejemplo el depositante frente a su depositario, que estaría en una peor situación que en el caso de que le causara un daño a su bien cualquier otro tercero, encontrando absurdo e inexplicable este supuesto.

La teoría de la Opción sostiene que la responsabilidad civil extracontractual es la responsabilidad de derecho común y como se mencionó anteriormente, es absolutamente general en razón de su naturaleza, objeto y principios, por lo cual esta no puede ser excluida por la responsabilidad contractual a menos que, en el cuerpo del contrato se establezca lo contrario.

Ahora bien, es importante analizar la regla de la opción ante diferentes supuestos que constituyen casos en que su aplicación tendría sentido:

- Incumplimiento contractual que constituye una infracción penal: para Mazeaud y Tunc⁵⁶ no es relevante indagar sobre la naturaleza penal de la infracción civil. El hecho de que esta infracción civil sea al mismo tiempo una infracción penal es irrelevante a la hora de aplicar el régimen de responsabilidad, y el hecho que un incumplimiento devenga en una infracción penal no significa que la víctima tenga la facultad de escoger el régimen que se le debe aplicar, significa únicamente que, como víctima del delito penal, podrá intervenir en el proceso penal. Por otro lado, autores como Peirano sostienen que “*responsabilidad*

⁵⁵ GARCIA VALDECASAS, Guillermo. “El Problema de la acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”. En: Revista de Derecho Privado, tomo XLVI. 1962. p. 836.

⁵⁶ MAZEAUD y otros. Op. Cit.

*contractual debe ser aplicada exclusivamente al contratante normal, pero no al contratante que con su dolo traiciona la fe del contrato, se despoja de su calidad de contratante y merece, por ende, ser tratado como tercero*⁵⁷.

Encontrando un punto medio entre ambos autores, Caradonna⁵⁸ afirma que unos mismos hechos pueden producir al mismo tiempo la violación de una obligación y la comisión de un delito penal. En el caso en que el delito penal se cometa a título de dolo, tendrá prelación la calidad del delito sobre la calidad del contrato por el carácter público de la ley penal y por lo tanto se deberá aplicar el régimen aquiliano a los hechos. La víctima acreedora, podrá vincularse al proceso penal y presentar, por lo menos en el caso de régimen colombiano, un incidente de reparación⁵⁹ para así, poder resarcir sus perjuicios dentro del marco de un proceso penal, sin necesidad de acudir a la justicia civil ordinaria para reclamar una indemnización. Sin embargo, si la víctima no está discutiendo en sede penal la comisión de un incumplimiento contractual que excedió la órbita obligacional y se convirtió en un delito, entonces podrá perfectamente acudir a la justicia civil por medio del régimen de responsabilidad contractual para resarcir sus perjuicios puesto que, como se ha dicho, el hecho de que el incumplimiento de un contrato derive en un delito, no significa que esta responsabilidad cambia su naturaleza y pasa a ser tratada bajo el régimen aquiliano. Sin embargo, si la víctima opta por la persecución de su indemnización bajo el proceso penal, es decir, por medio del incidente de reparación, al menos en el caso colombiano, esta víctima deberá acogerse a un régimen extracontractual puesto que este es el tipo de régimen discutido en sede penal, con independencia de que el delito sea derivado de un incumplimiento contractual y dejando presente que la víctima, si así lo desea, en vez de proponer un incidente de reparación, puede iniciar

⁵⁷ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954. p.92

⁵⁸ CARADONNA. Op. Cit. pp.261 y ss.

⁵⁹ Código de Procedimiento Civil Colombiano (Ley 906 del 2004). Artículo 103

un proceso civil de responsabilidad contractual en aras de la consecución de una indemnización.

- Incumplimiento contractual con dolo: en este caso, como se explicó en el primer capítulo, es claro que el acreedor, podrá exigirle a su deudor una indemnización plena de sus perjuicios y no solo como es propio en este régimen, se limitaría la indemnización a los perjuicios previsibles al momento de celebrar el contrato. Al tener el sujeto por medio del régimen contractual la posibilidad de una indemnización plena, no se hace muy relevante la aplicación del principio de la opción. Sin embargo, en este punto es importante analizar qué pasa con las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad que comúnmente se encuentran en los cuerpos contractuales. Respecto a las mismas, sostenemos como principio general en el derecho colombiano que la limitación o exoneración de la responsabilidad no sería aplicable en el caso de comisión de un hecho doloso o con culpa grave puesto que la condonación del dolo futuro no está permitido en el ordenamiento colombiano⁶⁰.
- Daños que se producen entre partes vinculadas por un contrato pero que no derivan en un incumplimiento contractual: al no estar contemplados los supuestos del daño dentro del contrato, la víctima no puede acudir al mismo para lograr una indemnización, pero al mismo tiempo, la víctima se le estaría limitado el acceso a una vía extracontractual por la existencia de una relación contractual entre las partes. Sin embargo, algunos autores como Mazeaud-Tunc⁶¹ se han preguntado si la aplicación de una responsabilidad de tinte extracontractual no estaría yendo en contra de la voluntad expresa de las partes de regular su relación. Para resolver este punto, el ya citado autor, sostiene que debemos diferenciar entre dos tipos de supuestos: el primero, cuando las partes expresamente quisieron excluir estas obligaciones y el

⁶⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 1522.

⁶¹ MAZEAUD y otros. Op. Cit. pp. 285-288

segundo, cuando las partes estimaron innecesario u olvidaron incluir cláusulas al respecto.

Frente al primer supuesto de voluntad expresa de no incluir un pacto al respecto, se entiende que las partes, conociendo las obligaciones decidieron no responsabilizarse de un hecho contrario a las mismas. Frente a este tema es claro que la víctima no podría acudir al régimen extracontractual buscando una indemnización de estos perjuicios, puesto que el tema hace parte del ámbito contractual y más aun fue expresamente excluido del pacto entre las partes. En este punto, cabe la anotación que el pacto entre partes es válido siempre y cuando no sea contrario a una estipulación legal de orden público.

Frente al segundo supuesto, las partes no han estipulado una obligación específica por una de dos razones: i) conocían de la existencia de una norma extracontractual que podría suplir estos casos y por tal razón, consideraron innecesario su inclusión en el texto contractual o ii) olvidaron la inclusión de esta en el cuerpo contractual, por ejemplo, porque no sabían que se debía regular esta materia dentro del contrato. En el caso de un daño culpable, (teniendo en cuenta las particularidades en caso de actividades peligrosas y otros regímenes de responsabilidad con culpa presunta) la víctima podría perfectamente buscar una indemnización por medio del régimen extracontractual.

2.7 TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS

Respecto a la problemática de la concurrencia de responsabilidades, esta teoría entiende que frente a los daños de una víctima no hay pretensiones independientes ni distintas entre sí, sino que hay una pretensión única: El resarcimiento de la víctima y una causa única, el daño producido. La víctima no tiene la obligación de etiquetar cual es la acción que se ejercita, sino que

simplemente debe plantear los hechos generadores del daño en su demanda y dejar que el juez, quien es el que conoce de las leyes (*iura novit curia*), sea quien encuentre el régimen que más se ajusta a sus hecho.

Esta tesis surge del ordenamiento alemán, en donde se concibe entonces el análisis como una unidad material de la acción y se mira la acción resarcitoria procesal como una sola. Al demandar, la víctima únicamente debe poner de presente una pretensión: el resarcimiento de sus perjuicios y es el juez quien debe analizar todos los puntos de vista posibles. En este punto, la discusión se centra entonces en determinar si la acción contractual y extracontractual constituyen una pretensión única en sentido material y que por lo tanto su cesión, su renuncia e interrupción de prescripción se hace de manera conjunta para los dos regímenes⁶².

Otros ordenamientos como el español centran su discusión en la justificación de la unidad procesal entre ambas responsabilidades. Dando respuesta a esta discusión, se ha sostenido que la causa *pretendi* no es la calificación jurídica de los hechos, sino que esta calificación es potestativa del juez quien no está atado a la fundamentación jurídica estimada por las partes en la demanda o su contestación. Yzquierdo Tolsada nos da una clara definición sobre el tema:

La teoría del concurso de normas parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes. El demandante no ha de *etiquetar la demanda...* el juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido pro el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera...⁶³.

⁶² ALONSO TRAVIESA. Op. Cit. p. 463.

⁶³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. "La Zona Fronteriza entre la Responsabilidad Contractual y la Aquiliana: Razones para una Moderada unificación". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°603, marzo-abril 1991. pp. 443 y ss.

Entre los dos ordenamientos podemos encontrar entonces diferentes matices de esta teoría, mientras que en el ordenamiento alemán la discusión parece basarse en una cuestión material; en el ordenamiento español se trata sobre una cuestión procesal. Así, sin importar los diferentes matices, la tesis del concurso de normas es opuesta a la tesis del concurso de acciones de responsabilidad civil, la primera sostiene que hay una acción única, mientras la segunda supone que hay varias acciones dependiendo de la fundamentación jurídica alegada por el perjudicado.

Esta teoría surge en un ámbito penal cuando el hecho que le está siendo imputado a un sujeto se ajusta a varios tipos penales de los cuales, solo uno describe plenamente la conducta realizada, y ese será el aplicable. Esta teoría es importada del ámbito penal al civil con un matiz diferente, pues en esta esfera se aluden a unos mismos hechos (hecho dañosos) para la aplicación de una misma petición (resarcimiento de los perjuicios) pero fundamentándose en dos normatividades diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de esta teoría depende de que en el ordenamiento jurídico específico se entienda que el título jurídico (fundamento de derecho) hace parte de la causa *pretendi* o no, puesto que en el supuesto en que este incluida, el concurso de normas se reduciría sustancialmente pues se podría aplicar el concurso de normas en los supuestos en que a un hecho le sean aplicables varias normas con iguales consecuencias jurídicas. En cambio, si se considera que la causa *pretendi* está compuesta únicamente por fundamentos facticos, el concurso de normas será aplicable en mayor medida pues por la aplicación de varios supuestos jurídicos se podría llegar a tutelar unos mismos intereses jurídicamente protegidos en base a unos mismos hechos. En este sentido, frente a los casos fronterizos o difusos de aplicación del régimen contractual y extracontractual, se presentaría un concurso de normas de responsabilidad civil que no da lugar a dos pretensiones jurídicas diferenciables y autónomas entre sí, sino una única pretensión derivada de un mismo hecho

generador de un mismo daño y protectora de un mismo interés jurídico. Por lo cual, para esta tesis es esencial que la causa *pretendi* de la demanda este conformada únicamente por los supuestos de hecho para que la escogencia de una u otra norma no derive en la mutación misma de la petición. Apoyando este punto Mazeaud y Tunc sostienen:

(...) que rechazar la demanda porque el demandante se sitúe sobre el terreno contractual, o sobre el terreno delictual, es dar prueba de una estrechez de criterio que nada puede justificar normalmente. Tan solo en casos excepcionales la cuestión que se plantea ante el juez consiste en determinar verdaderamente si se ha cometido culpa contractual o una culpa cuasidelictual⁶⁴.

En este sentido, el juez no está obligado a ceñirse realmente por lo que las partes pidieron sino que podrá modificar las clasificaciones jurídicas sin que por ello incurra en incongruencias y en fallos *ultrapetita*. Es más, el juez tiene el deber de estudiar los hechos de la demanda desde todos los puntos de vista, recogiendo y valorando de oficio las diferentes normas jurídicas para fundamentar su decisión, no como las partes quieren que se haga sino como de acuerdo a su formación y criterio, verdaderamente correspondan. La aplicación de esta teoría, que a su vez implicaría la exclusión de los fundamentos de derecho de la causa *pretendi*, permitiría una amplia esfera de aplicación de la responsabilidad sin que ello constituya que el juez decida sobre una acción diferente a la planteada y por ende que emita un fallo que se considere *ultrapetita*. En consecuencia, la víctima gozará de una protección mayor ya que, sus pretensiones no serán rechazadas por haberlas sustentado normativamente de forma errónea, incompleta, imprecisa o incluso por no haberlas sustentado normativamente, puesto que el juez tendrá plenas facultades respecto a derecho, pudiendo subsanar estos vacíos. La víctima no sería la encargada de calificar los hechos dañosos, sino que el juez al momento de dictar una sentencia, deberá decidir sobre la naturaleza de los hechos sin que esto suponga la violación al derecho de defensa e igualdad del

⁶⁴ MAZEAUD y otros. Op. Cit.

demandado ya que la fundamentación jurídica no hace parte del objeto del proceso.⁶⁵ Del mismo modo, el punto de vista normativo que finalmente aplique el juez tampoco comportaría una incongruencia: como ya se mencionó; bajo esta teoría existe una pretensión única de responsabilidad. Además, ambas partes podrán ser libres de alegar las normas que más les convengan dentro del proceso judicial sin que por ello incurran en *mutatio libelli* o mutación de la demanda.

Frente a la constitución de cosa juzgada, siguiendo el mismo razonamiento jurídico, se tendrá que concluir entonces que, la sentencia constituirá cosa juzgada para ambas responsabilidades, puesto que sea que se resuelva acogiendo las normas civiles contractuales o extracontractuales, se basa sobre unos mismos hechos.

Discutido el criterio anterior, de tinte alemán, se debe analizar ahora el criterio para los autores que niegan la unidad sustantiva o material de ambos regímenes y se inclinan por sostener que la aplicación de esta teoría se debe discutir en el campo puramente procesal. Autores como Garnica Martín⁶⁶ abogan por que la identidad procesal no obsta a la dualidad material puesto que acción material y acción procesal son conceptos diferentes, por lo cual, a pesar de ser acciones sustancialmente diferentes, en el ámbito procesal es única. De acuerdo con lo anterior, el juez entonces podrá resolver cada caso en concreto de conformidad al régimen que le corresponda, es decir, estudiando de donde se deriva el daño o aplicando el régimen que, a su libre entender, le sea más adecuado para así evitar dilaciones y demoras en el proceso.

⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. "Identificación de las acciones. Sobre la regla '*ne eat iudex ultra petita partium*'. En: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europea-Americana, 1949. pp.273 y ss.

⁶⁶ GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. "La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Problemas del Derecho Sustantivo y Procesal". En: Revista Poder Judicial, N° 50, 1998. pp. 317 y ss.

Sin embargo, la existencia de esta unidad procesal sin una unidad sustantiva, como se plantea en ordenamientos como el español, podría presentar ciertos problemas desde una perspectiva de derecho sustantivo, pues al existir una dualidad sustantiva existen diferenciaciones en temas como renuncia, cesión y prescripciones independientes de ambos regímenes. Por lo cual, es necesario regular como se coordinará la interposición de dos acciones diferentes cada una intentando acudir a un supuesto normativo diferente.

A modo de conclusión, estimamos que la teoría del concurso de normas se fundamenta en el reconocimiento de que no existen diferencias de fondo entre los dos tipos de responsabilidades, sino que mirados desde la consecuencia jurídica, existe unicidad. Esta afirmación se debe, en todo caso, atenuar con ciertas aclaraciones. En primer lugar, es claro que se debe dar una cierta preferencia a las normas contractuales tanto legales como convencionales, puesto que negarlas significaría desarmonizar el sistema jurídico en general. Por lo cual se podría sostener que esta teoría apoya, más que un sistema único, un sistema híbrido de responsabilidades en el cual las normas en conflicto deben ser interpretadas con el fin de evitar antinomias propias de la dualidad de regímenes⁶⁷.

Finalmente, esta tesis ha sido criticada tanto en temas de derecho sustantivo como de derecho procesal. Respecto a temas sustantivos, se dice que la misma obvia todas las sistematización y diferenciación de los códigos civiles en donde cada régimen tiene diferentes principios, supuestos y prescripciones aplicables, por lo cual, no se puede sostener que ambos regímenes tienen una sola consecuencia jurídica: hay un sistema de valoración de la culpa diferente, unas prescripciones propias y unos criterios diferentes para definir la indemnización debida, y criterios de competencia propios⁶⁸. Respecto al tema procesal, se considera que la aplicación de esta tesis derivaría en la inseguridad procesal

⁶⁷ ALONSO TRAVIESA. Op. Cit. p. 476.

⁶⁸ CAVANILLAS MUJICA. Op. Cit. p. 199

provocando una situación de desventaja manifiesta al demandado ya que nunca tendrá claro cómo defenderse, pues sí el juez puede pronunciarse sobre fundamentos jurídicos que no están siendo aludidos por el demandante, el demandado se ve gravemente afectado en sus intereses al no poder ejercer plenamente el derecho a la defensa. La violación de este derecho se podría ver plasmada por ejemplo en un tema de competencia. En el caso de que el juez sea competente para la acción aludida por el demandante, el demandado no podrá oponerse a que este resuelva las pretensiones, pero si el juez decidiese aplicar una normatividad diferente, podría encontrarse entonces el demandado sin oportunidad de pronunciarse sobre la competencia frente a la normatividad acogida por el juez en la sentencia. Igualmente, se podrían presentar problemas en el caso de la prescripción, en donde el demandado no se puede pronunciar en la oportunidad procesalmente establecida sobre el tema porque la acción pretendida por el demandante no ha prescrito. Pero podría, por la aplicación de normas diferentes, perder la oportunidad de excepcionar ante la prescripción de estas últimas, violando tanto el principio de legítima defensa como el de contradicción. Por tanto, aunque esta teoría busca entre otras la economía procesal, este principio no puede prevalecer sobre el principio de seguridad jurídica, el cual protege la certeza de las actuaciones procesales y por ende la seguridad de los litigantes⁶⁹.

2.8 VIGENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y AQUILIANA

Tradicionalmente, y como ya ha quedado planteado, se ha considerado que el derecho de daños está dividido en dos regímenes: por una parte la responsabilidad derivada de un contrato, cuando haya un incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación previamente establecida entre las partes, que surge de un vínculo jurídico preexistente, singular y concreto; por otra parte, la responsabilidad

⁶⁹ ALONSO TRAVIESA. Op. Cit. p.479.

extracontractual derivada del incumplimiento de un deber general de cuidado en ausencia o por fuera de un vínculo jurídico obligacional entre las partes. Sin embargo, algunos autores como Rojas Quiñones⁷⁰ se han preguntado sobre la vigencia de esta distinción. En este pequeño aparte, se hace un recuento de la posición de este autor frente al tema, para poder concluir la relevancia y vigencia de la distinción sobre los dos regímenes de responsabilidad civil. La distinción de los dos regímenes de responsabilidad tiene su fundamento en la existencia o carencia de un vínculo jurídico de carácter obligacional entre las partes previo a la causación del daño. La normatividad civil colombiana, de tradición romana y francesa, lógicamente acoge este principio y distingue entre los dos regímenes de responsabilidad, pese a existir algunas normas que son de aplicación a ambos. Sin embargo, como veremos más adelante, esta distinción no es tan clara y cada vez es más acogida entre los doctrinantes una posición unificadora de ambos regímenes.

Las nuevas corrientes, apoyadas en criterios como el de buena fe, conveniencia, reparación integral de la víctima y equidad abogan por un sistema unitario en donde bien se pueda determinar unas particularidades de cada régimen, pero que a su vez, busque la “combinación” o yuxtaposición de los mismos en una protección óptima de los intereses de quien ha sufrido el daño.

Por su parte, la doctrina clásica acoge diversos criterios diferenciadores entre los dos regímenes de responsabilidad civil entre los cuales podemos encontrar los siguientes que, al ya haber sido tratados en el primer capítulo de este texto, únicamente se nombrarán: la necesaria constitución en mora del deudor contractual, las diferencias entre la capacidad aquiliana y contractual, la graduación de la culpa contractual, la reparación integral en materia

⁷⁰ ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad Civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014. p. 147 y ss.

extracontractual, la solidaridad propia del régimen aquiliano, el juez competente y los términos de prescripción.

Teniendo en cuenta los criterios diferenciadores anteriormente citados, esta doctrina reconoce la existencia de una dualidad de regímenes que además de estar apoyada en los criterios ya citados, se fundamenta en la necesidad de claridad del juzgador para cada caso en específico.

Concluyendo sobre la teoría clásica dualista podemos decir que la diferenciación entre los dos regímenes surge de la regulación legal y se fundamenta en el origen de la obligación indemnizatoria (el incumplimiento contractual o el incumplimiento de un deber general de cuidado) apoyado en el hecho de que las partes, en el ámbito contractual, han tenido la oportunidad de discutir y acordar sobre las obligaciones y derechos que se configurarán en cabeza de cada uno, teniendo así claridad sobre las cargas y riesgos que se asumen⁷¹. Por lo cual es apenas lógicamente consecuencial que no sea posible unificar este régimen con un régimen en el cual se regula la relación que nace entre dos sujetos a partir de un hecho dañoso, en donde las partes, víctima y causante, no han tenido la oportunidad de acordar o al menos saber cuáles riesgos están en cargo y que cargas asume cada uno. Es cierto que la ley da unos parámetros generales de los deberes de una persona con la comunidad o con los sujetos indeterminados creando un patrón de conducta al cual, en el ordenamiento colombiano se le denomina “Buen Padre de Familia”, sin embargo, este criterio, al ser un criterio universal y general se dificulta determinar su contenido y por lo tanto tener expresa claridad sobre el comportamiento esperado.

Por el contrario, podemos encontrar algunas teorías que abogan por la unicidad de la materia. Quienes sostienen estas posiciones, pretenden demostrar lo innecesario e inconveniente que deviene la diferenciación entre las dos

⁷¹ ROJAS QUIÑONES. Op. Cit. p. 155.

responsabilidades. Para estas doctrinas, las cuales acogen una posición moderna de la responsabilidad, la diferenciación clásica de los dos regímenes no se basa en diferencias trascendentales, irreconciliables o incompatibles sino en una diferenciación únicamente conceptual que sería factible de matizar sin afectar el ordenamiento jurídico actual. Para entender dicho argumento, se analiza cada uno de los puntos diferenciadores que clásicamente han justificado la separación de los regímenes y se demuestra que esta diferenciación en realidad no corresponde a la protección de principios fundamentales del ordenamiento jurídico, siendo entonces la diferenciación entre las dos responsabilidades no solo innecesaria sino también inconveniente:

- El origen: este punto ha sido uno de los grandes criterios diferenciadores entre ambos regímenes en la teoría clásica. Sin embargo, se puede sostener que la obligación de indemnización en sede contractual no se origina en el contrato sino que al igual que la indemnización extracontractual, esta surge de la ley que es la que establece el principio *pacta sum servanda* el cual consagra que los acuerdos entre las partes se deben cumplir, resultando de la violación del pacto la obligación legal y no contractual de indemnizar. Frente al tema De Trazegnies sostiene:

El contrato crea convencionalmente una obligación, no cabe duda: la de cumplir la prestación convenida. Pero la responsabilidad llamada contractual- que no es otra que la obligación de reparar cuando no se cumplió la obligación convencional-, no se funda en la convención o contrato sino en la ley. Al igual que en el caso de la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad contractual nace cuando se produce el daño: la obligación de reparar no es la materia del contrato, ya que esta es únicamente la prestación pactada. Es sólo cuando fracasa la convención, cuando el pacto no se cumple o se cumple insuficientemente y cuando tal incumplimiento provoca daños, que la ley hace nacer la obligación del causante de los daños (debido a su incumplimiento o a su mora) de pagar una indemnización (no pactada) a la parte damnificada⁷².

⁷² DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Bogotá: Temis, 2000. p. 325.

- La constitución en mora: como se vio en el primer capítulo de esta tesis, la constitución en mora es un requisito para el surgimiento de la responsabilidad contractual; sin embargo, esta afirmación no es absoluta, puesto que en casos como los de las obligaciones de no hacer, el deudor queda en mora inmediatamente incumple con su abstención. Igualmente esto ocurre en los casos de responsabilidad aquiliana, pues la violación a un deber general es un hecho negativo, es decir, no requiere una actuación sino más bien una abstención, siendo entonces de igual aplicación para estos dos supuestos de no hacer.
- Frente a la carga probatoria: se sostiene que en sede contractual la carga de la prueba se encuentra en cabeza del deudor, el cual se presumirá responsable cuando el acreedor no ha obtenido el resultado esperado o la prestación prometida; mientras que, en sede extracontractual, se ha sostenido que dicha carga pertenece a la víctima, el cual debe demostrar la configuración de los tres elementos de la responsabilidad aquilina. Esta postura no es cierta ya que respecto a la responsabilidad contractual, se debe tener en cuenta que en el caso de las obligaciones de medio, el simple hecho de no obtener el resultado esperado no implica un incumplimiento del deudor. Adicionalmente, frente al tema de las obligaciones de no hacer o el deber general de no causar daño, no se encuentra una real diferencia frente al tema probatorio puesto que en ambos casos quien alega dicha omisión debe probarla.
- Graduación de la culpa: este tema, según ha señalado la doctrina, deriva de la existencia de la autonomía de la voluntad privada en el campo contractual, pero que finalmente no incide de tal manera para una diferenciación de los regímenes. Esta idea, es apoyada por ejemplo, por el autor REGLERO CAMPOS quien explica que, la graduación o limitación de la culpa, propia de la responsabilidad contractual, incluso podría llegar a aplicarse en supuestos de

responsabilidad extracontractual cuando el demandado extracontractual es al mismo tiempo deudor del demandante.

- Competencia judicial: analizando este punto a fondo, encontramos que no es de trascendencia definitiva esta distinción, la regla en la responsabilidad extracontractual es que el juez competente para conocer la demanda de responsabilidad es el juez del lugar en el que se comete el hecho ilícito. Por su parte, el juez competente para conocer sobre la demanda de responsabilidad contractual es, normalmente, el del sitio en donde la obligación se debía cumplir.
- Prescripción de las acciones: la afirmación categórica de la doctrina clásica sostiene que las prescripciones de la responsabilidad civil aquiliana son las mismas, salvo contadas excepciones; mientras que en la responsabilidad contractual varía de acuerdo a cada contrato y no se puede acoger de manera universal, pues implicaría desconocer las diversas acciones creadas para las diferentes situaciones jurídicas. El término de prescripción que el legislador le asigna a cada una de las diversas acciones no indica su naturaleza, como también dos acciones pueden ser diferentes y tener el mismo término de prescripción⁷³.

Concluyendo, Valencia Zea señala que:

(...) la doctrina moderna enseña que no se tratan de dos clases de responsabilidad, sino de una misma responsabilidad, con unos mismos principios esenciales, pues la diferencia entre una y otra se refiere al régimen, es decir, a cuestiones accesorias, impuestas por la distinta calidad de los derechos violentados en una y otra responsabilidad. En general, el concepto de responsabilidad lo hemos referido a la obligación, de reparar el perjuicio causado en razón de un acto ilícito y tan ilícito es violar un derecho absoluto,

⁷³ PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana. Volumen II, Parte Primera. Cuarta Edición. Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. p. 65.

como incumplir un contrato. Así mismo, en cuanto a los elementos que la estructura ambos son iguales, pues en ambas se exige un acto ilícito, un daño y un nexo causal⁷⁴.

Es así como se puede ver que en la doctrina hay una marcada tendencia a la unificación de los regímenes sosteniendo que la distinción entre ambos tipos de responsabilidades, además de no ser necesaria, tampoco es conveniente. En el caso de la víctima, esta distinción le impone una carga de juicio jurídico, la cual, en algunos casos fronterizos es difícil de asumir creando inseguridad ante el resarcimiento de sus perjuicios supeditando dicha reparación a una formalidad jurídica que está lejos de ser unánime entre los doctrinantes e incluso la jurisprudencia.

Sin embargo, bien es cierto que el principio de la no opción tiene un fin al que no se le puede restar importancia, este es proteger la fuerza vinculante del contrato. Si la víctima puede reparar sus perjuicios por la vía extracontractual o contractual indistintamente, así exista entre ella y el responsable un vínculo jurídico previo, con sus propias reglas y limitaciones, se estaría desconociendo en sí la existencia del contrato entre las partes y los términos previamente por ellas pactados. Siendo así las cosas, no tendría ningún sentido el pacto entre las partes para regular una relación jurídica y la institución misma del contrato sería innecesaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es claro que el principio de la opción es necesario para conservar la institución misma del contrato, también es cierto que en algunos casos, que la doctrina ha llamado zonas grises o fronterizas, es difícil justificar la carga que se le impone a la víctima de calificar la demanda, generando entonces una restricción en el acceso a la justicia. Esto es lo que sucede, a manera de ejemplo, en el incumplimiento de una obligación alimentaria, o de la

⁷⁴ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil de las obligaciones. Tomo II, IX Edición, Ed. Temis, 1998, p. 152.

responsabilidad derivada de las relaciones de consumo, en la infracción de los deberes secundarios de conducta o de la responsabilidad precontractual⁷⁵.

Adicional a esto, encontramos que en la actualidad, como ya se mencionó, en la mayoría de los contratos no encuentra esa esfera de autonomía de la voluntad privada que es uno de los fundamentos mismos de la distinción de las responsabilidades. Hoy en día, la mayoría de los contratos se encuentran determinados, en su totalidad por una de las partes o incluso por el estado, quedando limitada la voluntad de una o ambas partes a la simple adhesión en los términos impuestos. Este tipo de contratos, llamados contratos de adhesión ponen en duda la intuición clásica del contrato definida como un concurso real de voluntades de dos o más personas encaminadas a crear efectos jurídicos y ponen en duda a su vez el régimen de responsabilidad aplicable en estos caso, pues aunque víctima y responsable estén vinculados por un contrato, este en realidad no es un acuerdo de voluntades y en algunos casos ni siquiera nace de la libertad y la autonomía de la voluntad privada, como en el caso de los seguros obligatorios.

Atendiendo a la idea anterior, el autor Cárdenas Villareal plantea que:

(...) desde el punto de vista conceptual y de cara a una futura reforma legislativa que eventualmente unifique las diferencias normativas reales pero contingentes la cuestión pasa por revisar los fundamentos teóricos y políticos-económicos de la distinción, en el fondo, se trata de determinar si lo que llamamos responsabilidad contractual tiene la misma naturaleza (origen y función) de lo que llamamos responsabilidad delictual. Y si el incentivo a la circulación de los bienes, puede justificar que las víctimas de ciertos daños ligados al incumplimiento contractual no sean reparadas⁷⁶.

⁷⁵ ROJAS QUIÑONES. Op. Cit. p. 162

⁷⁶ CARDENAS VILLAREAL, Hugo A. El ilícito reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la responsabilidad contractual. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Tomo I. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 2011, p. 713.

Es así como sostenemos que los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la indemnización de la víctima deben estar supeditados a la noción de la justicia, la reparación del daño y protección de la víctima y no supeditados al origen de los daños. Incluso, podemos llegar a esta afirmación reconociendo la existencia de regímenes híbridos como el de responsabilidad por productos defectuosos, el cual supone una unificación de supuestos de ambas responsabilidades sin poner en peligro las instituciones jurídicas clásicas y el ordenamiento del régimen jurídico de responsabilidad en general.

3. POSICIONES JURISPRUDENCIALES EN COLOMBIA

En este capítulo se pretende realizar un acercamiento a las posiciones más relevantes que han adoptado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional respecto al tema acá tratado. Este capítulo no pretende entonces realizar una línea jurisprudencial sino un panorama histórico general de la evolución de este tema en las altas cortes colombianas y demostrar cuales han sido las posturas mayoritarias y el entendimiento de esta problemática en el ordenamiento colombiano mirado desde las construcciones jurisprudenciales de dos de las principales corporaciones judiciales de Colombia.

3.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Es importante resaltar que la jurisprudencia de Colombia, especialmente la Corte Suprema de Justicia no ha sido indiferente al tema que acá se ha venido tratando y que en múltiples sentencias ha tocado puntos específicos de las discusiones doctrinales antes vistas. Siendo así, la Corte se ha referido específicamente a las diferentes posiciones doctrinarias y ha aclarado la posición adoptada en el ordenamiento colombiano, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial, de la siguiente manera:

Debe dejarse sentado que a pesar de que existen corrientes doctrinarias que de tiempo atrás propugnan por la unidad de la responsabilidad civil, es lo cierto que en el derecho colombiano y particularmente en lo que hace a la jurisprudencia de la Sala, tales diferencias, positivamente identificables (referidas a la prescripción, solidaridad, capacidad para cometer delito o culpa y para ser responsable contractual, a la tridivisión de la culpa predicable de la responsabilidad contractual, a la constitución en mora, a la prueba de la culpa, etc.), deben ser tenidas en cuenta en tanto de ellas se derive una consecuencia jurídica de interés. En ese sentido, la Corte ha reconocido en ciertos eventos la irrelevancia de la distinción, como en la responsabilidad por productos defectuosos⁷⁷.

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 85001 3189 001 2000 00108 01. 24 de febrero del 2015. M.P Jesús del Valle Rutén Ruiz.

De acuerdo con la sentencia anterior, se entiende entonces que el órgano de cierre de la justicia ordinaria del ordenamiento colombiano, diferencia entre los dos tipos de responsabilidades civiles en principio, y encuentra diferencias de fondo entre ambas. Así, la Corte pregona por una tesis marcadamente dualista y sostiene que esta posición está fuertemente arraigada en el ordenamiento colombiano, principalmente en el Código Civil. En el mismo sentido, la Corte argumenta que la diferenciación entre los dos tipos de responsabilidades no es simplemente un ejercicio académico y un capricho del legislador, sino que además las diferencias teóricas implican también una diferenciación de tipo práctico que es necesaria para el ejercicio judicial en los casos de responsabilidad civil. En este sentido, la corte ha expresado que:

El Código Civil destina el título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas. (...) Estas diferentes esferas en que se mueve la responsabilidad contractual y la 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 el mecanismo probatorio⁷⁸.

Sin embargo, recientemente la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que dicha diferenciación tiene sentido en cuanto esta derive consecuencias jurídicas de interés y que en algunos casos o regímenes especiales es irrelevante la distinción entre estos dos tipos de responsabilidades, como en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos. Frente a este tema específico, el cual es una excepción al sistema general de la distinción entre los dos regímenes, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la escogencia entre uno de los dos regímenes carece de importancia por la naturaleza misma de la acción y por que lo que se busca con la aplicación de la misma es, entre otros, la protección al consumidor y control de los productos que salen al mercado. Al respecto, la Corte señala que,

⁷⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial No. T LXI, p. 770

debido a que el productor o proveedor ha decidido poner en el mercado el bien o servicio, estos deben garantizar la idoneidad y calidad del mismo y *“no puede resultar indiferente a sus eventuales defectos o anomalías ni a los peligros y riesgos que estos pudieren generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final”*⁷⁹. Concluyendo entonces que *“(…) se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante”*⁸⁰. De esta forma se puede ver entonces como en algunos casos aislados y determinados se acepta que la víctima pueda buscar el resarcimiento de los perjuicios generados por una responsabilidad civil sin acudir a ninguno de los dos regímenes clásicos de la responsabilidad sino, refiriéndose específicamente al hecho generador del daño, que en este caso es el producto defectuoso.

Respecto a la carga de la calificación de la demanda en uno u otro régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, en efecto, la demanda y la contestación, compuestas tanto por los hechos en ellas expuesta como por las pretensiones, atan y vinculan las partes y al mismo tiempo delimitan el campo de decisión del juez, teniendo este último que atender a dichos lineamientos so pena de caer en un vicio *in procedendo* y producir un fallo desarmónico. En este sentido, la Corte ha reiterado en varias oportunidades que: *“no sólo los hechos ni el, derecho fundamentan una demanda, sino que para promover una pretensión es necesario relacionar los hechos con su figura legal; se trata de un silogismo y precisa aportar sus dos premisas (la mayor, el derecho; la menor, los hechos), ya que la conclusión no se puede obtener a partir de una sola y sí de la relación entre las dos”*⁸¹. De lo anterior, la Corte desprende entonces la importancia de la calificación y delimitación de las pretensiones a uno de los regímenes de la

⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. 30 de abril de 2009. M.P Pedro Octavio Munar Cadena.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 85001 3189 001 2000 00108 01. 24 de febrero del 2015M.P Jesús del Valle Rutén Ruiz.

responsabilidad civil existente y la limitación del principio de *iura novit curia* que permite al juez la calificación de la demanda de responsabilidad en uno u otro régimen después de realizar un estudio de los hechos.

Frente al principio *iura novit curia* la Corte ha manifestado que en realidad este no hace referencia a la potestad que tiene el juez frente a la calificación de la demanda entre un régimen y otro, sino ante la posibilidad que tiene el juez de encontrar las normas aplicables al caso cuando estas no sean expresamente nombradas por las partes en el texto de la demanda y su contestación. La aplicación de este principio pretende entonces que, partiendo de las bases fácticas sentadas por la demanda, el juez seleccione los preceptos legales que estime justos y adecuados para el caso concreto así estas sean contrarias a las alegaciones jurídicas que las partes aludieron. Sin embargo, este poder del juzgador debe circunscribirse a unos límites para no incurrir en un vicio de incongruencia positiva, puesto que se debe tener en cuenta que *“determinada claramente en la demanda cual es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre la que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda”*⁸². Es decir, existe un deber de congruencia entre lo que reclama el demandante en juicio y la sentencia que se emita al cabo del mismo refiriéndose esta congruencia no solo a los hechos litigiosos sino también a las pretensiones emprendidas por el demandante.

Esta limitación es fundamentada para la Corte en aras de la protección del derecho de defensa del demandado y el principio de lealtad procesal entre las partes. Siendo así, la ya citada corporación ha señalado que:

⁸² Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Del 19 de Febrero del 1999, exp. 5099 M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

En cuanto concierne al demandante, sólo puede proponer hechos básicamente en la demanda y su reforma (excepcionalmente en las articulaciones), definiéndolo así no sólo ante la autoridad judicial llamada a darle una respuesta acompañada a lo que pide, sino también frente al demandado que convoca y que por lealtad y para garantizarle el ejercicio pleno de su derecho a la defensa debe serle dado a conocer con exactitud por qué y para qué es llamado al proceso⁸³.

Acorde a la posición adoptada por la Corte, el art. 305 del Código de Procedimiento Civil ha establecido que la sentencia debe estar en consonancia tanto con los hechos como con las pretensiones aducidas en la demanda prohibiendo entonces condenar al demandado por objeto distinto al pretendido en la demanda o por una causa diferente a la invocada por el demandante⁸⁴, el mismo precepto se estipula en el artículo 281 del Código General del Proceso.

La posición de la Corte frente a la calificación de la demanda antes expuesta es entonces una carga adicional que se le exige al sujeto para el acceso a la justicia, agravando su situación en algunos casos fronterizos de responsabilidades y llevando a la desestimación de las pretensiones pretendidas por la víctima inclusive cuando los elementos propios de la responsabilidad ya han sido probados. La posición jurisprudencial anteriormente expuesta se puede ver claramente identificada en diferentes sentencias en la que se destaca la sentencia del 29 de julio de 2002 en donde la Corte desestima las pretensiones de indemnización de perjuicios por parte del responsable a la compañía de seguros subrogada por no haberse acogido al régimen de responsabilidad extracontractual,

⁸³ *Ibíd*

⁸⁴ Código de Procedimiento Civil, art. 305: “*Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”

habiendo incluso reconocido la existencia del daño y el nexo causal entre el daño y el responsable. Al respecto la Corte argumentó:

(...) es preciso decir que si la demandante se subroga en el mismo derecho que le cabía al asegurado contra el tercero responsable del siniestro - el transportador y el propietario del vehículo, en este caso - y que si dicho derecho no es de estirpe contractual, sino extracontractual, aquélla únicamente se hallaba legitimada para recuperar la indemnización que pagó en virtud del contrato de seguro invocando y probando los hechos constitutivos de la obligación a cargo del responsable civil de acuerdo con la naturaleza de la responsabilidad que le da origen, o sea la extracontractual, y no, como lo hizo, alegando en su favor los derechos del remitente y del destinatario que fueron parte en el contrato de transporte, y que le son completamente ajenos⁸⁵.

En este mismo sentido, la Corte ha sostenido que:

Para los órganos sentenciadores es en absoluto vinculante la clase de acción ejercitada por el demandante y si no cuentan con autoridad para variarla desconociendo a su arbitrio los elementos subjetivos y objetivos que la identifican, 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; la naturaleza de este último, regulada en todos sus particulares con amplitud por la ley⁸⁶.

De acuerdo a la argumentación anterior, la corte entiende que no es posible condenar al demandado por causas diferentes a la invocada en el petito de la demanda conservando así la concordancia entre lo pedido y lo resuelto en la sentencia y la razonabilidad en la argumentación y correlación del juez siendo incluso la violación de este precepto una de las causales en las que procede el recurso de casación según lo previsto en el numeral segundo del art. 368 del

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 6129. 29 de julio de 2002. M.P Nicolás Bechara Simancas.

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 5099. 19 de febrero del 1999. M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Código de Procedimiento Civil y numeral tercero del art. 336 del Código General del Proceso⁸⁷.

En este orden de ideas, la Corte advierte que la distinción entre la responsabilidad civil aquiliana y contractual es importante para determinar el alcance y clases de perjuicios que se le deben reconocer a la víctima, sosteniendo entonces que los perjuicios reparables propios de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo al principio de reparación integral, comprenden tanto el daño emergente (hasta el momento del pago) como el lucro cesante y perjuicios morales⁸⁸. Para el caso de la responsabilidad contractual, expone entonces que son indemnizables, en principio los perjuicios patrimoniales, entendidos como el lucro cesante y daño emergente. Es entonces la reparación de los perjuicios uno de los principales consecuencias relevantes para la adopción de una tesis dualista en Colombia, puesto que en esta tesis, el pago de perjuicios al acreedor está limitado por la autonomía de la voluntad privada y por la naturaleza y alcance de las obligaciones que se incumplieron por parte del deudor.

Frete al tema de la culpa, y la distinción que existe entre la culpa contractual y extracontractual la Corte ha sostenido que existe una diferenciación entre los dos tipos de culpa, lo que lleva a concluir que también existe una diferenciación clara entre las dos responsabilidades. Si bien es cierto que existen doctrinas unificadoras que entienden que la violación de una obligación contractual es al mismo tiempo la violación de la ley, afirma que esta unificación podría en riesgo la organización legal y jurídica acogida por nuestro sistema y desataría una trasgresión a las normas legales establecidas al respecto:

⁸⁷ El texto del numeral segundo del art. 368 del Código de Procedimiento Civil y el numeral tercero del artículo 336 del Código General del Proceso se consagra: “*Son causales de casación: (...) 2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*”.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Exp. 85001 3189 001 2000 00108 01. 24 de febrero del 2015. M.P. Jesús del Valle Rutén Ruiz

(...) dificultad doctrinal de saber si en realidad cabe ser unificada la noción de culpa civil, contractual y extracontractual. Porque si de manera absoluta fuese admitido que la responsabilidad por violación de un vínculo contractual emana siempre directamente de la ley y no del mismo contrato con fuerza obligatoria para las partes, se haría del todo inoficiosa la organización legal y jurídica establecida para distinguir la responsabilidad por culpa contractual de la responsabilidad por culpa aquiliana, ya que en ambas hipótesis se contemplaría siempre la transgresión directa de las normas legales⁸⁹.

La Corte entonces entiende que la unificación de la culpa y por lo tanto de los dos tipos de responsabilidades implicaría un retroceso en la actividad judicial y contrariaría las instituciones propias establecidas por el derecho latino.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte señala que existen algunos casos en que tanto la culpa contractual como extracontractual pueden encontrarse en unos mismos hechos. Esto se debe a que ambas culpas implican un error de conducta teniendo entonces rasgos en común. Por esta razón, se reconoce entonces que en algunos casos específicos la existencia de una culpa aquiliana puede llevar al mismo tiempo al rompimiento de un vínculo contractual o puede ser cometida con ocasión a un contrato, pero estos casos excepcionales no permiten la generalización de dicho fenómeno y el fundamento de la unificación de la culpa.

Pero por mucho que la doctrina, la jurisprudencia y la ley quieran diferenciar las culpas contractual y extracontractual y conservarles su carácter específico, es lo cierto que tanto la una como la otra implican errores de conducta que les dan rasgos comunes, sin que por ello pierdan su fisonomía propia.

Eso 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, (...).

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. 20 de abril del 1954. M.P. José Hernández Arbeláez.

(...) Esta norma obliga siempre (art. 2356 Código Civil), aunque es cierto que la responsabilidad que de ella dimana puede ampliarse o restringirse, dentro del marco del orden público y las buenas costumbres, por virtud de estipulación contractual. De manera que en el fondo ambas culpas son del mismo género, no obstante existir entre ellas varias notas características que permiten diferenciarlas específicamente⁹⁰.

Es cierto, entonces, que al examinar unos hechos concretos se puede encontrar que el hecho que causa la responsabilidad extracontractual es al mismo tiempo un incumplimiento del vínculo contractual y por tanto fuente de la responsabilidad derivada de esta última. Esto se debe a que la responsabilidad aquiliana abarca íntegramente el derecho privado, puesto que según señala el art. 2356 del Código Civil *“por regla general, todos los daños que puedan imputarse a malicia o negligencia de otra persona deben ser reparados por esta”*. Por esto, es que se puede considerar que la responsabilidad civil aquiliana es la responsabilidad común o el régimen general de reparación por culpa; mientras que la responsabilidad civil contractual es un régimen especial que se aplica a unos supuestos específicos y que tiene una esfera de acción más limitada, existiendo entonces entre las dos una relación de género especie. Siendo aplicable la culpa o responsabilidad contractual cuando se den los supuestos para la mismo.

La Corte ha aceptado que se pueden presentar casos en que coexistan los dos tipos de responsabilidades por no ser estas contrarias, pero deja en claro siempre que estas dos responsabilidades no pueden ser pretendidas por la víctima ante unos mismos hechos puesto se generaría una doble indemnización y por ende un menoscabo injustificado al patrimonio del responsable.

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

⁹⁰ Ibíd.

doble indemnización emanada del mismo hecho culposo. Elegida una acción se excluye la otra, si no es invocada en forma subsidiaria.

(...)Si el hecho en sí mismo considerado constituye culpa aquiliana, puede suceder que al propio tiempo viole la obligación nacida de un contrato, o que ponga al deudor en imposibilidad de cumplirla.

Habrá entonces una alternativa para pedir la indemnización; y todo indica que es al damnificado a quien corresponde elegir entre las dos acciones y no al autor del daño, quien habría de fundarse en su propia falta para pretender el derecho de ejercitar esa alternativa, e impedir que se le demande o bien por responsabilidad extracontractual, o bien por la responsabilidad emanada del incumplimiento del contrato⁹¹.

Si bien es cierto que en nuestro sistema no se permite una doble indemnización a la víctima por medio de los dos regímenes de responsabilidad y ante unos mismos hechos dañosos, se debe tener en cuenta algunos casos que tocan directamente esta afirmación. La Corte en sentencia de casación del 12 de agosto de 1948 dio la posibilidad a los herederos del sujeto que fallezca en un accidente de transporte ejercitar cualquiera de las dos acciones, la indemnizatoria por el incumplimiento contractual, colocándose entonces en la posición del contratante fallecido demandando como sucesor y para la sucesión de la víctima las reparaciones a las que haya lugar de acuerdo al contrato, o la reparación por medio del régimen aquiliano desvinculándose de toda relación jurídica preexistente y demandando directamente el interés propio y el daño que se le ha causado no como heredero sino personalmente⁹². Aunque ahora esta posición jurisprudencial ha evolucionado y se ha aceptado que el heredero de una persona fallecida en la ejecución de un contrato tiene normalmente dos acciones a su favor: la acción hereditaria en donde toma la posición misma del fallecido y demuestra los perjuicios que en su cabeza se causaron y la acción personal, en donde el heredero demuestra los perjuicios propios, patrimoniales y morales, derivados del fallecimiento de la

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. 12 de agosto de 1948, M.P Aníbal Cardisi Gaitán.

víctima⁹³. Esta sentencia nos trae un recuento histórico de la noción de la Corte frente a los casos en que a unos mismos hechos se le pueden aplicar los dos regímenes de responsabilidad y que en algunos casos no son excluyentes.

3.2 CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, debido a una demanda de inconstitucionalidad al artículo 1616 del Código Civil, tuvo la oportunidad de emitir una sentencia de constitucionalidad del artículo y tratar directamente la relevancia de la distinción entre los dos tipos de responsabilidades. En dicha demanda, los accionantes sostienen que el artículo 1616 del Código Civil es violatorio de la Constitución puesto que establece una limitación a la indemnización de perjuicios impidiendo una indemnización integral a la víctima y arrebatándole el derecho de ser devuelta al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, quebrantando entre otras, la dignidad humana y los derechos de igualdad, de propiedad privada y justicia, de esta manera los demandantes sostienen que en dicho artículo se

⁹³ Al respecto, la Corte sostiene que: *“el daño podrá causarse a uno o a varios titulares de intereses, en el evento en que en línea de principio, a cada cual, le asiste el legítimo derecho para obtener el resarcimiento de su detrimento exclusivo, singular, concreto y específico. En otros términos, interés legítimo para reclamar la indemnización, todo sujeto o grupo de sujetos, a quien se causa un daño, reclusus, lesión inmotivada de un derecho, valor, círculo o esfera protegida por el ordenamiento jurídico. En veces, no obstante, un sujeto está legitimado para reclamar la reparación no solo de su propio daño sino del ocasionado a otro, entre otras hipótesis, con la muerte de la víctima, por la cual sus herederos adquieren ope legis legitimación para pretender la indemnización inherente al quebranto de sus derechos. Más exactamente, los herederos de una persona fallecida, obtienen interés sustancial mortis causa en la acción de su causante por el daño infligido a su esfera jurídica, que ejercen por, en su lugar y para la herencia, en cuyo caso, el titular de los intereses conculcados es el de cuius, la reparación concierne a éste y su fallecimiento comporta la transmisión per ministerium legis de su derecho. Se trata de la acción correspondiente a la víctima transmitida por la muerte a sus herederos para resarcir el daño por el detrimento de sus derechos, valores e intereses jurídicamente protegidos, diferente a la personal por el menoscabo directo, propio e individual experimentado por un sujeto a consecuencia de la defunción del causante, respecto de cuya indemnización tiene legítimo interés. Son acciones distintas por sus titulares, derechos quebrantados y finalidad resarcitoria de daños diferentes; en el primer caso, el heredero ejerce la acción iure hereditatis o transmitida por causa de muerte, y en el segundo, la propia, iure proprio respecto de su daño, y el detrimento recae sobre intereses de diversos titulares, cuyo contenido y extensión, atañe al menoscabo recibido por cada cual.”* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ. Exp. 11001 3103 035 1999 02191 01. 9 de julio de 2010. M.P William Namén Vargas).

establece un impedimento a la administración de justicia a favor de la persona cuyos bienes se vieron afectados por un tercero, desconociendo el derecho de la víctima a una indemnización plena y a un orden justo y favoreciendo un enriquecimiento sin causa de un agente dañoso.

A partir de las pretensiones anteriores, la Corte Constitucional analiza las tesis unificadoras de la responsabilidad civil, afirmando que, de acuerdo a la posición sentada por la Corte Suprema de Justicia, con la cual concuerda, se deben distinguir entre los dos tipos de responsabilidades, puesto que ambas obedecen a preceptos dañosos diferentes y están encaminados a dos tipos de resarcimiento de la víctima de acuerdo al régimen incumplido, al respecto la Corte sostiene que:

Quando se acuda a teorías como la que pregona la unidad de la culpa civil o a cualquiera otras de alcance similar, orientadas a poner de manifiesto por diversos caminos que sólo son accesorios o secundarios los matices diferenciales que registran los dos tipos de responsabilidad en cuestión, algo sí resulta ser indiscutible y es que en la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, 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 perjuicios⁹⁴.

Siendo entonces negada por la Corte la posibilidad de pregonar por la unidad de los dos tipos de responsabilidades, pasa a referirse a la tesis acogida por el ordenamiento colombiano en donde claramente se distinguen dos regímenes de responsabilidad civil, siendo así diferenciada la responsabilidad contractual de la extracontractual en los siguientes términos:

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes⁹⁵.

La Corte Constitucional ha sostenido que en principio es preciso hacer una clasificación de la responsabilidad civil, tomando como principal factor la fuente de generación de la responsabilidad. Es así como sostiene que la responsabilidad contractual es de orden privado, surge en el campo de los derechos de crédito y solo obra en unos supuestos exclusivos y limitados “*vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico*”⁹⁶; por su parte, la responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual tiene origen no en el incumplimiento de obligaciones sino en un hecho jurídico bien sea un delito o ilícito de carácter civil. Teniendo en cuenta la diferenciación anterior, esta misma Corporación ha entendido que la distinción se debe hacer en los efectos que generan la autonomía de la voluntad privada, que finalmente está plasmada en el cuerpo de los contratos, que se constituye en ley para las partes y limita las normas abstractas dispositivas que tratan los temas de responsabilidad, cosa que no sucede en el campo de la responsabilidad aquiliana. En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho:

Esta clasificación, en la que se sustenta una tesis dualista de la responsabilidad civil, parte de la consideración de que es preciso hacer una clara distinción entre los efectos que genera el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, plasmada en el acuerdo de voluntades que es ley para las partes (contratos) y los que se producen como consecuencia de la voluntad del Estado plasmada en la ley⁹⁷.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

Frente al tema de la limitación o el alcance de la indemnización de los perjuicios contractuales, la Corte Constitucional ha señalado que, la delimitación de los mismos y la diferenciación del régimen contractual y extracontractual no constituye una desventaja per se para la víctima contractual y que el hecho de que se indemnicen todos los perjuicios directos (previsibles e imprevisibles) en materia contractual cuando exista dolo o culpa grave no constituye un trato desigual a las víctimas, ni un resarcimiento parcial de los perjuicios sufridos por ellas. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que:

En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que “Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas⁹⁸”.

De acuerdo a las dos posiciones sentadas por dos de las altas cortes del ordenamiento colombiano, a modo de síntesis, podemos decir que, dicho ordenamiento acoge una posición dualista de la responsabilidad civil en donde es necesario delimitar el alcance y función de sus dos regímenes. Igualmente, ambas tribunales, señalan que la distinción de la responsabilidad civil no es un simple capricho o arraigo doctrinal en el ordenamiento sino que de él derivan consecuencias prácticas, siendo entonces la distinción necesaria no solo para la protección de derechos fundamentales como el derecho de defensa del demandado sino también para la delimitación del actuar del juzgador en aras de la coherencia entre lo pedido en sede judicial y lo otorgado por las sentencias judiciales.

⁹⁸ *Ibíd.*

4. TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA EN OTROS PAÍSES

La problemática puede verse reflejada en muchos ordenamientos jurídicos y su tratamiento es diferente según la normatividad redactada, su antigua o moderna redacción, y la interpretación que la jurisprudencia da de ésta. Igualmente, la mayoría de los doctrinantes han tocado el tema, y como vimos, han propuesto numerosas posturas acerca de cómo eliminar la dualidad o permanecer en ella y su importancia. Sin embargo, para el presente trabajo se analiza el tema en países como Chile, España y Argentina.

En Chile, por su indiscutible similitud del Código Civil con el Código Civil colombiano, prácticamente una copia, es importante analizar como se ha desarrollado el tema a lo largo de los años por la jurisprudencia, pues ambas, la chilena y la colombiana, parten de un mismo texto, pero del cual puede interpretarse numerosas situaciones. Se escogió España, pues la influencia doctrinaria es notable en Colombia, como vimos a lo largo del trabajo, numerosos autores Españoles han abarcado el tema, añadiendo a esto la identidad del idioma. Argentina está pasando en este momento por el final del Código Civil que actualmente rige en este país y que rigió por tantos años -140 años- y a partir del año entrante regirá uno nuevo, es importante analizar los cambios que tendrá el Código Civil en cuanto a la responsabilidad civil, y si frente a esta, se ha solucionado el tema de la dualidad de responsabilidades y si se verá reflejada la importancia de ésta en alguna norma.

4.1 CHILE

Desde 1944 se establece en el derecho chileno que *“como regla general, el cumulo de responsabilidades no es aceptable por que ello sería desconocer la Ley del contrato (...)”*⁹⁹. Como se ve, ha existido en el derecho chileno una fuerte y sólida concepción de que la responsabilidad aquiliana y la contractual son incompatibles, prohibiendo al acreedor renunciar a las normas contractuales e iniciar un proceso invocando la responsabilidad extracontractual. Sostiene la jurisprudencia de este país que, la responsabilidad aquiliana es precisamente para eso: los casos en que no hay un vínculo previo entre el agente generador del daño y la víctima, quien en estos casos es un tercero para el agente. El ordenamiento jurídico chileno tienen una normatividad con alcance y extensión diversa, lo que deriva en una gran variedad de indemnizaciones de perjuicios dependiendo del tipo de responsabilidad que se invoque.

En este sistema no únicamente existen diferentes acciones para invocar cada los dos tipos de responsabilidad, sino que además, son regímenes con términos de prescripción, culpa, daño e indemnización completamente aislados. Es importante para la doctrina chilena también establecer el fin último de ambas responsabilidades para así determinar tajantemente su individualidad. Mientras la responsabilidad contractual es derivada de un incumplimiento contractual o de un incumplimiento perfecto, la responsabilidad extracontractual claramente persigue la reparación del daño causado por la comisión de actos culposos o dolosos, es esta una de las razones por la cual la víctima no podrá invocar el régimen que considere y mucho menos el juez puede cambiar el punto de vista invocado en la demanda y proferir fallo conforme a normas que no fueron invocadas por la parte por lo cual está llamado a desestimar la pretensión cuando se invoca el régimen

⁹⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia del 2 de diciembre de 1944. Confirmada por la sentencia de la Corte Suprema, 18 de abril de 1950, R.D.J., t. XLVII, sc. 1^a, 1950, p. 127 y ss. (cdos.3^o y 4^o).

que no es aplicable o de lo contrario se encontraría inmerso en un vicio de *ultra petita*¹⁰⁰.

Establece la jurisprudencia, que las normas deben ser claras desde el principio del proceso puesto que la estimación o desestimación de las pretensiones se basará siempre en el régimen que le sea aplicable a esos hechos, y así, analizar si se dan los presupuestos señalados en las normas. De esta manera lo explica la doctrinante Alonso Traviesa:

Acogido el resarcimiento del daño en base a las normas de un régimen, se debe desestimar la acción interpuesta en base a las reglas no invocadas. En este sentido, como se ha resuelto, se produce el efecto de cosa juzgada entre un contrato de transacción que concedió a la víctima determinada cantidad y la acción aquiliana invocada. Esta última no puede tener éxito, ya que de aceptarse ello importaría una doble indemnización puesto que ambas acciones persiguen el mismo fin económico¹⁰¹.

Es en este sentido que se presenta el verdadero concurso de responsabilidades puesto que la cosa juzgada presenta una importante conclusión: a pesar de ser acciones diferentes, la reparación del daño supone la falta de interés en presentar la acción no ejercida en otro proceso.

Sin embargo, paulatinamente ciertas corrientes jurisprudenciales han evolucionado y las concepciones más recientes de las cortes tienden a aceptar la teoría de la opción directa o indirectamente. Aunque siguen siendo tesis minoritarias, se ha aceptado la intromisión de la tesis aquiliana a los conflictos derivados en la responsabilidad contractual. Este cambio jurisprudencial se dio principalmente en los accidentes de trabajo, estableciendo que el hecho de que exista una relación laboral no excluye la posibilidad de que el empleador pueda configurar un delito o cuasidelito civil; y en la responsabilidad médica, en

¹⁰⁰ CHILE. CORTE SUPREMA. 30 de julio de 1991 R.D.J., T. LXXXVIII, sc. 1ª, 1991, p. 40 y ss.

¹⁰¹ ALONSO TRAVIESA. Op. Cit. p. 510 y ss.

situaciones de espontaneidad o imprevisibilidad donde debe procederse más de lo contratado, por ejemplo en una sala de cirugía donde el cirujano debe proceder a operar órganos que no estaban estipulados. Estas últimas dos tesis, resultan más favorables para la víctima puesto que ya podrá invocar las normas que le sean más beneficiosas, situación impensable en tesis más antiguas de la jurisprudencia. De esta manera lo indicó la Corte de Apelaciones de Santiago en 1993 estableciendo que *“la existencia de una relación contractual no impide que el actor (pueda) acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual en la demanda”*¹⁰².

Siendo una tendencia minoritaria el favorecer a la víctima con la teoría de opción o incluso la concurrencia de normas, y ante la imposibilidad de negar que la víctima se ve claramente más favorecida bajo estas tesis, y aunque se le permita determinar el régimen de los daños o se libere la necesidad de calificar los hechos bajo unas normas específicas, las críticas al sistema jurisprudencial Chileno no se hacen esperar. La autora Domínguez Hidalgo¹⁰³ sostiene que a la vez de afirmar una diversidad de regímenes, haciendo abstracción de la dualidad normativa, se permite al perjudicado invocar su acción en base al orden aquiliano, superando así la existencia de un régimen binario en los supuestos de concurso. Para la autora, la tesis dogmática correcta en un ordenamiento jurídico dual es la tesis de la absorción, pues esta respeta la existencia de dos regímenes y concede a cada uno su campo de aplicación.

De acuerdo con lo anterior, ante un sistema dual la mejor protección es la seguridad jurídica de que frente un actuar o unos hechos se derive ciertas consecuencias jurídicas determinadas desde el comienzo. Según la jurisprudencia Chilena, esta seguridad únicamente se da a través de un régimen incompatible de

¹⁰² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. G.J., N° 151, 1993. Citado por: ALONSO TRAVIESA, Op. Cit.

¹⁰³ DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen Aida. El daño moral. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2000. Citado por: ALONSO TRAVIESA, Op. Cit.

responsabilidades donde cada actuar tiene una consecuencia legal previamente establecida así como las normas aplicables. Numerables críticas pueden hacerse a esta posición, tal es el hecho de que en el sistema normativo Chileno, si la víctima invoca la acción equivocada, sus pretensiones serán rechazadas y deberá iniciar un proceso nuevo invocando la normatividad pertinente, exponiéndose a que su acción este prescrita y quede sin una reparación integral, fin último de la responsabilidad civil que se ve truncado por dos responsabilidades autónomas o independientes entre sí puesto que la interposición de una no suspende le termino de prescripción de la otra.

Frente a la inseguridad jurídica que genera la diversidad de criterios, juicios y calificación de hechos para ser invocados mediante una u otra responsabilidad, las zonas grises que unos pueden considerar contractual y otros considerar extracontractual y las graves consecuencias de calificar erróneamente los hechos, se ha planteado en el ordenamiento jurídico una especie de herramienta procesal de acumulación de normas. Se inicia un proceso con objeto múltiple, esto es, bajo unos mismos hechos se invocan diferentes normas jurídicas. Así, el juez podrá analizar la acción desde todo punto de vista sin modificar el objeto y no se verán vulnerados ni el accionante por indefensión ni el demandado por cambio en el objeto procesal y se le respeta su derecho a la defensa.

4.1.1 Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual

En Chile, al igual que en Colombia, existe una diferenciación sustancial entre ambos regímenes de responsabilidad. Para empezar y aunque parezca irrelevante, un argumento muy válido es la ubicación de ambos temas en el Código Civil, tanto Chileno como colombiano. En Chile, el Código Civil regula la responsabilidad contractual bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones” y la responsabilidad aquiliana la llama “De los delitos y cuasidelitos”. En cuanto a su origen, Chile mantiene su posición tajante de que ambas provienen de situaciones

adversas muy diferentes que no deben ser por nada mezcladas, como lo son los contratos y la responsabilidad por un hecho o acontecimiento sobre el cual no media un vínculo previo.

En lo referente a sus elementos, en ambas responsabilidades predomina el elemento subjetivo, es decir, predomina el dolo o la culpa, sin embargo en la responsabilidad extracontractual carece de importancia que el actuar del sujeto sea doloso o culposo, pues la reparación del daño debe hacerse integra indistintamente de cual sea su elemento subjetivo. Por el contrario, en la responsabilidad contractual, la distinción toma importancia puesto que la extensión de la indemnización varía según exista o no dolo y los grados de diligencia y cuidado requeridos en distintos contratos difieren dependiendo del beneficio del mismo¹⁰⁴. Así como estos, la solidaridad, la constitución en mora, la prescripción y la capacidad, todas son áreas que se estudian por separado, con consecuencias y estipulaciones diferentes para cada una de las responsabilidades.

Frente a la reparación del daño, es importante mencionar que la jurisprudencia en sus inicios limitó la indemnización material y moral inicialmente al campo aquiliano. En materia contractual, la jurisprudencia reconocía a la víctima únicamente un daño material, comprendido el daño emergente y el lucro cesante. En 1951, la jurisprudencia modificó su posición mediante pronunciamiento de la Corte Suprema:

En consecuencia es inconcuso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, dentro, naturalmente, del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen la misma causa aunque efectos diferentes. El uno, el material, en la pérdida – en la especie- de la integridad corporal de un individuo, que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo, y, el otro, el moral, afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia

¹⁰⁴ ORREGO ACUÑA. Juan Andrés. Responsabilidad extracontractual. Delitos y cuasidelitos civiles. Santiago de Chile, 2014.

constante y permanente en su actividad de trabajo y, por ende, en sus facultades económicas¹⁰⁵.

Con esto, es evidente como existe identidad en ambas responsabilidades frente a la reparación integral de un daño, sin embargo, no cabe duda que el juez tiene mayor control y facultades frente a los daños que reconoce por ejemplo en la responsabilidad extracontractual, campo en el que se ve más facultado para fijar cierto monto indemnizable. Campo que se ve restringido en la relación contractual por cuestiones de utilidad a la víctima, de esa prestación que esperaba le cumplieran y le fue incumplida.

El autor Arturo Alessandri Rodríguez, manifiesta en su libro *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, que:

La jurisprudencia de nuestros tribunales reconoce unánimemente la dualidad de ambas responsabilidades. Los arts. 1551 y 1557 del C. C., ha dicho la Corte Suprema, puesto que se fundan en la existencia de un contrato, no pueden aplicarse a la evaluación del daño causado por un delito o cuasidelito, y la constitución en mora no es ni puede ser necesaria tratándose de un hecho de esta especie en que el perjuicio resulta de la sola existencia del hecho¹⁰⁶.

En este mismo libro, el autor manifiesta que Planiol es uno de los autores que sostiene que ambas responsabilidades son idénticas, pero que la mayoría de los autores vívidamente comparten una posición dualista frente a ambas responsabilidades, incluyéndose. Considera que no es verdad, contrariando a Planiol, que ambas responsabilidades consistan en la violación de una obligación anterior, y desarrolla toda una diferenciación de ambos regímenes, el cual ya fue tratado en esta tesis. Este autor sostiene que ni siquiera Planiol puede fundamentar bien una identidad entre ambas y necesita recurrir a suposiciones. *“Esta diferente naturaleza de ambas responsabilidades explica y justifica que el legislador las haya reglamentado separada y distintamente, en términos que las*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile, 1943. p. 42 y ss.

*reglas establecidas para una son inaplicables a la otra*¹⁰⁷.

4.2 ARGENTINA

Desde 1988, la jurisprudencia Argentina ha establecido una especie de prohibición de acumulación en tanto manifiesta que cuando la responsabilidad a la que se intenta acudir es la contractual, regulada en el artículo 184 del código de comercio argentino, la víctima por ningún motivo puede acumular su pretensión con algún beneficio que le brinda la normatividad aquiliana¹⁰⁸. Sin embargo, estableció una excepción estipulada en el artículo 1107 del Código Civil, el cual dice: *“Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”*.

Sin embargo, esta misma providencia judicial establece que el derecho de la víctima a optar por las normas de la responsabilidad aquiliana surge de este mismo artículo ya citado, es condición *sine qua non* y previa, que el incumplimiento de la obligación contractual se derive también en un delito penal, regido por el derecho criminal que este expresamente calificado como tal por el juez. Es únicamente en este supuesto cuando puede aparecer la responsabilidad extracontractual pues este delito supone la violación de un deber general, pero independiente de la inejecución misma del contrato. En palabras de los magistrados: *“sin que interese desde el punto de vista civil, que tal delito penal sea constitutivo de un delito o de un cuasidelito civil, ya que al no hacer distingo alguno la norma, la responsabilidad sería siempre extracontractual”*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ ARGENTINA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES (en lo especial civil y comercial). Sala 04. Sentencia del 30 de diciembre de 1988. Buenos Aires, Magistrados: Almeida Hansen-Degiorgis-Moreno Hueyo. Id Infojus: FA88141914. Disponible en: Sistema Argentino de Información Jurídica.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

En jurisprudencia reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones de la ciudad de Buenos Aires, se establece tajantemente que la acumulación de ambos regímenes de responsabilidad, contractual y extracontractual, es inadmisibles pues son claramente dos regímenes de responsabilidad que se encuentran regulados por normas completamente diferentes en el Código Civil. Es por esto que quien sufre un daño y es víctima de unos hechos no cuenta con dos acciones, cuenta según su caso, con una acción contractual o con una extracontractual, así lo dispone el artículo 1107. Quien es demandante y a la vez víctima de unos hechos, debe determinar su acción según lo sucedido y regir el proceso bajo una normatividad preestablecida para esa situación. Queda claro entonces que el damnificado no puede integrar el fundamento de su pretensión tomando de uno y otro sistema, pues es un régimen híbrido que carece de base legal.

Establece la sentencia del 30 de junio del 2011, que *“los artículos 34 - 4º, 161 2º, 163 - 6º y 164 del Código Procesal, no puede transgredirse por aplicación del principio “iura novit curia” pues si bien éste autoriza a calificar la pretensión del modo correcto, si lo fue hecho erróneamente, no permite cambiarla por otra (...)”*¹¹⁰. En la misma línea, la providencia cita al autor Bustamante Alsina: *“El principio iura novit curia autoriza a modificar la calificación de la acción pero no a cambiarla por otra”* (ED 114-353 y sus citas de doctrina y jurisprudencia), aludiendo la denominación de tal principio al “derecho” y no a los hechos por lo que si bien el magistrado no tiene límites en el campo jurídico puro -pudiendo sortear errores en la invocación del derecho o en la calificación dada por las partes a la relación-, siempre deberá hacerlo dentro del marco de los hechos afirmados por ellas, delimitantes del ámbito de su jurisdicción (...). Es que su facultad para suplir el erróneo encuadramiento legal -si lo hubiere- no puede utilizarse de modo

¹¹⁰ ARGENTINA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES (en lo comercial). Sentencia del 30 de junio de 2011. Buenos Aires. Magistrados: Dieuzeide - Vassallo - Heredia. Id Infojus: FA11130402. Disponible en: Sistema argentino de información jurídica. <http://www.infojus.gob.ar/camara-nac-apelaciones-especial-civil-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-pita-humberto-marcos-ruben-sumarisimo-fa88141914-1988-12-30/123456789-419-1418-8ots-eupmocsollaf#>

tal que importe alteración de los términos en que se trabó la demanda desde que aquel principio no le permite soslayar el relato de los hechos vertidos por cada una de las partes (v. Highton, Elena I.-Areán, Beatriz A., "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*", t.6, p. 228 y ss., ed. 2006"¹¹¹).

Es importante mencionar que el nuevo Código Civil Argentino, el cual tendrá vigencia a partir del 2016, reemplazará una normatividad que rige en este país desde hace más de 140 años. En la regulación anterior, propia del siglo XIX, no se encuentra regulada la responsabilidad por accidentes de tránsito, pero paradójicamente se regulan ocho tipos de responsabilidad para el dueño de animales domésticos y feroces. Este mismo código, mantiene una disposición que faculta al esposo a reclamar por daños sufridos por las injurias hechas a la mujer.

En el nuevo código, al contrario, se reunieron algunas normas que venían aplicándose por los tribunales, así como principios establecidos por la jurisprudencia que se han desarrollado durante las últimas décadas.

Se unificaron las consecuencias jurídicas de los actuales regímenes de responsabilidad civil extracontractual y contractual, igualándose, entre otros efectos, los plazos de prescripción de la acción por daños en ambos en tres años, incrementándose así en un año el plazo actual de dos años, por ejemplo para accidentes de tránsito, y reduciéndose a tres años el plazo de diez años de la responsabilidad civil contractual, por ejemplo para accidentes sufridos por espectadores de espectáculos deportivos. En ambos casos se tiende a la seguridad jurídica, para evitar la confusión existente por distintos plazos, y al reducirse el extenso de diez años a tres años, se logra también que no pierda efectividad la prueba (declaraciones testimoniales o periciales efectuadas muchísimos años después de los ilícitos que provocaron el juicio de daños que podría iniciarse dentro de los 10 años de ocurrido el evento)¹¹².

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² SAGARNA, Fernando Alfredo. Los cambios en responsabilidad civil en el Código Civil y comercial de la nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/los-cambios-en-responsabilidad-civil-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-fernando-a-sagarna/>

Este nuevo código, que ahora une la legislación comercial y civil, mantiene los cuatro requisitos para que se configure la responsabilidad civil en este país, sin embargo le modifiqué ciertos aspectos: frente a la antijuridicidad, ahora se acepta una postura en donde la violación del deber genérico de no causar daño *per se* implica ilicitud; frente al factor de atribución, se sostiene que ante una ausencia de norma expresa o un vacío legislativo, el factor de atribución siempre es subjetivo, a la vez de agregar más excepciones que quedan inmersas bajo una responsabilidad objetiva; con respecto a la causalidad, se acepta la teoría de la causalidad adecuada; y frente al daño se *“mantiene la clasificación tradicional de patrimonial o extrapatrimonial, y se incorpora la pérdida de chance, que hasta hoy no tenía tratamiento legislativo”*¹¹³.

Si bien se mantiene en gran medida el principio tradicional sobre la carga de la prueba (el que alega debe probar), resulta interesante la incorporación en el nuevo Código de la facultad de los jueces de distribuir la carga de la prueba entre las partes del proceso y de hacerlo saber de antemano en una etapa temprana del pleito.

Adicionalmente, la función de la responsabilidad civil pasa de ser resarcitoria a tener, por expresa disposición del legislador, función preventiva. Es decir, además de sancionar un daño ya causado por un actuar de un agente, el juez de oficio o a solicitud de parte puede decretar y *“hacer desaparecer el ya provocado, disminuir su magnitud o al menos mantenerlo sin que se incremente su potencial prejudicial”*, incorporándose el deber de prevenir todo daño.

En el derecho argentino, quien sea el agente responsable de una actividad peligrosa, no está excluido de responsabilidad aun cuando pretenda demostrar una causa extraña. Igualmente, los progenitores son responsables por sus hijos menores de 18 años, aun cuando no convivan con ellos. Así, se regula la

¹¹³ VIEL TEMPERLEY, Facundo. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires, 2014. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=11865>

responsabilidad colectiva y la anónima; esta se da cuando se generan daños y estos son cometidos por individuos anónimos pero que pertenecen a un grupo determinado, la cual produce una responsabilidad de todos los miembros del grupo, salvo de quien pueda probar en el proceso que debe ser excluido de tal consecuencia.

A lo largo del Código Civil y Comercial de la Nación se hallan normas sobre responsabilidad civil, por ejemplo, sobre la responsabilidad del tutor frente al tutelado; en ese mismo sentido la del curador; la responsabilidad del tomador y dador de leasing; la que surge en las franquicias; en el fideicomiso; la causada por el transporte terrestre; la de hoteles, hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamientos y similares por las cosas del contratante; la de las entidades financieras por las cajas de seguridad; la que dimana de los daños provocados en las relaciones familiares, como la responsabilidad que proviene del perjuicio causado por la falta de reconocimiento del hijo o la norma que dispone que no hay acción para reclamar los daños causados por la ruptura de la pareja ante la ausencia de reconocimiento de los esposales de futuro; entre otras. De suma importancia resulta la disposición que determina que la indemnización que corresponde al damnificado por daños derivados de lesiones a su integridad psicofísica y la que se otorga por alimentos en caso de fallecimiento de la víctima al cónyuge, conviviente e hijos, resultan excluidas de la garantía común de los acreedores, pues, precisamente, por su carácter alimentario los acreedores no pueden hacerse de ellas para satisfacer los créditos que tenían contra los damnificados¹¹⁴.

Frente al daño moral, ahora los familiares de la víctima tienen derecho a reclamar el daño sufrido por esta. Manifiestan los abogados del colegio de abogados de Morón, que no solo sus herederos forzosos podrán reclamar en caso de muerte de la víctima, sino quienes vivían con él y ostentaban la calidad de familia. Así no haya fallecimiento, los parientes y quienes convivan con él pueden reclamar un daño extrapatrimonial por derecho propio en caso de gran discapacidad de la víctima, a diferencia del texto actual, el cual es menester que el damnificado directo reclame sus perjuicios¹¹⁵.

¹¹⁴ SAGARNA. Op. Cit.

¹¹⁵ ALBORNOS, Sebastián. Punto por punto, los cambios que llegan con el nuevo Código Civil para el argentino de a pie. Buenos Aires, 2014. Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Cdigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie>

En palabras del autor Mosset Iturraspe,

Este distingo, sostenido entre otros aspectos diferenciales por los relativos a: la prueba, la mora, los daños resarcibles, la prescripción, etcétera, esta hoy en día en franco trance de superación. No en lo conceptual como se ha señalado, sino en las consecuencias de una y otra transgresión; se pregona la unificación con la reparación integral, como criterio de justicia. A la vez se opera una simplificación que es conveniente¹¹⁶.

El autor considera que el resultado del proyecto de unificación legislativa de 1987, concreta una unificación de los ámbitos contractuales y extracontractuales, pues rechaza y sobrepasa el obstáculo que era no poder acumular o elegir las normas de una u otra sistema, como lo es el caso del artículo 1107, consagrando una reparación plena, sin importar cuál sea su origen –contractual o extracontractual-.

4.3 ESPAÑA

En España, el derecho de la responsabilidad civil contractual está regulado en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y la responsabilidad extracontractual en los artículos 1902 y siguientes.

Para empezar, este ordenamiento jurídico diferencia estos dos regímenes –contractual y extracontractual – por ejemplo, en cuanto a la prescripción, pues la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual cuenta con un plazo de 15 años y la extracontractual con un plazo de prescripción de 1 año. Sin embargo, la jurisprudencia considera que este plazo es demasiado corto y trata de alargarlo modificando el momento de iniciar el cómputo del tiempo. Desde el año 2004, el Código Civil de Cataluña acortó las diferencias entre estos dos regímenes

¹¹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Introducción a la responsabilidad civil en responsabilidad civil. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997, p. 35 y ss.

modificando el plazo de prescripción, otorgándole a la responsabilidad extracontractual 3 años y a la contractual 10 años.

Frente al tema de la carga de la prueba, anteriormente existía una diferencia fundamental en ambos regímenes. Así, en la responsabilidad aquiliana, el demandante debe probar esa culpa del agente cometedor del hecho que le ha generado un daño; en el ámbito contractual basta con que el acreedor demuestre el incumplimiento y es el deudor demandado quien deberá probar que no ha sido culpable o negligente. Esta diferencia fue muy importante, sin embargo se ha ido reduciendo esta importancia, acercando las dos responsabilidades principalmente por dos motivos que tienen efectos paralelos:

i) En el ámbito extracontractual, el TS ha introducido la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. La prueba de la culpa no recae en la víctima, sino que el causante debe demostrar que no hubo culpa para exonerarse de responsabilidad¹¹⁷ ii) En ciertos ámbitos contractuales donde se ha planteado la necesidad de diferenciar responsabilidad contractual y extracontractual rige (excepcionalmente) el principio de que el demandante debe probar la culpa del demandado. Es el caso de las obligaciones de medios, de diligencia, donde el contratante insatisfecho debe probar que el demandado ha incurrido en culpa al realizar la prestación^{118 119}.

Sin embargo, los tribunales españoles han negado la inversión de la prueba en materia de responsabilidad de médicos y otros profesionales y en la responsabilidad de administradores sociales.

Para la jurisprudencia española, está claro que existen ámbitos donde es frágil la distinción de ambos regímenes y es dudosa la aplicación de uno u otro, por ejemplo, en situaciones en donde medio un contrato entre las partes pero el

¹¹⁷ STS, 1ª, 18.2.2003 (RJ 2003\2114); SAP Ciudad Real 29.4.2005 (JUR 2005\113393); SAP Cantabria 28.2.2006 (JUR 2006\133381); STS, 1ª, 23.3.2006 (JUR 2006\116794).

¹¹⁸ STS, 1ª, 4.3.2009 (RJ 2009\1873).

¹¹⁹ Derecho de daños (tema 1). Disponible en:
http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T12008.pdf

deudor no genera un daño incumpliendo la prestación en sentido estricto. Los tribunales han tropezado principalmente en dos ámbitos:

a) Frente a los accidentes de trabajo, el problema principalmente radica en la competencia jurisdiccional, pues si el daño se genera contractualmente, el juez competente es el juez laboral y si el régimen es aquiliano, el juez competente es el civil. Desde los años noventa la jurisprudencia ha tratado de concentrar todos lo pertinente al tema laboral a los jueces laborales, sin embargo hay tribunales civiles que se declaran competentes cuando la responsabilidad es aquiliana general. Desde el 2008, el Tribunal Supremo ha trasladado los casos por muerte o lesiones del trabajador “en relación con el deber de salud y seguridad a los tribunales del Orden Jurisdiccional Social. Ej.: STS, 1a, 15.1.2008 (RJ 2008\1394): accidente de trabajo. Aplicación del criterio del incremento del riesgo. Las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad y salud que deriva del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social. Ahora bien, si se demanda a personas completamente ajenas al mismo, en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el art. 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta.”¹²⁰

b) Los accidentes en el marco de prestaciones sanitarias:

La jurisprudencia entiende, generalmente, que la relación entre el paciente y los servicios sanitarios es contractual, incluso en los casos donde no hay un contrato privado (por ejemplo, con mutuas privadas) o se está bajo la cobertura del ‘Servei Català de la Salut’ o de la Seguridad Social. Cuando un médico comete un error que causa la muerte de un paciente, se plantea la cuestión de si la responsabilidad del médico es contractual o extracontractual¹²¹.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

La doctrina española ha planteado un criterio para diferenciar estos dos regímenes basado en la naturaleza de los daños. Si el daño es de carácter personal, estamos ante una responsabilidad aquiliana y si el daño es material o patrimonial la responsabilidad será contractual. Cuando existe confluencia, hay una tendencia en los tribunales de seguir una doctrina tradicional la cual considera que no se debe diferenciar de régimen cuando existe confluencia de ambos, Es decir, el principio de la unidad de la culpa. Sin embargo, esto genera tropiezos en cuanto las partes no sabrán cual va a ser la solución a su caso y tampoco saben cómo plantear una demanda y bajo qué normas se guiara el proceso, por lo que se abandonó este principio en los años 80.

Hoy en día, los tribunales mantienen la diferencia tajante de ambos regímenes con apoyo de dos doctrinas:

- Doctrina material: la responsabilidad contractual excluye la extracontractual cuando el daño que genera el deudor está enmarcado estrictamente en el ámbito de las cláusulas contractuales y como desarrollo de las mismas.

Esta doctrina considera que cuando hay o podría haber pactos referidos a la contingencia que ha causado el daño, la responsabilidad es contractual y en los demás casos la responsabilidad contractual no excluye la extracontractual, lo que no significa que la responsabilidad sea sólo extracontractual. El TS no ha precisado mucho más, aunque parece entender que, fuera de ese ámbito estricto de lo pactado, habría un concurso de pretensiones, contractual y extracontractual, aunque probablemente sería más exacto decir que hay un concurso de normas fundamentadoras de una misma pretensión indemnizatoria¹²².

- Doctrina procesal: el problema de la congruencia en la demanda es algo que los tribunales no han pasado por alto, pues se han preocupado por la fundamentación de la pretensión, y si el demandante lo ha hecho bajo normas de responsabilidad contractual o extracontractual y concede la indemnización con base en esas normas planteadas, dándole así congruencia a los procesos.

¹²² *Ibíd.*

Bajo esta misma línea, se ha aceptado la indiferencia del fundamento jurídico, es decir, si los hechos que generaron el daño pueden ser encajados en ambas responsabilidades y acciones y la pretensión sea la indemnización del daño, el tribunal admite una u otra sin incurrir en incongruencias. Quiere decir esto que al tribunal le es indiferente si el demandante le aporta o no un fundamento jurídico y éste puede aportar al proceso únicamente la prueba de los hechos y la pretensión de indemnización, mientras el tribunal no altere la pretensión indemnizatoria, será este órgano quien especificará la base o fundamento normativo aplicable a la situación.

En resumen, la tesis mayoritaria del TS se basa en que si se suscita la demanda con un fundamento jurídico, el tribunal no está condicionado por éste y puede basar la sentencia que condena al pago de una indemnización en otro, y ello no será incongruente si los hechos pueden servir de fundamento a cualquiera de las dos acciones y existe una pretensión indemnizatoria¹²³.

Como en la mayoría de los ordenamientos, esta no es la única tendencia jurisprudencial. Existe una más restrictiva, que entienden que la congruencia afecta el fundamento normativo de la demanda y no solo a los hechos. Esta teoría parte de la teoría anterior, en donde el deudor proporciona los hechos y la pretensión y no proporciona un fundamento jurídico o proporciona ambos – fundamenta la pretensión en la responsabilidad civil contractual y subsidiariamente en la extracontractual o viceversa- y el tribunal escoge su normatividad sin incurrir en incongruencia. Sin embargo, esta teoría restringe esta aplicación en situaciones en donde el demandante proporciona unos fundamentos jurídicos al juez, caso en el que el tribunal se ve atado a resolver con base en esos fundamentos puesto que en este caso si estaría incurriendo en incongruencia procesal. Esta tendencia es minoritaria pues resulta más beneficiosa para la víctima la primera posición.

¹²³ *Ibíd.*

Está claro entonces que la jurisprudencia española ha tenido numerosos problemas en delimitar conceptualmente estos términos y optó por renunciar a ella, así ha concedido a la víctima el derecho de opción, combinando esta potestad con otros principios procesales de igual importancia como lo es *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Cierta posición a favor de la unificación, o de un acercamiento de ambos regímenes manifiesta el autor Yzquierdo Tolsada, al manifestar que intentara demostrar a lo largo de su libro que:

(...) debería caminarse –como ya se está haciendo en muchos países hacia un acercamiento (y en algunos puntos, unificación) de regímenes que, aun distinguiendo entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibiese las diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz. (...) Si se puede decir como anticipo que muchas de las diferencias son más ficticias que reales, debiéndose en su gran mayoría más a soluciones judiciales de *pretendida* equidad que a fallos propiamente jurídicos¹²⁴.

¹²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Madrid: Editorial Reus S.A., 2000. p. 85

5. CONCLUSIONES

La doctrina “clásica” de la responsabilidad civil diferencia radicalmente la responsabilidad civil contractual de la extracontractual pero, como se pudo ver a lo largo de este trabajo, dichas diferencias no son tan claras ni tan inconciliables como clásicamente se han presentado. Diversas doctrinas han logrado armonizar aspectos de ambos regímenes llegando a unos puntos intermedios de la interpretación de la responsabilidad, como los son los términos de prescripción, los factores de atribución, la distribución de la carga de la prueba, extensión del resarcimiento, entre otros.

Teniendo en cuenta que uno de los fines más importantes de la responsabilidad civil es el resarcimiento de los perjuicios de la víctima,¹²⁵ y puesto que nadie está obligado a soportar lo injusto, no tiene sentido que la víctima se encuentre en una situación de desventaja y debilidad cuando erróneamente clasifique su demanda en alguno de los dos régimen viendo entonces frustrada su derecho indemnizatorio incluso cuando se pruebe en juicio la existencia del mismo. No es posible sostener que en un estado social de derecho como el colombiano, un formalismo judicial, como lo es la calificación de la demanda, frente al cual existen infinitas discusiones tanto doctrinales como judiciales impida el resarcimiento de los perjuicios de la víctima. No se puede resolver este conflicto aduciendo en que la víctima tendrá la posibilidad de promover una nueva demanda aduciendo el régimen indicado puesto que por el problema de la mora judicial es muy posible

¹²⁵ Debe tenerse presente que la función principal de la responsabilidad civil ha sido ampliamente discutida por la doctrina quien en general ha concluido que no tiene una única función de resarcimiento. Así, el autor, Concepción Rodríguez, considera que la función principal de la responsabilidad civil, tesis con la que coincidimos, es indudablemente la reparación del daño causado, y cuando esta función no es posible, cumple la función de la indemnización de perjuicios irrogados. Sin embargo, no debe dejarse de un lado la función preventiva, inherente o no, que tiene el derecho de daños, pues cuando se indemniza por un perjuicio, generara el ánimo de no volver a cometer el mismo daño o la misma negligencia, por ejemplo y actuara con diligencia y mayor cuidado. CONCEPCION RODRIGUEZ, José Luis. Derecho de daños. 2ª ed. Barcelona: Ed. Bosh, 1999, p. 46.

que su acción ya haya prescrito o que incluso el material probatorio en que sustenta sus pretensiones haya desaparecido.

A partir de los diferentes planteamientos doctrinarios, podemos entender entonces que la responsabilidad aquiliana es un régimen de componente básico o de tinte general, que alberga toda obligación de resarcimiento proveniente de cualquier hecho dañoso y culposo, derivado del incumplimiento de un deber general de cuidado que, como regla general, regula la conducta en sociedad a falta de tipificación legal expresa. En consecuencia el régimen contractual resulta de carácter especial puesto que está limitado a un ámbito restringido y tipificado por la ley y las partes, que por exclusión limita el régimen general de la responsabilidad delictual.

Viendo de este modo la estructura de la responsabilidad civil, no se puede entender entonces los dos supuestos de responsabilidad (contractual y extracontractual) como regímenes aislados e independientes sino como una relación de género especie en donde los principios generales de la responsabilidad civil nutren ambos supuestos y ayudan al juez dirimir los diferentes conflictos que se puedan presentar bien sea entre víctima y responsable o acreedor y deudor.

Siendo así, se puede concluir lógicamente que ambos regímenes son en realidad parte integrante y complementaria de un todo: la responsabilidad civil y por lo tanto no se pueden separar hasta el punto de perjudicar el resarcimiento de la víctima, al que claramente tiene derecho, cuando esta cuenta con las pruebas suficientes y dentro del proceso ha demostrado los elementos básicos de la responsabilidad civil comunes y necesarios en ambos regímenes.

Acogiendo posturas doctrinarias de tinte armonizador de estos los dos regímenes, específicamente las ideas del autor Rojas Quiñones¹²⁶, se debe plantear que aun cuando es clara la existencia de dos tipos de responsabilidades, se le debe dar un tratamiento adecuado a la naturaleza y a la trascendencia de esta distinción. Se plantea entonces que no debe tratarse estos dos tipos de responsabilidad como una *suma divisio* sino como sub regímenes, aun diferentes pero pertenecientes a un mismo todo.

Es claro que dentro de ambos tipos de responsabilidad, existen sub regímenes como lo son la responsabilidad por el hecho ajeno, el hecho propio y las actividades peligrosas para el caso de las responsabilidad aquiliana y regímenes para los contratos unilaterales y bilaterales o para ciertos tipos de contratos como el de transporte de personas o mercancías para la responsabilidad contractual. En la actualidad, cuando la víctima se equivoca e invoca las normas de un sub régimen diferente, el juez, acudiendo a principios como el de *iura nuvit curia* y economía procesal puede adecuar las pretensiones al sub régimen que mejor se le adecuen a los fundamentos de hecho de la demanda.

Se propone entonces entender la responsabilidad contractual como uno de los sub regímenes de la responsabilidad civil como lo son la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno, por las actividades peligrosas, por los productos defectuosos, entre otros. De esta manera, se entiende que el juez podrá, después del análisis de los hechos y las pruebas, tanto de la víctima como del demandado, verificar si encuentra probados los perjuicios de la víctima y procederá a la aplicación de el régimen que le corresponda aun cuando la víctima haya invocado uno diferente, pues la importancia radica en la protección integral a ésta y no en la determinación de un concepto. En esta línea, el derecho a la defensa del demandado no se encuentra violado puesto que éste ha tenido la oportunidad de

¹²⁶ ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad Civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 165-170

defenderse controvirtiendo los hechos y las pruebas aportadas por el demandante, aun cuando él no sepa que reglas conceptuales le aplican en algunos casos fronterizos— que en teoría no afecta el curso normal del proceso- si no logra controvertir lo propuesto en la demanda, no hay conceptos o régimen aplicable equivoco que lo defiendan de lo inevitable: responder ante un daño que le es imputable, que desde todo punto de vista, jurídico y moral, está llamado a responder. En los supuestos en que a la víctima se le ha negado la pretensión por invocar un régimen erróneo, se ha desprotegido completamente, dándole una ventaja injustificable al demandado que nada tiene que ver con el derecho a la defensa, eliminando de esta manera cualquier discusión o relevancia que se le ha dado al supuesto conflicto de intereses jurídicos que protegen por una parte el resarcimiento de la víctima y el debido derecho de defensa y lealtad procesal.

Con esto, volcamos la mirada de los doctrinantes y la jurisprudencia de verificar si estamos frente a un régimen u otro, si estamos frente a un formalismo bien ejecutado o no, y nos enfocamos en la víctima, en el daño que ha sufrido y que no está obligado a soportar. Con esta propuesta, se protege el fin que tiene el derecho sustancial y busca que este no se vea afectado por formalismos que no alteran la realidad, evitando una víctima obligada a llevar y soportar un daño y un agente cometedor del daño sin responder por sus actos y viéndose beneficiado se su propia culpa.

BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOS, Sebastián. Punto por punto, los cambios que llegan con el nuevo Código Civil para el argentino de a pie. Buenos Aires, 2014. Disponible en: <http://www.iprofesional.com/notas/197357-Punto-por-punto-los-cambios-que-llegan-con-el-nuevo-Cdigo-Civil-para-el-argentino-de-a-pie>

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile, 1943.

ALONSO TRAVIESA, María Teresa. El problema de la concurrencia de responsabilidades. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006

ARGENTINA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES (en lo comercial). Sentencia del 30 de junio de 2011. Buenos Aires. Magistrados: Dieuzeide - Vassallo - Heredia. Id Infojus: FA11130402. Disponible en: Sistema argentino de información jurídica. <http://www.infojus.gob.ar/camara-nac-apelaciones-especial-civil-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-pita-humberto-marcos-ruben-sumarisimo-fa88141914-1988-12-30/123456789-419-1418-8ots-eupmocsollaf#>

ARGENTINA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES (en lo especial civil y comercial). Sala 04. Sentencia del 30 de diciembre de 1988. Buenos Aires, Magistrados: Almeida Hansen-Degiorgis-Moreno Hueyo. Id Infojus: FA88141914. Disponible en: Sistema Argentino de Información Jurídica.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. "Algunas consideraciones sobre el principio de responsabilidad". En: Instituciones modernas del derecho civil. Santiago, 1996.

BLANCO GÓMEZ, Juan José. La Concurrencia de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso. Problemática en el Derecho Español Sustantivo. Madrid: Dykinson S.L, 1999.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil.

Disponible en:

http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm#_ftn29

CARADONNA, Pietro. “Consortio di Colpa contrattuale ed extracontractuale”. En: Rivista di Diritto Commerciale. 1992.

CARDENAS VILLAREAL, Hugo A. El ilícito reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la responsabilidad contractual. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Tomo I. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago José y TAPIA FÉRNANDEZ, Isabel. La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1992.

CHILE. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia del 2 de diciembre de 1944. Confirmada por la sentencia de la Corte suprema, 18 de abril de 1950, R.D.J., t. XLVII, sc. 1ª, 1950.

CHILE. CORTE SUPREMA. 30 de julio de 1991 R.D.J., T. LXXXVIII, sc. 1ª, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Identificación de las acciones. Sobre la regla ‘*ne eat iudex ultra petita partium*’”. En: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europea-Americana, 1949. pp.273 y ss.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código de Procedimiento Civil (ley 906 del 2004).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civ, Exp. 5099. 19 de febrero del 1999. M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss

----- Cas. Civ. 12 de agosto de 1948, M.P Aníbal Cardisi Gaitán.

----- Cas. Civ. 20 de abril del 1954. M.P. José Hernández Arbeláez.

----- Cas. Civ. Exp. 6129. 29 de julio de 2002. M.P Nicolás Bechara Simancas.

----- Cas. Civ. Exp. 11001 3103 035 1999 02191 01. 9 de julio de 2010. M.P William Namén Vargas

----- Cas. Civ. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. 30 de abril de 2009. M.P Pedro Octavio Munar Cadena.

----- Cas. Civ. Exp. 85001 3189 001 2000 00108 01. 24 de febrero del 2015. M.P Jesús del Valle Rutén Ruiz.

----- Gaceta Judicial No. T IX y No. T LXI

CONCEPCION RODRIGUEZ, José Luis. Derecho de daños. 2ª ed. Barcelona: Ed. Bosh, 1999.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “El concurso de responsabilidades en el derecho de daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción”. En: AA.VV.,

Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009. Abeledo Perrot, Santiago, 2010.

DE GASPERI, Luis. “Unificación de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual”. En: Curso Responsabilidad Civil Extracontractual – Material de Lectura. Editado por la Academia de la Magistratura.

DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Bogotá: Temis, 2000.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen Aida. El daño moral. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo. “El Problema de la acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”. En: Revista de Derecho Privado, tomo XLVI. 1962.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Problemas del Derecho Sustantivo y Procesal”. En: Revista Poder Judicial, N° 50, 1998

GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. “En contra de la extensión de la responsabilidad contractual”. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Semestre I -2014. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. 2014

JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1952

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

LOPEZ Y LOPEZ, Ángela M. Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: Absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y mutatio libelli. Sustantividad y autonomía de una supuesta actio doli. Sevilla. Disponible en: <http://lawcenter.es/w/blog/view/1551/tres-cuestiones-sobre-responsabilidad-civil-absolutividad-de-la-distincion-entre-responsabilidad-extracontractual-y-responsabilidad-civil-acumulacion-de-las-acciones-correspondientes-y-mutatio-libelli-sustantividad-y-autonomia-de-una-supuesta-actio-doli#sthash.3wXO62aU.dpuf>.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, León y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Introducción a la responsabilidad civil en responsabilidad civil. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997.

ORREGO ACUÑA. Juan Andrés. Responsabilidad extracontractual. Delitos y cuasidelitos civiles. Santiago de Chile, 2014.

PARRA LUCAN, M. A. Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, 3a ed. Madrid: Ed. Colex, 2011,

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954

PÉREZ BRAVO, Carlos. "La Concurrencia de Responsabilidades". En: Revista Ars Boni et Aequi. Boni et Aequi. N° 4. 2008.

PÉREZ KÖHLER, Alejandro. Introducción al problema de la concurrencia o yuxtaposición de Responsabilidad Contractual y Extracontractual derivadas de un mismo hecho lesivo. Teorías para su resolución. España. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10017/603>

PÉREZ VIVES, Álvaro. Teoría general de las obligaciones. Obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana. Volumen II, Parte Primera. Cuarta Edición. Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. Responsabilidad Civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

SAGARNA, Fernando Alfredo. Los cambios en responsabilidad civil en el Código Civil y comercial de la nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/los-cambios-en-responsabilidad-civil-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-fernando-a-sagarna/>

SANTOS BRIX. Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, t. XXIV. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1984.

TRIGO REPRESAS, Félix. “Unificación de la Responsabilidad por Daños”. En: Derecho de Daños. Primera Parte, p. 88. Disponible en: http://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/responsabilidad.htm#_ftn29.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil de las obligaciones. Tomo II, IX Edición, Ed. Temis, 1998

VÉLEZ POSADA, Paulina. La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación. Trabajo de fin de master, Universidad complutense de Madrid. Madrid, 2012.

VIEL TEMPERLEY, Facundo. La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Buenos Aires, 2014. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=11865>

VINEY, Geneviève: Tratado de derecho civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso”. En: Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. Marzo 2004

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La Zona Fronteriza entre la Responsabilidad Contractual y la Aquiliana: Razones para una Moderada unificación”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N°603, marzo-abril 1991.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Madrid: Editorial Reus S.A., 2000.