

**LA ACUMULACION (OPCION) DE LAS RESPONSABILIDADES  
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO J.**

**Profesor de cátedra  
de Responsabilidad Civil  
Facultad de Derecho U.P.B.  
Director del Depto. de Investigaciones  
Facultad de Derecho U.P.B.**

## INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. En algunas legislaciones (1), los principios de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se encuentran en un mismo capítulo y, en consecuencia, es indiferente el tipo de responsabilidad invocada por el demandante, puesto que lo indispensable es simplemente demostrar el incumplimiento de una obligación contractual o de la obligación general de prudencia; por lo contrario, en otras legislaciones como la francesa y la colombiana, cada orden de responsabilidad tiene sus propios principios legales. En Colombia, nuestro Código Civil establece la responsabilidad contractual, en los artículos 1062 y ss. A su vez, las normas de la responsabilidad aquiliana se hallan en los artículos 2341 a 2360 del mismo estatuto jurídico.

De esa separación de instituciones surgen algunas diferencias de tipo accesorio, pues en el fondo, tanto una como otra responsabilidad, tienen como elementos comunes el hecho culposo, el daño y el nexo causal (2). Esas diferencias accesorias pueden ser fundamentales para las partes en un momento determinado. Así, por ejemplo, la prescripción en materia de responsabilidad civil extracontractual es de tres o de veinte años, según el caso (artículo 2358 del C.C.); en cambio, la responsabilidad civil contractual consagra muchas veces, plazos de prescripción más cortos tal y conforme ocurre por ejemplo, en el contrato de transporte (artículo 993 del Código de Comercio), y en el de seguro (artículo 1081 del Código de Comercio); del mismo modo, la competencia para efectos procesales, según el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, puede variar según que la responsabilidad invocada sea la contractual o la extracontractual. En lo que concierne a la solidaridad, el artículo 2344 del Código Civil establece que todos los coautores de un delito o cuasidelito están solidariamente obligados a indemnizar el daño; en cambio, la solidaridad en materia civil contractual, no está consagrada en la ley, como principio genérico, mientras que sí lo está en materia mercantil (artículo 825 del Código de Comercio).

En materia contractual (artículo 1617 del Código Civil), los perjuicios imprevisibles sólo se pagan cuando el deudor contractual incumple su obligación en forma dolosa; en cambio, en materia aquiliana cualquier tipo de falta genera la obligación de pagar perjuicios previsibles e imprevisibles. Lógicamente, tanto en materia contractual como extracontractual, esos perjuicios deben ser directos.

Estas diferencias accesorias de que hemos venido hablando hacen que, muchas veces, la víctima resulte más beneficiada si pudiese invocar una responsabilidad en lugar de la otra. El saber si la víctima dispone de esa posibilidad, es, precisamente,

---

(1) Sobre el Derecho Comparado, en este punto, GHESTIN-VENEY, "Traité De Droit Civil, Les Obligations", L.G.D.J., Paris, 1982, T. IV., p. 262.

(2) Sobre diferencias y semejanzas de los dos órdenes de responsabilidad, ver MAZEAUD-TUNC-CHABAS, "Traité de la Responsabilité Civile", Ed. Montchrestien, 6a. ed., Paris, 1970, T. I., No. 98 a 100.

lo que configura el llamado problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y de la extracontractual (3).

Ese será el tema a tratar en el día de hoy y, para mayor claridad, conviene mencionar dos jurisprudencias que muestran fielmente, cuán confuso es este punto y cómo, en numerosas ocasiones, las decisiones de los tribunales dan lugar no sólo a injusticias, de buena fe desde luego, sino también, a confusiones terminológicas que no hacen más que complicar la interpretación de la ley.

2. El primer fallo, proferido por el Tribunal Superior de Medellín (4), se estructura sobre la base de los siguientes hechos: Un ciudadano contrató los servicios profesionales de un experto tributario, quien, a su vez, se valía de empleados para la prestación del servicio. Periódicamente, el dependiente recibía el valor de los impuestos y en lugar de cancelarlos, mediante ardides, desviaba, en su provecho, las sumas recibidas. El ciudadano perjudicado demandó en un mismo proceso y en forma solidaria, no sólo al tributarista, sino también, a una entidad bancaria cuya supuesta omisión había permitido que los cheques con que se pretendía pagar los impuestos hubiesen sido desviados hacia otras cuentas corrientes. La sentencia condenatoria del juzgado de primera instancia, fue revocada por el Tribunal, bajo el pretexto de que el demandante había invocado la responsabilidad extracontractual contra el tributarista, cuando en realidad ésta era de tipo contractual; ahora, siendo la de la entidad bancaria, una responsabilidad aquiliana, y la del tributarista, una responsabilidad contractual, el fallo debería ser inhibitorio puesto que, según la doctrina y la jurisprudencia, las responsabilidades contractual y extracontractual no son acumulables.

3. En el segundo caso (5), los hechos fueron los siguientes: Los herederos de un pasajero fallecido en un accidente aéreo reclamaron indemnización, en su calidad de herederos de la víctima. Llegado este asunto a la Corte Suprema de Justicia, nuestro tribunal supremo reconoció las peticiones de los demandantes y al motivar su fallo distinguió perfectamente entre la acción hereditaria contractual y la personal extracontractual, que, muchas veces, puede estar en cabeza de unas mismas personas. La Corte termina su argumentación diciendo que los herederos tienen la posibilidad de elegir entre el cobro del perjuicio hereditario y el cobro del perjuicio personal, pues en ningún caso podría cobrarse las dos indemnizaciones.

4. Los lineamientos finales de esta charla tienden al análisis de estas dos decisiones pues ellas están en el fondo mismo de la complejidad del problema de la acu-

---

(3) Sobre este tema, entre muchos otros, puede consultarse MARTY-RAYNAUD, "Droit Civil, Les Obligations", Ed. Sirey, París, 1962, T. II, No. 368; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil", Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981, No. 44 y ss.; LE TOURNEAU Philippe, "La Responsabilité Civile", 2a. ed. Dalloz, París, 1976", No. 344 y ss.; TAMAYO JARAMILLO, Javier, "De la Responsabilidad Civil", Ed. Temis, Bogotá, 1983, No. 216 y ss.

---

(4) TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, Sala de Decisión Civil, Medellín, septiembre 28 de 1983.

---

(5) C.S.J., Cas. Civ., Bogotá, junio 11 de 1974, "Jurisprudencia y Doctrina", T. III, No. 31, p. 398.

mulación de responsabilidades. Para ello, será indispensable analizar la diferencia entre la acción hereditaria y la acción personal (Sección I); posteriormente, deberá estudiarse los elementos de la pretensión en sentido procesal (Sección II), es decir, el objeto y la causa petendi. Finalmente, y con la ayuda de los dos presupuestos anteriores, podremos plantear el verdadero problema de la posibilidad o imposibilidad de acumular las responsabilidades contractual y extracontractual (Sección III). Finalmente, analizaremos, en detalle, los fallos citados anteriormente (Sección IV). Por lo pronto, digamos que más que un problema de acumulación, es un problema de opción. Existe una confusión de términos que incita a pensar que los problemas no son de imposible solución, sino que, más bien, adolecen de claridad en su planteamiento.

## SECCION I.

### DE LA ACCION HEREDITARIA Y DE LA ACCION PERSONAL (6)

5. Cuando la víctima directa de un daño sobrevive al mismo, mediante la acción personal puede cobrar indemnización de su perjuicio. Esta acción personal de la víctima puede ser contractual (caso del pasajero) o puede ser extracontractual (caso del peatón atropellado). Todo depende pues, de si, entre demandante y demandado, hay un contrato cuyo incumplimiento o cumplimiento imperfecto, dio lugar a la producción del daño.

Pero si la víctima directa del daño fallece, puede eventualmente, producirse una dualidad de acciones en cabeza de una misma o de unas mismas personas: los herederos del fallecido. En efecto, el causante transmite a sus herederos todo su patrimonio, incluyendo la acción contractual o extracontractual que tenga contra el responsable de su daño. El pasajero fallecido transmite una acción hereditaria contractual; el peatón muerto en un accidente, transmite a sus herederos una acción hereditaria extracontractual. Pero, fuera del perjuicio sufrido por el causante mismo, que se cobra mediante el ejercicio de la acción hereditaria, los herederos, a título personal, pueden haber sufrido un perjuicio diferente al del causante, que en consecuencia, da lugar a la acción personal extracontractual.

Uno y otro, son perjuicios diferentes. Así, por ejemplo, si el vehículo en que es transportado un pasajero se estrella contra la casa de un hijo de ese mismo pasajero, habrá dos daños. El del pasajero mismo, que, al fallecer, transmite un crédito perseguible por su hijo; asimismo, este último podrá cobrar el daño ocasionado a su residencia, mediante el ejercicio de su acción personal. El ejemplo anterior muestra en forma un poco exagerada, pero útil, la distinción entre los dos daños. De una manera jurídicamente igual, pero no tan aparente, se presenta la dualidad de las dos acciones cuando la víctima fallecida auxiliaba con sus ingresos a los herederos. Entonces, un mismo ingreso periódico en el tiempo, puede pertenecer

---

(6) Sobre estas dos acciones, puede verse ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Ob. cit., No. 389 y ss.; TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit., No. 213 y ss.; CHARTIER, Yves, "La Réparation du Préjudice", Ed. Dalloz, París, 1983, No. 250 y ss.

en parte, a la acción personal, y en parte, a la acción hereditaria; todo depende del momento en que fallezca la víctima directa.

6. El no saber separar suficientemente la entidad y extensión de los dos daños, es lo que en mi sentir, ha dado lugar a múltiples confusiones en la jurisprudencia colombiana. Por lo tanto, distingamos: A la acción hereditaria pertenece todo el daño emergente causado a la víctima, a raíz del accidente, pues se trataba de un patrimonio ya existente que, al verse disminuido, genera un crédito a favor de la víctima y en contra del responsable (7). Tal sería el caso del dinero o las alhajas que se pierden al momento del hecho lesivo. En lo que se refiere al lucro cesante, éste abarca el período comprendido entre el momento del accidente y la muerte de la víctima. Por eso, la casi unanimidad de los autores sostiene que cuando la víctima fallece en forma instantánea, sus herederos, mediante el ejercicio de la acción hereditaria, no cobran indemnización de perjuicio alguno (8). Los señores MAZEAUD (9) sostienen que aun en el caso de muerte inmediata, la víctima transmite a sus herederos, el derecho a cobrar, mediante la acción hereditaria, la indemnización por lo que los autores denominan "pretium mortis", es decir, el valor de la vida, pero que es muy diferente del daño proveniente del lucro cesante gene-

---

(7) LE ROY, Max. "L'évaluation du Prejudice Corporel", 8a. ed., Ed. Librairies Techniques, Paris, 1980, No. 165.

(8) CHARTIER, Yves. Ob. Cit., No. 251 y ss.; LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit.; Al respecto ALESSANDRI RODRIGUEZ expresa: "Pero no siempre los herederos pueden ejercitar esta acción en el hecho. Para determinar cuándo pueden hacerlo, es menester distinguir si la víctima del delito o cuasidelito falleció instantáneamente o con posterioridad a él.  
"En el primer caso, los herederos no la pueden ejercer. Como la víctima falleció en el momento mismo del accidente, la acción que le pudo corresponder no alcanzó a incorporarse en su patrimonio y no pudo, por lo mismo, transmitirla. Sólo podrían ejercitar su propia acción, esto es, la derivada del daño personal que esa muerte les haya irrogado". (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Ob. Cit., No. 388)

La jurisprudencia colombiana está orientada, salvo contadas excepciones, en el mismo sentido. Un fallo de la Corte Suprema de Justicia, de abril 4 de 1968, expresa: "Cabe decir en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la inmediación del resultado nocivo máximo no da pie a derecho, que se transmitiera iure hereditario a sus herederos, quienes, como tales, únicamente podrán reclamar por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos de traslado del cadáver y su inhumación, y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del *decius*.

"Por lo cual, el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando superviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgiría para el occiso, y no podría pronunciar condena en favor de la sucesión del mismo, y los herederos podrían entonces reclamar resarcimiento, pero sólo por derecho propio, en la medida que demostraran quebranto de su individualidad y con él se hiciera presente su padecimiento afectivo o sentimental, habida consideración de los estrechos vínculos que los ataban al muerto, justificativos de dicha aflicción y consiguiente derecho". (C.S.J., abril 4 de 1968, Bogotá, T. I., p. 286). En el mismo sentido, C.S.J., Cas. Civ. junio 24 de 1942, Bogotá, T. LIII, p. 661.

---

(9) MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Ob. Cit., T. II, No. 1912 y ss.; prohija esta doctrina, pero en forma equívoca. C.S.J., Cas. Civ., septiembre 27 de 1955, T. LXXXI, p. 178.

rado por la muerte temprana del causante (10). Este lucro cesante debe ser pagado por el responsable pero según los principios que veremos un poco más adelante.

En cuanto a los perjuicios morales del causante, éstos se rigen por los mismos principios del lucro cesante, es decir, si la víctima fallece en el acto, no transmite a sus herederos crédito alguno contra el responsable por concepto de daño moral. En cambio, si sobrevive aunque sea un instante al accidente, sus herederos podrán cobrar, por medio de la acción hereditaria, indemnización de ese daño moral subjetivo.

Hasta aquí, lo relacionado con los daños del causante.

7. Por lo que hace referencia a los daños personales de terceros, herederos o no, éstos consisten en el daño emergente ocasionado con los gastos de transporte o de otra índole en que personalmente hayan incurrido a raíz de la lesión y muerte del causante. Además, la angustia de esos terceros, al ver lesionado y fallecido al causante, produce en ellos un daño moral diferente al del causante mismo, que también da lugar a indemnización, mediante el ejercicio de la acción personal. Finalmente, si esos terceros, así no sean herederos, sufrieron algún lucro cesante, también tendrán derecho a ser indemnizados. Tal el caso de la persona que debe cerrar su establecimiento de comercio para asistir al lesionado y fallecido. Más común es el caso de personas, generalmente herederos, que recibían auxilio económico y periódico, por parte de la víctima directa. Este daño no es hereditario, sino personal. Los mismos hermanos MAZEAUD así lo sostienen (11), pues el "pretium mortis" de que ellos hablan es diferente del lucro cesante proveniente de muerte temprana.

8. Lo que la víctima hubiera producido desde el momento de su muerte real hasta el momento en que se hubiera terminado su supervivencia probable nunca estuvo ni estará en el patrimonio de la víctima, pues ésta deja de ser objeto de derechos y obligaciones al momento de su muerte. En consecuencia, la supresión del auxilio que recibía la esposa y los hijos o cualquier otro tercero sostenido en forma periódica por el causante, así no sea pariente, genera un perjuicio que se cobra por el damnificado, en el ejercicio de su acción personal (12).

Así delimitados los daños pertenecientes a cada una de las acciones, conviene resaltar que ellas son completamente independientes desde el punto de vista sustantivo y procesal (13); fallada la pretensión de una de ellas, no constituye cosa juzgada en relación con la otra; demandadas en procesos separados, no dan lugar

---

(10) LE ROY, Max. Ob. Cit., No. 167.

(11) MAZEAUD—TUNC—CHABAS. Ob. Cit., T. II., No. 1901.

(12) SAVATIER, René. "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français", 2a. ed., L.G.D.J., París, 1951, T. II. No. 546.

(13) Sobre la diferencia de las dos acciones ver MAZEAUD—TUNC—CHABAS. Ob. Cit., T. II, No. 1901; CHARTIER, Yves. Ob. Cit., No. 258; ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Ob. Cit., No. 389; TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., No. 213.

a pleito pendiente; finalmente, y salvo en el caso del contrato de transporte (artículo 1006 del Código de Comercio), los dos perjuicios pueden cobrarse dentro de un mismo proceso, pues son perfectamente acumulables, sin que puede hablarse de doble indemnización del mismo daño. Como consecuencia de esto último se infiere que un perjuicio no excluye al otro y que por lo tanto, habiéndose producido ambos, el heredero tiene derecho a las dos indemnizaciones (14).

Hecha esta distinción entre la acción personal y la hereditaria, conviene detenernos someramente en el análisis de lo que debe entenderse por pretensión y los elementos que la componen.

## SECCION II

### LA PRETENSION EN LAS DEMANDAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL

9. El problema de la acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual se hace mucho más agudo porque los términos se vuelven multívocos a raíz de no ser suficientemente clara la noción general de "pretensión" y más concretamente, la de pretensión en la acción por responsabilidad civil. Es menester pues, saber qué se entiende por pretensión en la responsabilidad civil y, más concretamente, en qué consiste el objeto y la causa petendi que la integran.

En líneas generales, podríamos entender por pretensión en responsabilidad civil la solicitud que se le hace al juez para que con base en unos determinados hechos jurídicos (causa petendi), se declare que el demandado es responsable y está obligado a indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante (objeto).

10. El objeto de la pretensión en la responsabilidad civil: Empezando por el objeto de la pretensión en responsabilidad civil, digamos que la finalidad buscada por la víctima no es tanto la declaratoria abstracta de responsabilidad, sino la de que por medio de ésta se obligue al demandado a indemnizar los perjuicios sufridos. Aunque generalmente el demandante pide la indemnización de "todos" los perjuicios ocasionados, la verdad es que nada impide demandar en un proceso los daños materiales y en otro, los morales (15). Con mucha mayor razón, es diferen-

(14) En ese sentido ver CHARTIER, Yves. Ob. Cit., No. 258, quien al respecto expresa: "Las dos categorías de daños pueden coexistir, y los derechos a indemnización que ellas implican, pueden acumularse".

Asimismo, los señores MAZEAUD, expresan: Una misma persona puede ejercer al mismo tiempo o sucesivamente, las dos acciones". (MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Ob. Cit., T. II, No. 1901; en el mismo sentido, ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Ob. Cit., No. 472.

En lo relativo al artículo 1006 del Código de Comercio, el legislador permite cobrar los dos daños, pero en procesos separados o sucesivos. Sobre este punto, INFRA

La jurisprudencia colombiana es confusa en este punto, y según veremos más adelante, niega la posibilidad de cobrar los dos daños, y el heredero tiene que escoger uno de los dos, renunciando al otro. Sobre este error, INFRA

(15) Sobre este punto ver MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Ob. Cit., T. III, no. 2107 - 3; TAMAYO JARAMILLO, javier, Ob. Cit., Np. 452.

te el objeto de la pretensión hereditaria, del de la pretensión personal, conforme lo hemos visto en la sección anterior.

Esta aclaración de la noción de objeto de la pretensión en responsabilidad civil es demasiado importante para nuestro tema, ya que ello nos permite ir eliminando nociones equívocas del término "acumulación".

11. **La causa petendi en la responsabilidad civil:** Ahora, esa simplicidad con que se establece la noción de objeto de la pretensión en la responsabilidad civil, está lejos de existir en la institución de la causa petendi. En efecto, la doctrina está dividida en dos posiciones al parecer irreconciliables (16). La discusión parte del hecho de que una misma conducta y un mismo daño pueden dar lugar a enmarcar el hecho dentro de una o varias instituciones de la responsabilidad civil. Tal el caso del arrendatario que incendia o destruye dolosamente la cosa arrendada, o del patrono que entrega su vehículo al dependiente, quien a su vez, causa un daño con el automotor.

En este último ejemplo, ese mismo hecho le permite a la víctima demandar al patrono bien sea por el hecho ajeno (artículo 2347 del Código Civil), bien sea por actividades peligrosas (artículo 2356 del Código Civil).

12. Una corriente doctrinaria que aquí denominaremos "teoría de la pluralidad de causas", sostiene que cada una de las instituciones de la responsabilidad civil constituye una causa petendi diferente que permite a la víctima, ante el fracaso de una primera demanda, instaurar una nueva acción invocando una institución diferente a la que sirvió de base al proceso inicial. Así por ejemplo, si el patrono es demandado en su condición de tal y el fallo es adverso a la víctima, ésta podría iniciar una nueva demanda contra el demandado inicial, pero invocando ya, la responsabilidad por actividades peligrosas. En ese evento las partes y el objeto en ambos procesos, sería el mismo, pero la causa petendi variaría, lo que evitaría la excepción de cosa juzgada.

Sin embargo, la aplicación de esta teoría implica que el demandante deba precisar con exactitud la institución que le sirve como causa petendi, pues si se equivoca, el juez no podrá aplicar otra institución diferente, por más que los hechos demostrados así lo permitan pues estaría fallando extrapetita.

13. Por el contrario, otra corriente jurídica, a la que personalmente me adhiero, sostiene que la causa petendi está conformada por los hechos con relevancia jurídica que violaron un derecho subjetivo, al causar daño al demandante. Las diferentes instituciones de la responsabilidad civil que puedan confluir en un mismo hecho dañoso, no serían más que medios jurídicos que el legislador pone a disposición de la víctima, para que ésta haga restablecer sus derechos (17).

(16) Sobre las dos teorías, TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., No. 445.

(17) MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Ob. Cit., T. III., No. 2097; DE CUPIS, Adriano. "El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil", 2a. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 327; CHIOVENDA, Giuseppe. "Principios de Derecho Procesal Civil", Ed. Reus, Madrid, 1922, Vol. I., p. 326; en el Derecho colombiano: MORALES MOLINA, Hernando. "Curso de Derecho Procesal Civil", 8a. ed., Ed. ABC, Bogotá, 1983, Parte General, p. 371; DAVIS ECHANDIA, Hernando. "Nociones generales de Derecho Procesal Civil". Ed. Aguilar, Madrid, 1966, p. 485.



Las consecuencias de este punto de vista son las de que un primer fallo absoluto tendría efectos de cosa juzgada, ya que una misma acción, entre las mismas partes, para cobrar el mismo daño y basado en los mismos hechos, tendría identidad de causa petendi, poco importa que en una segunda acción se invocare una institución diferente, de la del primer proceso, como si en el primero se demandase sobre la base de la responsabilidad por el hecho ajeno, y en el segundo, sobre la de las actividades peligrosas.

De otro lado, si la víctima, en su demanda invocare un tipo de responsabilidad diferente a la que jurídicamente es aplicable, el juez, mutuo propio deberá aplicar la institución adecuada, y en ningún caso, estaría fallando extrapetita.

Al estudiar la doctrina y la jurisprudencia colombianas encontramos que en su gran mayoría, los autores y tribunales aceptan que el demandante puede equivocarse y aun ignorar los fundamentos de derecho de su pretensión (17-1). El juez estaría en la obligación de aplicar las normas correctas, así éstas no hayan sido invocadas o lo hayan sido en forma equívoca dentro del proceso. En consecuencia, ellos se pliegan a la que hemos denominado "teoría de la unidad de causas".

### SECCION III

#### LA PROHIBICION DE ACUMULAR LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

14. Ya hemos dicho que, cuando al producirse un daño, el responsable viola varias instituciones de la responsabilidad extracontractual, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización de ese perjuicio, invocando cualquiera de las instituciones que aparecen violadas. Tal, el caso del dependiente que causa un daño con el vehículo de su patrono; allí, la víctima puede escoger entre la responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad por actividades peligrosas.

Inclusive, creemos que de acuerdo con la teoría de la "unidad de causa", que estudiamos al referirnos a la causa petendi en la responsabilidad civil, el juez puede escoger la que sea más favorable a la víctima siempre y cuando los presupuestos fácticos de la demanda, sean probados. Si por ejemplo, la víctima invocó la responsabilidad por el hecho ajeno y aparece probada la subordinación entre dependientes y demandado y además, aparece que el patrono era guardián del vehículo causante del daño, el juez podrá aplicar la responsabilidad por actividades peligrosas, pues esta institución aparece comprometida dentro del acervo probatorio.

En conclusión, la víctima puede optar por cualquiera de las instituciones de la responsabilidad civil extracontractual que aparecieran violadas por un mismo daño atribuible a un mismo demandado.

15. Pero la situación no es la misma cuando de lo que se trata es de brindarle a la víctima la posibilidad de escoger entre las responsabilidades contractual y extra-

---

(17-1) DAVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit., p. 219.

contractual, para efectos de cobrar su indemnización. La solución aquí es diferente, pero la doctrina y la jurisprudencia han enredado demasiado los conceptos y los han confundido con otros que nada tiene que ver en este asunto. Veamos algunos ejemplos que ilustran el caos que ha perturbado la comprensión del problema:

El propietario de un predio encarga a un constructor la edificación de una casa; al desplomarse la obra se causa heridas a su propietario. Este reclama, en un mismo proceso, el daño contractual derivado de la destrucción de la casa y el extracontractual, derivado de las lesiones. Ha dicho la jurisprudencia que en este caso la acción no es de recibo, puesto que las responsabilidades contractual y extracontractual no son acumulables.

En otro caso, un ciudadano toma un taxi para que lo transporte a un lugar determinado. En el camino, el vehículo del transportador colisiona con otro automotor, resultando lesionado el pasajero. Al pretender cobrar indemnización de perjuicios, asigna en un mismo proceso al transportador (deudor contractual) y al responsable del otro vehículo (responsable extracontractual). Se ha dicho que la acción no es de recibo por cuanto que un demandado es responsable contractualmente y el otro lo es en forma extracontractual, y los dos órdenes de responsabilidad no son acumulables.

En otras circunstancias, un vehículo de pasajeros, al sufrir un volcamiento, lesiona a un peatón y a uno de sus ocupantes. Unidas las víctimas, demandan en un mismo proceso, al responsable. Se ha dicho que no es de recibo la demanda, por cuanto que el demandado responde contractualmente frente a uno de los demandantes y extracontractualmente frente al otro, y que como los dos órdenes de responsabilidad no son acumulables, el fallo debe ser inhibitorio.

De igual forma, muerto un pasajero y habiéndose producido daño no sólo al causante, sino también a sus parientes, éstos han pretendido, en forma separada o conjunta, demandar indemnización de los dos perjuicios. En ambos casos se ha rechazado la acción por cuanto los demandantes no podrían acumular las acciones contractual hereditaria y extracontractual personal.

Finalmente, ante la prescripción de la acción contractual en un contrato de transporte de mercancías, la víctima ha intentado obtener indemnización del perjuicio sufrido, invocando los principios de la responsabilidad extracontractual, que para el caso, le permitiría escapar a la prescripción contractual. Se le ha dicho que su acción no es de recibo por cuanto las responsabilidades contractual y extracontractual no son acumulables.

He querido ilustrar estos ejemplos, que no son los únicos, con el fin de mostrar cómo, ante situaciones tan diferentes, se ha aplicado en forma ilógica en la mayoría de los casos, el citado principio de que las responsabilidades contractual y extracontractual no son acumulables.

16. A todas éstas ¿en qué consiste pues el problema de la prohibición de acumular las responsabilidades contractual y extracontractual?

Para responder el interrogante es preciso recordar que en nuestro ordenamiento civil, ambos órdenes de responsabilidad están separados y tienen principios propios, cuya aplicación conduce a consecuencias que, en un momento determinado, son radicalmente diferentes y que exigen, sobre todo en materia contractual, que las partes respondan según lo pactado. Así, el deudor contractual no podría verse sometido a una prescripción o a una intensidad del perjuicio, diferentes de las convenidas en el contrato.

Así las cosas, un adecuado planteamiento del problema sería el siguiente: **¿entre las mismas partes, y para cobrar un mismo daño, podrá la víctima invocar, o el juez aplicar (18), indiferentemente, cualquiera de las dos responsabilidades?**

Como se ve, no se trata de preguntar si las dos responsabilidades son acumulables. En este sentido, el término "acumulación" ha sido desafortunado y fatal. Como bien sostiene la doctrina, no se trata de un problema de acumulación, sino de **OPCION (19)**.

La respuesta, en regímenes como el nuestro, cuyas dos responsabilidades están separadas, es indiscutible: **Salvo en excepcionales casos, entre las mismas partes, y para cobrar el mismo daño, el juez no puede aplicar indiferentemente cualquiera de las dos responsabilidades (20)**. A cada situación de hecho le es aplicable uno de los dos órdenes, a menos, y esa es la excepción, que el mismo hecho y el mismo daño, entre las mismas partes, dé lugar a la violación de las dos responsabilidades.

17. Con estas premisas podemos observar cómo la mayoría de los ejemplos propuestos y en los cuales se dijo que había indebida acumulación de responsabilidades, este problema era realmente inexistente.

En efecto, si un mismo demandado ha causado dos daños, a personas diferentes, y uno de ellos es contractual y el otro extracontractual, ambas acciones podrán tramitarse por un mismo proceso. De igual forma, si dos personas causan daño a un tercero, y el uno incurre en responsabilidad contractual y el otro, en la extracontractual, la víctima podrá demandarlos a ambos, dentro de un mismo proceso, para cobrar el mismo daño. Inclusive, el demandante puede cobrar el daño hereditario contractual y el personal extracontractual, aun, dentro de la misma demanda (21), salvo en el contrato de transporte de pasajeros, donde se permite cobrar los

---

(18) Si se acepta la teoría de la "unidad de causas" (SUPRA ) el problema sería para el juez; si se aplica, la de la "unidad de causas", el problema sería para el demandante, pues el juez no puede, según esa teoría, aplicar norma distinta de la invocada.

---

(19) DALCO, Roger O. "Traité de la Responsabilité Civile", 2a. ed., Ed. Maison Ferdinand Larcier, Bruselas, 1967, T. I, No. 179; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Ob. Cit., T. I, No. 207; ROBERT Andre, "Les Responsabilités", Bruselas, 1981, p. 24; SAVATIER, René. Ob. Cit., T. I, No. 148.

---

(20) Como aquí aceptamos la teoría de la "unidad de causas", entendemos que el problema es del juez; por lo tanto, si el demandante invocó la responsabilidad contractual, y sólo es aplicable la extracontractual, el fallador debe aplicar la correcta, a pesar del error en la denominación que le dio el actor. Lógicamente, siempre y cuando, los hechos y el acervo probatorio, permitan aplicar la responsabilidad adecuada. En ese sentido C.S.j., Neg. Gen., agosto 31 de 1949, G.J., T. LXVI, p. 849 y ss.

---

(21) Ver SUPRA No. 8 y sus notas bibliográficas respectivas.

dos daños, pero en procesos distintos. De igual forma, si la víctima ha recibido varios daños de una misma persona, pero en hechos y circunstancias diferentes, siendo un daño contractual y el otro extracontractual, podrá hacer valer sus pretensiones contra el demandado, en una misma demanda.

Todos estos ejemplos muestran cómo en ellos no se plantea el verdadero problema de la acumulación de responsabilidades, pues se trata simplemente, de la acumulación de pretensiones de que habla el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

18. En todos estos casos, hay una acumulación objetiva o subjetiva de pretensiones, que es perfectamente viable de acuerdo con la norma citada. Bien sea, porque haya conexión instrumental, conexión de hecho, o pluralidad de demandantes o demandados.

Ahora, en el caso ya mencionado del artículo 1006 del Código de Comercio, la ley no se refiere a la prohibición de cobrar tanto el daño hereditario como el personal, o de acumular la responsabilidad contractual o extracontractual (optar entre una u otra). Lo que la norma está diciendo simplemente, es que debe separarse un perjuicio del otro. Inclusive, el distinguido jurista Dr. Alvaro Mora Ramírez, sostiene la posibilidad de que ambas pretensiones puedan incoarse dentro de la misma demanda, siempre y cuando se separen tajantemente, los conceptos, las pretensiones y los hechos, de forma tal que no haya lugar a confusiones. En ninguna parte la ley está refiriéndose a la prohibición de optar entre una y otra acción, o, a la obligación de escoger entre la reparación de uno u otro daño.

19. Finalmente, en el ejemplo del remitente de una mercancía, que intentó cobrar el pago de la misma por vía extracontractual, la solución aparece entonces clara: se trata obviamente, de una obligación de tipo contractual en cuyo caso, el acreedor o el juez, no pueden escoger o aplicar las normas de la responsabilidad aquiliana, pues entonces, se estaría presentando el problema de la opción, que, como ya vimos, está prohibida como principio general.

20. Resta entonces por saber, cuáles son esos casos excepcionales en los que entre las mismas partes, y para cobrar el mismo daño, el incumplimiento del responsable constituye, a la vez, la violación del contrato y la violación de la obligación general de prudencia, en cuyo caso el juez tendría la opción de aplicar cualquiera de las dos responsabilidades.

21. **Excepciones a la prohibición de optar o acumular la responsabilidad contractual con la extracontractual:** Dijimos, en principio, que la posibilidad de optar por la responsabilidad contractual o por la extracontractual, sólo procedía cuando el hecho causante del daño constituía, a la vez, una falta contractual y una falta aquiliana (22). Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones con el fin de ver, con exactitud, en qué consiste la dualidad de culpas en relación con un mismo hecho, y en cabeza de un mismo responsable.

---

(22) En ese sentido DALCO Roger O., Ob. Cit., T. I, No. 179.

Cuando no hay contrato de por medio entre las partes, el problema ni siquiera se plantea, pues sólo se aplica la responsabilidad extracontractual. Tal, el caso del peatón damnificado por un accidente de tránsito; de igual forma, cuando sólo aparece violado el contrato, únicamente tiene vigencia la responsabilidad contractual. Por ejemplo, la responsabilidad del vendedor por vicios redhibitorios; finalmente, no debe confundirse el daño producido con ocasión del contrato (23) y el que se deriva de su inejecución. Así, si durante la construcción de un edificio éste se cae y lesiona a su propietario, el valor de la construcción es un daño que surge directamente de la inejecución del contrato y la responsabilidad será contractual; en cambio, las lesiones personales del propietario surgen con ocasión del contrato y en tal virtud, la responsabilidad será extracontractual. Por eso se dice que los accidentes de trabajo comprometen esta última responsabilidad y no la primera.

Así pues, se trata de averiguar cuándo se produce un daño derivado de la inejecución del contrato y que ese hecho constituya a la vez una culpa aquiliana.

22. En ese sentido, la jurisprudencia y la doctrina belgas, unánimemente, y parcialmente las francesas (24), han aceptado que cuando el hecho que da lugar a la inejecución del contrato es a la vez un delito penal, esa conducta permite que la víctima demande al sindicado (deudor contractual), el daño sufrido, optando bien sea por la responsabilidad contractual, bien sea por la aquiliana. Sería el ejemplo planteado inicialmente, en el cual, el arrendatario, en forma dolosa, prende fuego a la casa que le fuera arrendada. Obsérvese cómo se viola la obligación de conservar el bien arrendado en buenas condiciones, pero, al mismo tiempo, ese hecho violatorio del contrato de arrendamiento, constituye el delito penal de daño en cosa ajena. Se trata de un mismo hecho, de un mismo daño, entre las mismas partes. A elección del perjudicado está pues, demandar por vía contractual o por vía aquiliana, a su deudor.

23. También han admitido la doctrina y la jurisprudencia (25) que cuando el vendedor tradita la cosa vendida con alguna garantía a favor del comprador, si éste vuelve a vender el bien comprado, a un tercero, éste subadquiere la cosa con todos sus accesorios, incluida la garantía otorgada por el vendedor inicial. Igual cosa ocurre con los contratos de construcción de obras, en los que de acuerdo con el artículo 2060, inciso 3o. del Código Civil, el empresario otorga una garantía de diez años al dueño de la construcción (26). Si éste la enajena, al segundo o tercer año, la garantía queda en cabeza del subadquirente, quien, llegado el caso, podrá ejercer los mismos derechos del propietario inicial.

---

(23) Sobre esta diferencia DALCQ Roger O., Ob. Cit., T. I, No. 173.

(24) En Bélgica: DALCQ Roger O., Ob. Cit., T. I, No. 164 a 182; ROBERT André, Ob. Cit., p. 26; Doctrina francesa que rechaza esta idea: LE TOURNEAU, Philippe, Ob. Cit., No. 351.

(25) En Derecho Colombiano: "Jurisprudencia Civil, 1975", Cas. Civ., Mayo 23 de 1975.

(26) LE TOURNEAU, Philippe. Ob. Cit., No. 366.

En ambos ejemplos, el daño se produce estando en cabeza del subadquirente posterior; éste podrá demandar al constructor o al vendedor inicial, utilizando la garantía que le fue transmitida por el vendedor o por el constructor, en cuyo caso pedirá la aplicación de la responsabilidad contractual; pero si lo desea, puede considerarse un simple tercero y demandar al constructor o al vendedor iniciales, de acuerdo con las normas que rigen la responsabilidad civil extracontractual (artículos 2351 del Código Civil). Ello no le impide accionar contra su vendedor directo (27).

24. Fuera de estos casos de posibilidad de opción, la jurisprudencia francesa, y durante un período fugaz, permitió la opción en los daños producidos en la inejecución del contrato de transporte. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina de aquel país siguieron considerando que el daño hereditario derivado de la muerte del pasajero fallecido pertenecía a la responsabilidad contractual. En cambio, el daño personal de sus herederos podría ser cobrado bien fuera por vía contractual, bien fuera por vía extracontractual, a condición de que ese daño personal no fuera cobrado dos veces (28). Ahora, ello no quiere decir que los herederos tuvieran que renunciar bien fuera al daño hereditario, bien fuera al daño personal. Tanto el uno como el otro podían ser cobrados: el hereditario por vía contractual.

(27) Sobre este punto: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. Cit., No. 124.

(28) Al respecto, RENE SAVATIER, expresa: "Sabemos que el transportado tiene una acción contractual contra el transportador, por el solo hecho de no llegar sano y salvo a su destinación. Pero, en caso de accidente mortal, esta acción, que se halla en el patrimonio del transportado, parece caer dentro de la sucesión, lo que no le asegura a los suyos más que una indemnización singularmente incompleta. En efecto, beneficiados sin duda, como herederos, de una presunción de responsabilidad del transportador, ellos no pueden invocarla sino hasta concurrencia del daño sufrido por el pasajero mismo. Cuando al contrario, ellos actúan en su propio nombre, pueden, sin duda, reclamar todo el daño sufrido por ellos, pero en ese caso no podrían beneficiarse de las estipulaciones del contrato de transporte, puesto que se presentarían como terceros. Tendrían entonces la obligación de probar la culpa del transportador, lo que privaría de una gran parte de su eficacia práctica la reforma de la jurisprudencia que viene desde 1911.

"Adicionalmente, esta jurisprudencia fue completada hacia 1932 por una iniciativa bienhechora, pero pretoriana de los tribunales. Ella consiste en suponer que el pasajero transportado, no contento de estipular contractualmente su propia seguridad, la estipularía también en beneficio de su cónyuge y sus hijos. Gracias a esta estipulación por otro, estos parientes se beneficiarían del contrato, es decir, de la presunción de culpa que de dicho contrato resulta, en caso de accidente, contra el transportador. Por supuesto, esta estipulación por otro deja al cónyuge y sus hijos ajenos a la herencia, que les permite, aun beneficiándose del contrato, no ser obligados a aceptar la sucesión del difunto y sus obligaciones. Ellos no están ligados sino por el contrato de transporte que invocan. Inclusive, pueden ellos en lugar de utilizar el contrato, presentarse como terceros que actúan sobre el terreno delictual, si ellos quieren, por ejemplo, escapar a la prescripción de dicho contrato. Pero pierden entonces, el beneficio de la presunción de culpa". (SAVATIER, René. Ob. Cit., T. II, No. 542).

Obsérvese que en esa época, la acción personal no se beneficiaba de la presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas, del artículo 1384, inciso 1o., del C.C. francés lo que muchas veces, dejaba a los herederos en la miseria, pues en la acción hereditaria, tenía que concurrir con los acreedores del causante, a pesar de beneficiarse de la presunción de culpa contractual, y en la acción personal no concurría con acreedores del causante, pero casi siempre perdían el proceso porque no lograban demostrar la culpa del transportador. Con la nueva interpretación, la presunción de culpa operó en las dos acciones, pues ambas se consideraban contractuales. Con la posterior evolución jurisprudencial en la responsabilidad aquiliana por el hecho de las cosas, la acción personal extracontractual se benefició también de la presunción de responsabilidad, lo que quitó toda importancia a que la acción personal fuere contractual.

El personal, optando por una u otra responsabilidad, pero cobrado una sola vez (sobre el contenido de ambos daños ver SUPRA).

Decíamos que ésta fue una doctrina fugaz, ya que con la evolución jurisprudencial del derecho francés sobre la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas, la opción perdió todo interés, pues siguió siendo más benéfico para los familiares del pasajero fallecido cobrar su perjuicio personal ejerciendo la acción extracontractual. Hoy en día, la práctica muestra en el derecho de aquel país, cómo los herederos del pasajero fallecido cobran al mismo tiempo el daño hereditario por vía contractual y el daño personal por vía extracontractual, siempre y cuando, ambos se hayan generado. Si sólo hay daño hereditario, éste se cobra por vía contractual. Si sólo hay daño personal de los herederos, éste se cobra por vía aquiliana.

#### SECCION IV

##### EL PROBLEMA DE LA OPCION EN EL DERECHO COLOMBIANO

25. Al introducirnos en el tema, habíamos planteado el caos jurisprudencial y doctrinal que el problema de la opción (mal llamada acumulación) entre las responsabilidades contractual y extracontractual se había producido en Colombia a través de los años. Por lo pronto queremos detenernos un poco en los dos fallos a que hicimos alusión al comenzar esta charla.

26. El resumen de los hechos del primero de ellos, es el siguiente: Un tributarista demandó a su contador y a una entidad bancaria porque el dependiente del primero, por presunta negligencia de la segunda, había desviado unos dineros con los que se buscaba pagar los impuestos del cliente. El Tribunal Superior de Medellín, profirió sentencia inhibitoria cuyos apartes pertinentes son los siguientes:

“Ha hecho la Sala la anterior distinción, porque ni frente a la doctrina ni frente al derecho positivo, pueden recibir las responsabilidades en comento, un mismo tratamiento, y por tanto, cuando de hacer efectiva una de ellas se tratare, debe precisarse al indicar la causa petendi, su fuente, pues el vínculo contractual excluye la demanda con fundamento en hecho delictual o cuasidelictual o viceversa.

“Si como lo pregona el conjunto de hechos relativos a Oscar A. Zuluaga Serna, mediaba entre éste y la entidad demandante un vínculo contractual de asesoría tributaria, cabe destacar que el libelista acumuló en forma concurrente la acción de responsabilidad que incumbía al citado Zuluaga Serna de típico carácter contractual, con la predicable del Banco Ganadero, esa sí de índole extracontractual. Resulta entonces obvio que la causa petendi es diferente y los fundamentos jurídicos resultan también incompatibles. Así las cosas, no se dan las condiciones que el artículo 82 del C.J. exige para la acumulación de pretensiones en una misma demanda. Si los demandados deben responder a título diferente, la acumulación planteada resulta indebida y por tanto la demanda no es formalmente apta.

“En caso similar al presente, anotó la Sala de Decisión de este Tribunal, presidida entonces por el Dr. Horacio Montoya Gil, en providencia de febrero veinte de mil novecientos ochenta y uno, lo que se transcribe: JOSSE RAND apunta que “la responsabilidad contractual y delictual tiene campos de aplicación distintos, no se concibe que ellas puedan coincidir, concurrir o acumularse para una misma situación jurídica, y para una misma relación dadas porque no se sabría ser a la vez tercero y contratante”. (JOSSE RAND, nota de la recopilación DALLLOZ, 1927, I., 105).

“Viene de lo dicho que en una misma demanda, al menos en forma concurrente, no se puede reclamar indemnización de perjuicios invocando indistintamente una u otra fuente de responsabilidad, ni teniendo tales perjuicios como causa la violación del contrato, demandarse alegando la aquiliana o viceversa. La demanda que así se formula es inadmisibile desde todo punto de vista de la técnica procesal.

“A lo anterior podría replicarse en el sentido de que lo dicho no tiene aplicación al caso sub júdice por cuanto el supuesto fáctico de la demanda de que se trata es diferente, pues que lo que se pretende es la indemnización de unos perjuicios resultantes de un hecho en el cual tomaron parte dos personas, una de ellas vinculada contractualmente a la víctima y la otra completamente extraña a tal relación. Sin embargo, el planteamiento lleva a la misma conclusión: el tercero únicamente puede llamarse a indemnizar con fundamento en la responsabilidad extracontractual y quien tenía un vínculo anterior sólo por la derivada del incumplimiento del contrato.

“El fenómeno ha sido estudiado por la doctrina francesa y también por la chilena. MAZEAUD—TUNC en la obra Responsabilidad Civil, Tomo I., Vol. I., No. 1421 lo analiza como el caso de **UN TERCERO AUTOR O COMPLICE DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO**. Luego de ilustrar el planteamiento con un caso semejante al del libelo, se preguntan acerca de la naturaleza de la responsabilidad que pesa sobre el contratante y sobre el tercero autor o cómplice del incumplimiento, y cuál es la situación de la víctima en tal evento. Ellos mismos resuelven el planteamiento diciendo que indudablemente el contratante a quien se le incumplió, tiene una doble acción: puede reclamar perjuicios del otro contratante y también del tercero cómplice o cautor. La responsabilidad de quien contrató con la víctima es contractual ‘desde luego se trata del incumplimiento de un contrato celebrado con la víctima del daño. Por el contrario, por ser el cómplice un tercero frente a la víctima, su responsabilidad no puede ser sino delictual. Para los fines de la efectividad no varía la naturaleza de la responsabilidad ni la una podría estar subsumida en la otra’. (Ordinario de Efrén Palacio Vásquez contra Liliam Alarcón de Usme y otro). Cabe anotar que idéntica postura doctrinaria adoptó otra de las Salas de este Tribunal, la presidida por el H. Magistrado Jaime Arturo Gómez Marín, en el proceso ordinario de José Ariel Duque Pérez y otros, contra Libardo García, Transportes Gómez, Hernández, Medina, Arroyave y Cía. Ltda. y otro, según sentencia de marzo 31 de 1981”. (Tribunal Superior, Sala de Decisión Civil, Medellín, septiembre 28 de 1983).



27. Mis discrepancias con estos argumentos del Honorable Tribunal pueden sintetizarse así:

28. a. De un lado, aunque es cierto que la responsabilidad del tributarista es contractual, y fue invocada la extracontractual, no debe perderse de vista que si la denominación de la norma o de la acción incoada es equívoca, el juez debe aplicar la norma correcta, sobre todo, si en uno u otro caso la carga de la prueba de la culpa es la misma. En el caso sub júdice no cabe duda que, sea por responsabilidad contractual, sea por la extracontractual, el tributarista debía demostrar diligencia y cuidado. De manera que la equivocación en la denominación de la responsabilidad no era óbice para que el juez fallara de fondo (29). Repetimos: El juez está obligado a aplicar la responsabilidad correcta a condición de que los presupuestos fácticos de la responsabilidad aplicable, se hallen probados procesalmente. Al comentar un fallo reciente de la Corte de Casación Francesa, en circunstancias similares al caso que aquí se trata, el señor GEORGES DURRY, comentarista de la "Revue Trimestrelle de Droit Civil", expresa: "Sería bueno que, si una falta es claramente establecida en contra del demandado, la demanda no fuera descartada porque sólo el artículo 1382 (artículo 2341 del C.C.C.) ha sido invocado, a pesar de que existe entre las partes un contrato que consagra una obligación de medio. Porque, en tal hipótesis, nada cambia en el fondo del debate. Solamente varía el fundamento jurídico" (30).

Recuérdese que los fundamentos de derecho pueden ser equívocos o aun, faltar en la demanda y, sin embargo, el juez debe aplicar las normas correctas.

Es que, en el fondo, la prohibición de optar entre una y otra responsabilidad es para el juez y no para el demandante (31). Lógicamente, estamos partiendo de la aceptación de la teoría de la unidad de causas (SUPRA ). Porque si lo que se aplica es la teoría de la pluralidad de causas, entonces el Tribunal tendría razón, pues el demandante se equivocó en la denominación de la causa petendi.

29. b. Ahora, admitido que la responsabilidad del tributarista era contractual y la de la entidad bancaria era extracontractual, el fallo no podía ser inhibitorio so pretexto de que se estaban acumulando indebidamente las responsabilidades contractual y extracontractual. Ya hemos visto cómo la tan manida acumulación indebida, consiste en que entre las mismas partes, y para cobrar un mismo daño, se aplique indiferentemente una u otra responsabilidad.

---

(29) En un caso similar, la Corte expresa: "Y si el reparo del señor Procurador se apoya en la cita de reglamentos atañedores a los contratos, a ese punto podría contestarse en la siguiente doctrina de la Corte: "El juzgador está en la obligación de examinar la verdadera intención de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarla, más que en la denominación que se le diera a la acción y en las disposiciones civiles invocadas. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo. (Sentencia de 9 de abril de 1940, G.J., No. 1955 y 1956)". C.S.J., Neg. Gen. agosto 30 de 1949, G.J., T. LXVI, p. 854.

---

(30) "Revue Trimestrelle de Droit Civil, No. 2., Ed. Sirey, abril - junio, 1984, p. 319.

---

(31) SUPRA

El fallo argumenta que en el caso sub júdice se estaba violando el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que fija las bases para la acumulación de pretensiones, en cuyo caso, estaría prohibido acumular las dos responsabilidades. Es aquí donde se precisa hacer una petición de principio, sobre las siguientes bases:

1) La citada norma se refiere es a la acumulación subjetiva u objetiva de pretensiones. En ninguna parte aparece reglamentando el ejercicio de la acción o, las normas que se invocan para hacer valer el ejercicio de un derecho. Lo que la norma reglamenta es la posibilidad de demandar dos objetos jurídicos en un mismo proceso, o la de demandar uno o varios objetos jurídicos, contra dos o más demandados o por parte de dos o más demandantes (32).

2) El Tribunal, al igual que otros juzgadores, considera que en un caso como el sub júdice, las pretensiones se estarían excluyendo entre sí, por lo cual la demanda no sería procedente, según el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; el argumento sería el de que la acción contractual y la extracontractual se excluyen entre sí.

Sin embargo, dicho argumento es deleznable puesto que, como lo repetimos, una cosa es acumular pretensiones subjetivas u objetivas y otra, demandar un mismo objeto frente a dos responsables civilmente; el uno a título contractual; el otro, a título extracontractual. En ambos casos, la causa de la demanda es la responsabilidad civil. En la responsabilidad civil extracontractual habría indebida acumulación de pretensiones si se demandara por ejemplo, la destrucción de una obra levantada por el demandado y los perjuicios futuros que se ocasionarían a la víctima si el muro permaneciere. En este caso, una pretensión excluye la otra, puesto que si el muro se destruye, no habría lugar a perjuicios futuros, y a la inversa.

3) Pero todos los argumentos se vuelven un círculo vicioso, cuando, como en el caso sub júdice, se dice que al haber dos demandados, uno contractual y otro extracontractual, se está violando lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Mas cuando uno va a la citada disposición y se encuentra con que la acumulación de pretensiones está permitida, a menos que sean excluyentes, se le argumenta que, en un caso como el analizado se estarían dando las condiciones de la exclusión, puesto que las dos responsabilidades no se pueden invocar al mismo tiempo; y si preguntamos por qué no se puede invocar al mismo tiempo las dos responsabilidades, se nos dice que el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil lo está prohibiendo; y si volvemos a indagar por qué los está prohibiendo, se nos responde que ambas responsabilidades son excluyentes, lo que las haría inacumulables, y, así, la rueda vuelve y juega.

En conclusión, creemos que, precisamente, el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, es el fundamento jurídico que expresamente, hubiera permitido, en el caso a estudio, demandar la indemnización, en un mismo proceso, contra el tributarista y contra la entidad crediticia. Lo de la prueba de responsabilidad de

(32) Sobre la interpretación de esta norma: MORALES MOLINA, Hernando. Ob. Cit., Parte General, No. 394 y ss.

ambas es otro asunto. Hablamos de la viabilidad desde el punto de vista procesal. En efecto, el texto legal multicitado, en el inciso 2o., numeral 3, expresa que "podrán acumularse en una demanda, pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros". (Subraya fuera del texto). Como puede verse, el fallo que aquí se analiza provenía de la misma causa, pues son unos mismos los hechos. Pero, aunque se consideraren como causas diferentes, habría por lo menos, identidad instrumental, de hecho, y de objetos. Razones sobran pues, para permitir la acción, en un mismo proceso, contra dos responsables: el uno, a título contractual; el otro, a título extracontractual.

A continuación nos referiremos a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se fallaba un litigio entre los herederos de un pasajero fallecido y un transportador.

30. El segundo fallo al que quiero referirme en el día de hoy, se fundamenta, repito, en los siguientes hechos: Los herederos de un pasajero fallecido en un accidente de aviación, reclamaron indemnización, a nombre de la sucesión. Llegado el proceso a la Corte Suprema de Justicia, ésta diferenció con inicial claridad, entre la demanda en el ejercicio de la acción hereditaria y la demanda, en ejercicio de la acción personal; admitiendo que para el caso sub júdice se pedía a nombre de la sucesión, la sentencia fue condenatoria pero en sus conclusiones finales se advirtió que, en general, en esta clase de demandas, los herederos debían elegir entre la indemnización hereditaria y la personal, pues las dos no serían acumulables.

Los apartes pertinentes del citado fallo son los siguientes:

"Ahora bien, como la fuente de la obligación insatisfecha es el contrato de transporte celebrado entre la sociedad demandada y, de otra parte, el sobreviviente. . . y las demás víctimas fallecidas, es claro que los sucesores de éstas demanden la reparación del perjuicio que a las mismas se causó y no el que ellos hayan padecido. Y como ejercitan la acción nacida de la infracción contractual y no de culpa aquiliana, síguese que el perjuicio que debe indemnizarse es el que padecieron personalmente los pasajeros lesionados o muertos en el lamentable infortunio y no el que, a causa de la muerte de algunos, hayan sufrido sus sucesores a título universal. La acción de perjuicios por incumplimiento del conductor de la obligación determinada de llevar sanos y salvos a los viajeros al lugar de su destino, cuando los lesionados fallecen sin ejercitarle, se transmite, mortis causa, a sus herederos, los que, entonces, cuando en ejercicio de esa acción heredada demandan el resarcimiento de daños por la inejecución, no pueden reclamar el daño, ya moral, ya material, que ellos mismos hayan padecido, sino el que sufrieron sus respectivos causantes.

"Para que el heredero pueda reclamar los perjuicios que personalmente ha padecido por las lesiones o la muerte del de cujus, indispensable es que ejercite la acción de indemnización de perjuicios nacida de culpa extracontractual y no la con-

tractual que le transmite su causante. Al arbitrio del heredero está, pues, elegir entre el ejercicio de la acción de perjuicios que dimana del incumplimiento del contrato que su causante celebrara y la que tiene su fuente o manantial en la culpa extracontractual del autor del daño.

“Dedúcese de lo expuesto que lo pedido en la demanda es la reparación del daño sufrido por los pasajeros por inejecución del contrato de transporte, y no el pagado por sus herederos a causa de culpa extracontractual.

“Como lo ha enseñado la jurisprudencia (G.J. T. LXIX, 384 y T. LXXXI, 181), las bases para la estimación del daño deben ser las que se desprenden de elementos probatorios que acrediten la existencia del que fue causado con el quebrantamiento del contrato de transporte y que tenga repercusión en el patrimonio de la víctima del accidente, la edad de ésta en esa fecha, su capacidad productiva de acuerdo con su profesión, las entradas que percibía, duración de esa capacidad productiva (la que puede menguar con los años), y deducción lógica de los gastos de sostenimiento ordinario.

“Apareciendo clara la existencia del daño, tanto moral como material que sufrieron las víctimas del accidente de Málaga, deberá ordenarse su reparación a cargo de la sociedad demandada. La condena, empero, para los perjuicios materiales, en virtud de que faltan algunas bases para determinar su monto, se hará en abstracto o in genere. Los perjuicios morales, en cambio, serán reconocidos, mas sin exceder la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000.00) para cada pasajero, como quiera que los demandantes limitaren a esta suma su petición por ese concepto, no obstante que la Corte ve la urgencia de modificar su tesis de que no debe condenarse, por daños morales, a pagar suma mayor de dos mil pesos (\$ 2.000.00) a cada lesionado”. (C.S.J., Sentencia junio 11 de 1974, Jurisprudencia y Doctrina, T. III, No. 31, p. 398).

En relación con esta decisión de nuestro Tribunal Supremo, podemos hacer las siguientes observaciones:

a. Está bien orientada la Corte cuando sostiene que la acción hereditaria es contractual y la personal lo es extracontractual. Es esa la misma orientación que tiene el Código de Comercio, cuando en su artículo 1006, cierra toda posibilidad a que la acción personal pueda considerarse como contractual. Así lo explican sus redactores cuando, al respecto, expresan: “Hemos considerado que la posición más aceptable es la que sostiene que la acción del pasajero por cualquier incumplimiento del contrato de transporte, es una acción contractual. . . La acción de la esposa y los hijos contra el transportador, es una acción extracontractual (33).

En esa forma se condenó la doctrina francesa que, en la década del treinta, consideró que la acción personal podría ser contractual. Algunos fallos anteriores de

---

(33) Proyecto de Código de Comercio, elaborado por la Comisión Revisora de dicho estatuto. Ministerio de Justicia, T. II, pag. 240.

nuestra Corte, habían aplicado, a casos similares, esa ya superada doctrina francesa (34).

b. Pero esa lúcida distinción de la Corte aparece borrada de un plumazo cuando, al condenar, no advierte que los perjuicios, a cuya indemnización obliga, no son los hereditarios, sino, justamente, los personales. Omite u olvida la Corte que el lucro cesante de la víctima, que se produce entre el momento de su muerte y aquél en que presumiblemente se hubiera producido su deceso natural (supervivencia), es un daño que no pertenece a la sucesión, sino a los terceros, herederos o no, en razón de su perjuicio personal.

Siendo consecuentes, el fallo sólo podría haber condenado a los perjuicios causados al pasajero, hasta el momento de su fallecimiento, que por haber sido en un accidente de aviación, suponemos haya sido instantáneo. En ese caso, aún aceptando la teoría de los MAZEAUD, el lucro cesante futuro pertenecería a la acción personal extracontractual y no a la hereditaria contractual. El único daño que se cubriría por vía hereditaria, sería el que los citados autores denominan "pretium mortis".

Pero, es más: al ejercerse la acción hereditaria se estarían cubriendo los perjuicios morales del pasajero mismo, en cuyo caso, su monto máximo debería repartirse entre todos los herederos. No obstante, el fallo condena al máximo a favor de cada uno de los sucesores, lo que hace más confusa la decisión. En realidad, el máximo de perjuicios morales se otorga a cada uno de los demandantes cuando demandan a título personal y no hereditario.

En conclusión, toda la indemnización otorgada, en este fallo, pertenecería, en estricto derecho, no a la sucesión, sino a los demandantes, a título personal.

No conocemos la decisión que reguló y liquidó el monto concreto de los perjuicios, pero le podríamos haber augurado el siguiente problema: Cuando se liquida el perjuicio proveniente de la muerte de una persona que sostenía a los demandantes, se debe tener en cuenta el período durante el cual esa ayuda hubiera sido recibida, de no haber muerto el causante. En tales circunstancias, el monto indemnizable es diferente para cada actor, y, quedaría en cabeza de cada uno de ellos. En ese orden de ideas, sólo tendría derecho a indemnización quien efectivamente estuviese recibiendo auxilio del fallecido, pues no basta la simple calidad de heredero para estar legitimado. En el caso sub júdice, habría que liquidar el perjuicio teniendo en cuenta únicamente la supervivencia del fallecido, omitiendo la necesidad de los demandantes, y sus edades (35). La totalidad de las indemnizaciones debería ir a parar a la sucesión, lo que a todas luces es injusto con el demandado, pues estaría pagando una indemnización muy superior al daño realmente sufrido. Con algunos de los herederos podría haber igualmente injusticias, pues por ejemplo, la cónyuge vería enormemente disminuida su indemnización puesto

(34) C. S.J., Cas. Civ., septiembre 27 de 1955, T. LXXXI, p. 162.

(35) El fallo, al sentar las bases de la liquidación, sólo menciona la edad del fallecido y guarda silencio en relación con la de los demandantes.

que si demandara a título personal, le correspondería el cincuenta por ciento de la misma. De igual manera, los hijos menores van a verse perjudicados, puesto que deben entrar a concurrir con otros herederos que posiblemente no sufrieron daño alguno.

c. Finalmente, y ésta es la objeción central, el fallo da a entender que los herederos de un pasajero fallecido sólo pueden reclamar el daño hereditario o el daño personal, pero no acumular los dos.

Esta posición es equívoca puesto que como ya lo hemos dicho, se trata de dos daños con entidades diferentes y que, al ser cobrados en forma conjunta o separada, no están produciendo un enriquecimiento de la víctima sino del responsable, quien por el hecho de que los dos daños estén en cabeza de una sola persona, sólo estaría obligado a pagar uno de los dos.

El artículo 1006 del Código de Comercio, pareciera dar la razón a la jurisprudencia en comento. En efecto, dicha norma prescribe lo siguiente: "Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.

"En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral".

Sin embargo, una lectura detenida de la norma arroja los siguientes principios:

- 1) El daño hereditario es contractual y el personal, extracontractual.
- 2) Los dos daños no se pueden cobrar en un mismo proceso.
- 3) De existir los dos daños, se pueden cobrar en procesos simultáneos pero separados; también pueden cobrarse en forma sucesiva. En esos casos no habría ni pleito pendiente, ni cosa juzgada, puesto que el objeto y las partes son diferentes. En el uno, la parte es la sucesión. En el otro, la parte es el heredero mismo.
- 4) El daño hereditario no se puede cobrar ejerciendo la acción personal, ni el personal se puede cobrar ejerciendo la acción hereditaria.
- 5) Si se aceptara que la norma permite cobrar un solo daño, sobre la base de cualquiera de las dos acciones, habría pleito pendiente si se intenta cobrar ese mismo daño, en acción separada y simultánea; y si se intenta cobrarlo en proceso sucesivo, habría cosa juzgada. En ambos casos, habría identidad de partes, de objeto y de causa petendi.

## CONCLUSIONES

31. Estos principios que acabamos de plantear, tratan de poner orden, no sólo desde el punto de vista del derecho sustantivo, sino también, desde el punto de vista del derecho procesal. Lamentablemente, el término denominado "acumulación" es multívoco, razón por la cual se puede hablar de acumulación de pretensiones, de acciones, de objetos, de partes o de opción entre las dos fuentes de responsabilidad. Como ya lo hemos dicho, el problema consiste más en una opción que en una acumulación.

Muchas gracias.