

de esta sección. Inicialmente analizaremos lo relativo a la naturaleza de las acciones hereditaria contractual y personal extracontractual; posteriormente resolveremos lo relativo a la acumulación de acciones en responsabilidad y finalmente aplicaremos estos conceptos al contrato de transporte.

Como aclaración, digamos que los principios que rigen el artículo 1006 del Código de Comercio son aplicables tanto al transporte aéreo como al terrestre.

Subsección I

Las acciones contractual y extracontractual derivadas de un mismo hecho

30. Distinción de las acciones en responsabilidad:

Al producirse un daño, sea que se esté o no ejecutando un contrato, pueden generarse dos tipos de acciones judiciales. Esta distinción es válida, sobre todo, cuando en la realización del daño murió una persona.

De una parte, cuando el daño se deriva de la muerte de alguien, surge para sus derechohabientes la llamada acción hereditaria, que puede ser contractual o extracontractual, según que la muerte se haya producido en la ejecución de un contrato o en ausencia del mismo. Pero, además, puede suceder que una persona que sea o no heredera de la víctima sufra un perjuicio de tipo personal derivado de esa muerte. Es lo que se denomina la acción personal o acción JURE PROPIO. Estas dos acciones pueden darse separada o conjuntamente, según los herederos sufran a su vez un perjuicio personal.

Si en un accidente de tránsito mueren el pasajero que era conducido en el vehículo, y un peatón que atravesaba la calle, pueden surgir de ese mismo hecho las siguientes hipótesis, tomando como base la muerte del peatón y la del pasajero.

a. Los herederos del pasajero ejercerán la acción hereditaria que les permita recobrar el daño contractual derivado del incumplimiento del contrato de transporte; por otra parte podrán cobrar a título personal (acción JURE PROPIO), el perjuicio personal que hubieren sufrido por causa del accidente.

b. Los herederos del peatón ejercerán la acción hereditaria para pedir indemnización de los daños económicos y morales que sufrió el patrimonio del causante. Por otra parte ejercerán la acción personal (acción JURE PROPIO), con el fin de demandar el perjuicio personal que han sufrido. En ambos casos la acción será de tipo extracontractual, ya que no existe contrato de por medio.

En los dos ejemplos anotados las dos acciones existen en cabeza de una misma persona, teniendo en cuenta que normalmente quien es heredero sufre igualmente perjuicios de tipo personal. Pero puede ocurrir que quien sufra el perjuicio per-

sonal no sea heredero (caso de la concubina), o quien siendo heredero no sufrió perjuicio de tipo personal (caso del hijo que no recibe ayuda del padre que murió).

Esta distinción entre las dos acciones de responsabilidad, surgidas por un mismo hecho, puede considerarse como un principio jurídico adquirido por la jurisprudencia y la doctrina. Así, para el decano RENE SAVATIER la distinción es demasiado neta y clara: "La víctima directa del accidente mortal, el difunto, no puede más actuar por sí mismo, pero su acción pasa a su sucesión. De otra parte, de una manera jurídicamente distinta, su deceso puede hacer otras víctimas en las personas de los que lo amaban (daño moral) o a quienes él procuraba recursos (daño material).

"Pero es necesario guardarse de confundir los dos grupos de acciones que les pertenecen y cuyo doble juego puede, por otra parte, ser modificado, sea por el legislador particular, sea por una estipulación de otro" (24).

Por su parte el señor PHILIPPE LE TOURNEAU sintetiza así la posibilidad que tiene una persona de ejercitar conjunta o alternativamente las dos acciones: "El causahabiente puede ejercer la acción contractual o delictual que pertenecía al difunto, o la acción delictual que le es personal. Esas dos acciones son independientes, y eventualmente pueden concurrir en una misma persona. La acción de la víctima ligada o no por un contrato con el responsable, y la acción de sus herederos que invocan un derecho personal fundado sobre la responsabilidad delictual del responsable, son independientes la una de la otra" (25).

Realizada la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, hemos establecido igualmente que cualquiera sea la acción en responsabilidad, es necesario distinguir también la acción hereditaria y la acción personal que existen en favor de las víctimas INDIRECTAS del daño. Se ha definido igualmente que en cabeza de una misma persona pueden concurrir las dos acciones.

31. El daño u objeto perteneciente a cada acción:

Uno de los aspectos que dan lugar a confusión en este punto es la ignorancia sobre la noción de objeto de la pretensión en un proceso de responsabilidad civil

Objeto de la pretensión es lo que se pide al juez, en la demanda. Un solo hecho puede dar lugar a que una misma persona divida su perjuicio en varias acciones; tal ocurriría si en un primer proceso cobrase el lucro cesante y en otro posterior,

24. SAVATIER Rene, *Traité*, T. I., No. 539.

25. LE TOURNEAU Philippe, *Ob. Cit.*, No. 171 a 177; ver igualmente, MAZEAUD—TUNC CHABAS, *Traité*, No. 141.

el daño emergente; en caso semejante nos encontramos frente a pretensiones con objetos distintos, situación que es perfectamente válida dentro del derecho procesal y que no hace excluyentes las dos peticiones.

El caso anterior contempla la situación de una sola víctima que reclama su propio perjuicio, pero dividido en dos acciones. Nos compete ahora el análisis de los objetos de la pretensión, pertenecientes tanto a la acción personal de los herederos, como a la hereditaria que se les ha transmitido al morir el causante.

Cuando la víctima directa del daño reclama la indemnización de su perjuicio ejerce su acción personal, contractual o extracontractual, según que haya o no de por medio un contrato. Al iniciar la acción en reparación podrá cobrar la incapacidad laboral que se produzca entre el momento del accidente y la reiniciación de labores; asimismo, cobrará los gastos clínicos y médicos, así como los perjuicios morales ocasionados por la angustia que le produjo el verse lesionado.

Ahora, si la víctima directa del daño muere, sus herederos se encuentran en una doble posición:

a. Como herederos ejercen la acción hereditaria (contractual o extracontractual, según que haya o no de por medio un contrato). Por medio de esta acción reclaman los perjuicios que pudo haber cobrado el causante si él hubiere podido demandar; pero es preciso distinguir entre la muerte inmediata o la muerte mediata de la víctima directa.

1. Cuando el causante sobrevive siquiera un instante al accidente, sus herederos, como tales, cobrarán los perjuicios morales del causante mismo al verse lesionado; su incapacidad laboral entre el momento del accidente y el momento de la muerte; los gastos de clínica y entierro si fueron sufragados con dinero del causante; finalmente cobrarán los daños que le fueron causados a bienes de la víctima dentro del accidente mismo, tal, por ejemplo, daños al vehículo que conducía al momento del hecho, si era de su propiedad.

2. Ahora, si la víctima directa fallece en el acto, no transmite a sus herederos derecho a demandar perjuicios morales pues su angustia no existió debido a la inmediatez del deceso; podrán reclamar, eso sí, los gastos de entierro si fueron sufragados con dineros del causante, así como los daños causados a sus bienes (caso del vehículo dañado en el accidente).

En cambio lo que la víctima directa deja de ganar entre el momento de la muerte real y el momento en que presumiblemente hubiera fallecido si no hubiere ocurrido el accidente (vida probable), no pertenece a la acción hereditaria, pues realmente es un lucro que nunca existió en cabeza patrimonial de la víctima; por ello hay que considerar erróneos los fallos que permiten, por medio de la acción hereditaria, reclamar lo que la víctima hubiere ganado de no haber muerto en forma tan temprana; habrá que recurrir a la acción personal de los demandantes para saber si allí tienen acomodo tales perjuicios.

b. Por medio de la acción personal, generalmente extracontractual (26-1), los terceros perjudicados, casi siempre herederos, reclaman su propio perjuicio sufrido a causa de la muerte de la víctima; su acción les permite cobrar lo que dejaron de recibir desde el momento de la muerte de la víctima y lo que presumiblemente hubieren recibido durante la vida probable de ésta.

De otro lado, esos terceros perjudicados podrán demandar el pago del lucro cesante que tuvieron asistiendo a la enfermedad y muerte de la víctima, así como los gastos clínicos, médicos y funerarios, si no fueron sufragados con dineros del causante. Este es más o menos el normal potencial de los daños pertenecientes a la acción personal de los herederos; no obstante, pueden concurrir a ella parientes herederos y no herederos, como ocurre por ejemplo, si el causante socorre a sus padres y a su esposa e hijos.

Así delimitadas las dos acciones, aparece claro que los objetos de la pretensión son distintos, y en consecuencia, nada se opone a que en cabeza de una misma persona estén las dos acciones y que conforme a ellos cobre los perjuicios correspondientes a cada una; ni la cosa juzgada, ni el pleito pendiente prosperan como excepciones, pues eso sería beneficiar al causante del daño en perjuicio del demandante, quien por el solo hecho de recoger las dos calidades vería mermado su patrimonio. Repetimos, desde que el demandante cobre una sola vez cada uno de los perjuicios de cada acción, puede intentar los procesos, separada o sucesivamente; es un principio de equidad y lógica que deben acompañar al derecho sustantivo y al derecho procesal (27).

Después del análisis de las acciones en responsabilidad civil y sus correspondientes objetos, pasamos al estudio del problema que suscita la posible acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, así como la coexistencia, en un mismo proceso, de los objetos de la acción hereditaria y de la acción personal de los demandantes.

Subsección II.

En qué consiste la prohibición de acumular acciones en responsabilidad civil

32. Planteamiento del problema:

Uno de los más graves problemas que enfrentan la responsabilidad civil y el derecho procesal es el relacionado con la interpretación del concepto "ACUMULACION". Ese caos conceptual hace que cada autor plantee las cosas desde ángulos totalmente diferentes o que muchas veces, estando de acuerdo en la esencia de los

26.1 En Francia, en responsabilidad por transporte, existe la opinión de considerarla contractual o extracontractual, cuando el causante es pasajero, pues se dice que éste estipuló a favor de sus alimentarios.

27. Las dos acciones pueden ejercitarse en forma conjunta, salvo cuando se trata de un contrato de transporte (artículo 1006 del Código de Comercio).

conceptos, todo se vuelva un simple juego de palabras. Tenemos que distinguir entre "acumulación de pretensiones", "acumulación de acciones", "demanda en un mismo proceso, de dos objetos diferentes", o "escoger una acción con prescindencia de las otras". Realizada esta escisión, podremos alcanzar una clara idea sobre el artículo 1006 del Código de Comercio.

33. Acumulación de acciones en responsabilidad:

Hablamos de acumulación de acciones cuando existe la posibilidad de que el demandante utilice varias instituciones de la responsabilidad civil con el fin de conseguir el mismo objeto de la pretensión. Esa utilización no está prohibida cuando en un mismo proceso se invoca una fuente como subsidiaria totalmente de la otra; en caso semejante la acción invocada y aplicada es una sola, con exclusión de la otra. En cambio cuando no hay subsidiariedad en la petición de instituciones aplicables, los problemas que se presentan son los de tratar de utilizar, en un mismo proceso, principios de una y otra institución, como por ejemplo si se aplica la prescripción contractual y la carga probatoria extracontractual. También se presenta el problema de la acumulación si, para demandar un mismo objeto de la pretensión, se invoca en procesos separados o sucesivos, fuente de responsabilidad diferentes; por ejemplo, en un proceso se pide el daño emergente invocando responsabilidad contractual y en un proceso por responsabilidad extracontractual se pide la indemnización del mismo daño.

En lo concerniente a la posibilidad de tomar principios de una y otra responsabilidad, los autores son unánimes en considerar que tal evento es imposible, pues teniendo diferencias accesorias los dos órdenes de responsabilidad deben permanecer separados. La responsabilidad que se aplica debe hacer imperar todas sus consecuencias (28).

En lo relativo a la idea de realizar procesos paralelos o sucesivos, invocando en cada uno de ellos fuentes distintas de la responsabilidad, habrá que distinguir entre la teoría que sostiene que cada institución de la responsabilidad civil constituye una causa jurídica diferente, y la que sostiene que la única causa jurídica del daño es el hecho dañino, y las instituciones no constituyen más que diferentes medios para ejercer la acción.

Los partidarios de la teoría de la "pluralidad de causas" sostienen que la víctima puede iniciar un proceso sin sujeción a otra acción anterior o coetánea, ya que las fuentes jurídicas invocadas son diferentes; por el contrario, la teoría de la "unidad de causas" expresa que iniciada una acción sobre la base de una determinada institución de la responsabilidad civil no se podrá iniciar una acción paralela o sucesiva para reclamar el mismo daño (30), pues en este caso el demandado podrá

28. En ese sentido WEILL et TERRE, Ob. Cit., No. 758

30. Para cobrar perjuicios distintos la víctima podrá iniciar dos o más procesos, paralelos o sucesivos, pero siempre y cuando se invoque la responsabilidad aplicable al caso concreto.

proponer las excepciones de cosa juzgada o pleito pendiente. Nosotros nos plegamos a este punto de vista y para su argumentación nos remitimos a lo que se verá más adelante

34. Acumulación de pretensiones:

Decimos que hay acumulación de pretensiones cuando la víctima puede demandar dos o más veces el pago del mismo perjuicio, argumentando que el responsable ha violado varias instituciones de la responsabilidad civil. Tal por ejemplo, el daño sufrido por un pasajero que pretende invocar el contrato, la responsabilidad por el hecho ajeno, y la responsabilidad civil por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil. Este problema guarda alguna relación con el anterior, pero en este caso no se trata de cobrar una vez el mismo perjuicio argumentando varias normas; es más radical aun: cobrar el mismo perjuicio varias veces, invocando en cada proceso una institución distinta.

Darle a la víctima esa posibilidad sería permitirle un enriquecimiento sin causa, principio condenado por las instituciones de Derecho Civil (31); aquí se confirma con mayor claridad nuestra tesis de que la causa jurídica es el hecho ilícito y no las normas aplicables. Si el daño es uno, otro tanto será el objeto indemnizable.

35. Coexistencia de acciones:

Hablamos de “coexistencia de acciones,” cuando en un mismo proceso se persiguen dos o más objetos jurídicos diferentes que se derivan de un mismo hecho, y que pueden o no estar fundamentados en una misma causa jurídica.

Si por ejemplo Pedro lleva su vehículo a un taller para que le coloquen un radio que compró allí mismo, habrá coexistencia de acciones si por causa de un choque, Pedro demanda en el mismo proceso el pago del radio y el arreglo del carro (32). El radio será el objeto perteneciente al incumplimiento del contrato; igualmente podría pensarse en un solo proceso en el que los herederos de la víctima de un daño ejerzan la acción hereditaria transmitida por el causante, y la acción personal derivada del perjuicio que sufrieron por la muerte de la víctima.

Mientras no haya una norma especial que lo prohíba, nada impide que el demandante haga coexistir sus dos pretensiones siempre y cuando aparezca claro el fundamento jurídico de cada una de ellas, ya que si se mezclan los dos objetos el juez no podrá aceptar el pago en forma indistinta, pues atentaría contra la prohi-

31. WEILL et TERRE, Ob. Cit., No. 758; No es justo ni jurídico que la víctima pueda cobrar dos veces el mismo daño, argumentando fuentes jurídicas diferentes.

32. El daño del carro se cobra por vía extracontractual pues el perjuicio se causa con ocasión del contrato; en cambio, el radio se cobra por vía contractual; ambos se pueden demandar en un mismo proceso.

bición de acumular acciones. Por ello el legislador, en ciertas oportunidades, prohíbe tal coexistencia para evitar confusiones (33).

36. Opción para que la víctima escoja entre varias instituciones de la responsabilidad civil:

Si un demandante se somete a demandar un solo objeto, en un solo proceso, y sobre la base de una sola acción, queda por resolver aún el problema de saber si el accionante puede optar de entre varias acciones en responsabilidad civil. Será necesario distinguir si se trata de optar entre varias de las instituciones de la responsabilidad civil aquiliana, o si se trata de optar entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto a la opción entre las varias instituciones de la responsabilidad civil aquiliana se debe precisar que si el hecho sólo da lugar a que se tipifique la responsabilidad directa del artículo 2341 del Código Civil, el problema no existe, pues sólo ésta puede ser la norma invocada; la dificultad aparece cuando el mismo hecho da lugar a la posibilidad de aplicar varias instituciones de la responsabilidad extracontractual, tal por ejemplo el caso del vehículo manejado por un dependiente del propietario. Ante tal situación la doctrina ha considerado que la víctima tiene la opción de escoger entre cualquiera de las normas dentro de las cuales encaja la responsabilidad. Por ello se aconseja demandar a título principal sobre la que mayores ventajas probatorias tenga (artículo 2356 del Código Civil), y subsidiariamente, por las otras (artículo 2347 del Código Civil), hasta descender a la responsabilidad directa con culpa probada (artículo 2341 del Código Civil). Lo importante es no acumularlas a título principal, pues entonces las pretensiones serían contradictorias.

En relación con la opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual la cuestión no se plantea cuando no hay de por medio un contrato, pues ante tal situación prima única y exclusivamente la responsabilidad aquiliana; ahora, cuando el daño es exclusivamente contractual (ejemplo: Obligación de entregar la cosa vendida), deberán invocarse las normas de la responsabilidad contractual. De igual manera, si el daño es producido con ocasión de un contrato, la responsabilidad seguirá siendo aquiliana, pues no hay causalidad entre el contrato y el daño, tal por ejemplo el caso del vehículo chocado cuando se deja para conectar el radio (Supra No. 35); otro ejemplo es el del accidente de trabajo que se produce con ocasión del contrato mismo. El verdadero problema de la opción sólo se da cuando el mismo daño viola a la vez la obligación contractual y la obligación extracontractual de prudencia. Se trata de decidir si ante situación semejante la víctima puede optar entre la una o la otra. Nosotros nos acogemos a la doctrina que per-

33. Aunque el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil habla de "pretensiones" acumuladas, lo cierto es que se está refiriendo a lo que acá llamamos "coexistencia"; obsérvese que la citada norma permite la "acumulación" de pretensiones siempre y cuando no sean excluyentes entre sí; ahora, no hay un argumento de lógica jurídica, ni norma especial que ordene que el daño hereditario excluya el personal, o que el contractual excluya el aquiliano, a condición lógicamente, que esos daños tengan entidad diferente, aunque provengan de un mismo hecho.

mite la opción en tales circunstancias (34). Lo difícil es encontrar esas situaciones en las que haya violación de los dos principios. Uno de los casos en que se presenta la opción es en aquellos daños en los que el hecho es un ilícito penal y al mismo tiempo constituye la violación de un contrato (35). Por ejemplo, si un médico luego de contratar con su paciente le causa lesiones personales, la víctima tiene derecho a optar entre la utilización de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de la convención, o la responsabilidad aquiliana derivada del delito de lesiones personales, que normalmente da lugar a una responsabilidad penal. Algunos autores (36) sostienen que en este evento tampoco existe la opción, ya que lo que sucede simplemente es que la ley le permite ejercer la acción contractual dentro del proceso penal (37). También existe la opción en el caso de la responsabilidad de los fabricantes donde el subadquirente posterior puede beneficiarse de la garantía contractual o de la responsabilidad aquiliana.

Subsección III

Aplicación de estas nociones en el contrato de transporte (artículo 1006 del Código de Comercio)

37.

Los principios analizados en el acápite anterior son aplicables como criterios

34. A favor de la opción: DALCQ Roger, Ob. Cit., T. I., No. 179; MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traité*, T. I, No. 207; ROBERT André, Ob. Cit., p. 24 y ss.; SAVATIER René, *Traité*, T. I, No. 148.

En contra de la opción: PLANIOL et RIPERT, Ob. Cit., No. 493; JOSSERAND, Ob. Cit., T. II, No. 486; sobre el mismo punto, puede verse la aceptación de la opción por parte de la jurisprudencia francesa: CARBONNIER Jean, Ob. Cit., T. IV, No. 114; GHESTIN—VINEY, Ob. Cit., No. 216 y ss.; WEILL et TERRE, Ob. Cit., No. 759 y ss. En el Derecho Colombiano, la jurisprudencia ha dicho expresamente que la acumulación está prohibida; sin embargo, la Corte confunde las nociones de “coexistencia” y “acumulación” de acciones y en el fondo, está permitiendo la opción, sobre todo, tratándose de las acciones derivadas del contrato de transporte

35. La opción permite escoger entre las dos responsabilidades pero siempre y cuando se cobre el daño una sola vez.

36. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traité*, T. I, No. 202; LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 351, 352.

37. En resumen, la “opción” se hace extensiva a los siguientes casos: a) En la responsabilidad de los fabricantes, donde el subadquirente puede demandar al productor, en su calidad de beneficiario de una estipulación por otro, o en la de simple tercero perjudicado con el producto; b) En materia de transportes, donde los herederos ejercen su acción personal, bien sea por vía contractual o aquiliana; c) Finalmente, el subadquirente de una construcción puede demandar al constructor, bien sea por vía aquiliana (artículo 2351), bien sea por vía contractual (artículo 2060 del Código Civil). Al respecto de estos casos, puede verse: WEILL et TERRE, Ob. Cit., No. 759; GHESTIN—VINEY, Ob. Cit., No. 222 y ss.

generales del Derecho Civil y Procesal Civil; sin embargo el artículo 1006 del Código de Comercio consagra una norma especial que, en cierta forma, excluye la aplicación de ellos al contrato de transporte. En efecto, la citada norma establece que: "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 que 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".

El sentido práctico de esta norma es evitar toda posible discusión sobre el problema de la acumulación y la opción; de igual forma se quiere que el demandante no mezcle dos objetos jurídicos distintos: los daños hereditarios y los daños personales. Normalmente la víctima junta todo ello en una sola pretensión sin que el juez pueda saber en un momento determinado cuál es el verdadero alcance y legitimación del PETITUM; por eso el legislador ha querido delimitar suficientemente el campo esencial de las dos acciones.

No obstante la claridad buscada, el artículo 1006 del Código de Comercio puede seguir dando lugar a confusiones, sobre todo por lo equívoco del término "acumulación" a que la norma hace referencia; por ello debemos precisar hasta qué punto los conceptos que vimos en la subsección anterior guardan armonía con esta norma especial, y en cuáles la solución debe ser diferente.

En cuanto se refiere a la acumulación de acciones y de pretensiones la norma no hace alusión alguna; sin embargo, la interdicción de tales acumulaciones sigue existiendo como un principio general del Derecho Procesal y Sustancial, aplicable por igual al caso que nos ocupa; el heredero no podrá cobrar dos veces los gastos de entierro y la incapacidad del pasajero; tampoco podrá utilizar lo que le convenga de cada una de las acciones, ni le es permitido cobrar el daño hereditario acudiendo primero a la acción contractual y posteriormente a la extracontractual.

Finalmente nos resta ver lo relativo a la "coexistencia" y a la "opción", y es allí donde efectivamente el artículo 1006 del Código de Comercio quiere imponer orden procesal.

Por una parte, cuando la norma se refiere al término "acumulativo", lo que está exigiendo es que no "coexistan", en una misma demanda, la acción tendente a reclamar el objeto derivado del daño hereditario contractual y la acción que persigue el pago del daño derivado del perjuicio personal extracontractual. Aunque la ley utiliza el término "acumulativo", debemos cuidarnos de no confundir los conceptos. Como vimos, la acumulación está prohibida aunque la norma no lo manifieste, pero como la coexistencia no se prohíbe como principio general, el artículo 1006 del Código de Comercio entra a regular la materia.

Refiriéndose a la distinción de términos, ROGER DALCQ expresa: "Nos pare-

ce que el problema del cúmulo no se presenta aquí; se trata de dos acciones que tienen objetos diferentes. El problema del concurso o acumulación (OPCION) de las dos acciones no se presenta realmente sino cuando le es permitido a los herederos que actúan JURE SUCCESSIONS, invocar no sólo la acción aquiliana, sino también la acción contractual (38).

Por otro lado, cuando el artículo 1006 del Código de Comercio le da a la acción hereditaria el nombre de "contractual" y a la personal el apelativo de "extracontractual", está prohibiendo la opción. Quiere el legislador que la acción hereditaria sea siempre contractual, aunque haya de por medio una ilicitud penal por homicidio, o el ejercicio de una actividad peligrosa; a contrario sensu, la ley desea que la acción personal encuentre su fuente jurídica en la responsabilidad aquiliana, no obstante que el daño se produzca con ocasión de un contrato.

Realmente ésta fue la finalidad buscada por los redactores del Código de Comercio, quienes en las actas no se refieren a la verdadera acumulación o a la coexistencia, aunque ésta también aparece prohibida expresamente en la norma: "Hemos considerado —dicen las actas de la comisión redactora— 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 de los hijos contra el transportador es una acción extracontractual" (39).

De todas maneras, esa prohibición de la OPCION no puede ser absoluta. En efecto, si se inicia un proceso penal contra el transportador, derivado de la muerte del pasajero, al constituirse parte civil los herederos del causante estarán ejerciendo la acción hereditaria por vía extracontractual, lo que, en cierta forma, desdibuja la prohibición (40), pues en semejante caso la acción hereditaria será extracontractual; es más, pensamos que hasta la coexistencia es autorizada, pues la ley penal permite reclamar, mediante la constitución de parte civil, todos los perjuicios (hereditarios o personales) que se derivan del delito. En conclusión, creemos que el artículo 1006 del Código de Comercio tiene plena aplicación si se le utiliza por la vía puramente civil, no así cuando las acciones se ejercen dentro de un proceso penal, pues entonces allí se aplicarán los principios generales ya vistos.

38. Las acciones se pueden ejercer separada o sucesivamente:

Con base en el artículo 1006 del Código de Comercio los herederos ejercen al mismo tiempo, pero en procesos separados, la acción hereditaria contractual y la

38. DALCQ Roger, Ob. Cit., T. 1, No. 107; en el mismo sentido WEILL et TERRE, Ob. Cit., No. 758.

39. Proyecto Código de Comercio, elaborado por la comisión revisora del Código de Comercio, Ministerio de Justicia, T. II, p. 240.

40. MAZEAUD—TUNC—CHABAS, Traité, y LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., sostienen que aun en este caso, la acción seguirá siendo contractual.

personal extracontractual; perfectamente pueden cobrar los dos perjuicios, pues los objetos de la pretensión son distintos. En el proceso en que actúen como herederos podrán cobrar los perjuicios morales del pasajero mismo, su incapacidad laboral entre el momento del accidente y la muerte, y gastos clínicos y médicos, si fue que el causante los sufragó; por la vía de la acción personal podrá cobrar, entre otros, el propio perjuicio moral que sufrieron viendo al pasajero herido y muerto, y lo que dejan de recibir a causa de esa muerte.

Pero, si lo desean, también podrán ejercer las dos acciones, una después de la otra; esto es facultativo, pues nada impide hacerlo en forma coetánea. Ahora, hay que tener en cuenta que en el proceso posterior o paralelo no se puede cobrar el objeto de la pretensión reclamado en el proceso inicial, pues de ser así se estarían acumulando acciones y pretensiones. En el primer pleito se reclama bien el perjuicio hereditario, bien el personal; si en el primer proceso se reclama el daño hereditario invocando la acción contractual, no se puede iniciar un segundo proceso para reclamar ese mismo daño invocando la acción personal extracontractual.

Si el demandante pierde o gana el primer proceso puede perfectamente iniciar el segundo, pero la cosa juzgada no opera, pues la causa petendi y las partes son distintas, aunque las personas naturales sean las mismas. Si en el primer pleito se cobró el perjuicio hereditario, en el segundo se perseguirá el daño personal.

En conclusión, se puede, en dos procesos coetáneos, pero separados, ejercer las dos acciones y reclamar los dos daños (uno en cada una); se permite, en procesos sucesivos, perseguir igualmente los dos daños; en todo caso, el fallo del proceso inicial que verse sobre un perjuicio reclamado constituye cosa juzgada para efectos de volver a demandar el mismo daño; por el contrario, el fallo del proceso inicial no constituye cosa juzgada para efectos de reclamar en un proceso posterior el daño que no fue reclamado en el proceso inicial.

39. Consecuencias procesales cuando se dan los presupuestos de las dos acciones (artículo 1006 del Código de Comercio):

Una vez estudiados los principios generales de tipo procesal que regulan la acción personal y la acción hereditaria, cabe ahora tratar de sentar algunos criterios relativos a la aplicación acertada del artículo 1006 del Código de Comercio. Examinaremos las posibilidades que se presentan cuando se inicia la demanda sobre la base de esa norma.

Es importante recordar que sólo se pueden reclamar en un mismo proceso, o los perjuicios de la acción hereditaria, o los perjuicios de la acción personal. De acá se derivan varias posibilidades:

a. El demandado no manifiesta expresamente qué acción ejerce. En este caso se presentan dos alternativas:

1. En la acción y en la pretensión aparecen mezcladas las dos acciones. En este caso la demanda no podrá triunfar, pues el demandante está violando la disposición del artículo 1006 del Código de Comercio, al ejercer "ACUMULATIVAMENTE", para utilizar la terminología del código, las dos acciones. (En realidad está demandando coexistentemente las dos acciones).

2. Tanto de los hechos, como de la pretensión y de los fundamentos de derecho, se deduce una sola acción. En este caso triunfará la demanda con base en lo que aparece probado, pues se está cumpliendo el artículo 1006 del Código de Comercio.

b. El demandante manifiesta expresamente acogerse a una de las dos acciones. Puede ocurrir lo siguiente:

1. Si existe concordancia entre los hechos de la demanda, la pretensión y la acción escogida, la demanda triunfará siempre y cuando en la pretensión figure solamente el objeto que se aduce en los hechos y en los fundamentos de derecho.

2. Si el demandante escoge una acción determinada, y de la pretensión y de los hechos se deduce la otra acción, la demanda fracasará, pues se está violando el artículo 1006 del Código de Comercio. En realidad el juez no puede aplicar las normas relativas a una acción cuando en la demanda se le solicita la aplicación de la otra.

3. En la demanda se escoge una de las acciones, pero en la pretensión aparecen vinculadas las dos acciones. En este caso la demanda fracasará por violar expresamente el artículo 1006 del Código de Comercio.

40. La jurisprudencia colombiana y la acumulación de la acción hereditaria contractual y la personal extracontractual:

La jurisprudencia colombiana es caótica en relación con el problema de la acumulación de acciones en responsabilidad, pero muy especialmente en lo que concierne al ejercicio de las acciones hereditaria y personal derivadas de la inejecución del contrato de transporte. A continuación tomaremos algunas de las sentencias que se refieren a tan delicado tema y en ellas podremos ver las incoherencias y contradicciones que han contribuido a sembrar la confusión entre la doctrina y los tribunales.

41. Sentencia 20 de abril de 1954:

Esta sentencia, al igual que otras (42), trata de sentar el principio general de

42. C.S.J., 15 de mayo de 1946, C.J., T. LX, p. 341; Cas. 23 de abril de 1954, G.J., T. LXXVII, p. 411; Cas., 27 de septiembre de 1955, G.J., T. LXXXI, p. 162; Cas. 29 de abril de 1957, G.J., T. LXXXV, p. 50; Sent., C.S.J., 31 de mayo de 1965, Citado por ROA GOMEZ Héctor, Ob. Cit., p. 1181; C.S.J., 22 de agosto de 1979, G.J., "Jurisprudencia y Doctrina", T. VIII, p. 747 y ss., No. 94; Cas. Civ., 30 de mayo de 1980, "Jurisprudencia y Doctrina", T. IX, p. 553 y ss., No. 104.

que no se pueden acumular la responsabilidad civil aquiliana y la responsabilidad civil contractual. Igualmente, y esto es lo que nos interesa rescatar, el fallo admite sin embargo, que en algunas circunstancias la acumulación es permitida. Al respecto expresa: "la doctrina, a pesar de la disparidad de criterios, está de acuerdo en admitir que aquellas dos responsabilidades, contractual y extracontractual, no son incompatibles en su existencia jurídica, aunque por otra parte es claro que la víctima no podrá pretender doble indemnización emanada del mismo hecho culposo. Elegida una acción se excluye la otra, si no es invocada en forma subsidiaria. . . Si al examinar el caso concreto aparece que el hecho es causa de responsabilidad extracontractual, y a la vez pudiera también causar responsabilidad contractual, es claro que el no demandar o exigir esta última en nada podría contrariar la existencia y exigibilidad de la primera. Entonces no sería extraño que los mismos hechos asumieran a la vez la categoría jurídica de culpa aquiliana y de culpa contractual" (43).

42. Sentencia 29 de marzo de 1962:

Esta providencia también resuelve una controversia judicial relativa a la responsabilidad civil del transportador; decide la posibilidad de que los familiares del pasajero fallecido puedan ejercer una u otra acción en responsabilidad. Al respecto dice: "Sin embargo, si las pretensiones no pueden acumularse (no bis in idem) en forma directa ambas como principales, en los litigios sobre responsabilidad contractual o extracontractual con el fin de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados no existe incompatibilidad alguna para que en la práctica, puedan concurrir, juntarse o entrelazarse las dos clases de culpa, en cuyo caso la víctima podrá escoger o elegir la acción que más convenga a la defensa de sus derechos; y aún más, ejerciéndolas en la misma demanda, como sucesivas o subsidiarias, en los términos previstos en el artículo 209 del Código Judicial".

43. Casación Civil 11 de junio de 1974:

Bajo la vigencia del actual Código de Comercio, la Corte profirió un fallo en el que prácticamente se repiten las consideraciones doctrinarias de las sentencias anteriores. A continuación reproducimos todas las consideraciones expuestas, con el fin de determinar la validez o invalidez de sus argumentos. En el caso sub-júdice se trata igualmente de la posible acumulación de la acción hereditaria contractual y de la personal extracontractual. Al respecto dice la Corte:

"Como consecuencia de la anterior declaración impetraron los demandantes la de que la sociedad demandada, por ser responsable civilmente de todos los perjuicios que a ellos se les han causado con el citado accidente, debe pagar a Esther Gómez y a los hijos que representa, los perjuicios materiales sufridos con la muer-

43. Sent. 20 de abril de 1954, G.J., T. LXXVII, No. 375; en el fondo, el fallo lo que está aceptando es lo que la doctrina denomina como "opción".

44. Sent. 29 de marzo de 1962, Neg. Gen., G.J., T. XCVIII, p. 739.

te de Iván Arango Mejía, su esposo y padre, en la cuantía que se pruebe y de \$ 2.000.00 para cada uno por concepto de perjuicios morales; a Martha Sonia Jaramillo viuda de Correa y a sus nombrados hijos, de la manera predicha, los que les causaron con la de su esposo y padre, Rodrigo Correa Arango; a Aura Montaña viuda de Londoño los que padeció con la muerte de su hijo Jesús Londoño Montaña, en igual forma; a Hernando Mesa Alvarez, asimismo, las que él sufrió a consecuencia de las lesiones que recibió en el ameritado accidente aéreo; a María Alicia Fergusson viuda de Moreno y a sus nombrados hijos, de la misma manera, los que se les causaron con la defunción de Miguel Antonio Moreno Mejía, su esposo y padre; a Carmen Elena Santander viuda de Toro y a sus hijos, los que recibieron por la supresión de la vida de José Alejandro Toro Ochoa. . .”

. . . “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 Mesa Alvarez y las demás víctimas fallecidas, es dado 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 ejercitarla, se transmite, mortis causa, a sus herederos, los que, entonces, cuando en ejercicio de esa acción heredada demandan el resarcimiento de daños por la inexecución, no pueden reclamar el daño, ya moral, ya material, que ellos mismos hayan padecido, sino el que sufrieron sus respectivos causantes. (Remarca fuera del texto).

“Para que el heredero pueda reclamar los perjuicios que personalmente ha padecido por las lesiones o la muerte del de cuius, indispensable es que ejercite la acción de indemnización de perjuicios nacida de culpa extracontractual y no la contractual 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.** (Remarca fuera del texto).

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

“Como lo ha enseñado la jurisprudencia (G.J. LXIX, 384, y 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 acuer-

do 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 (45).

44. Crítica a la jurisprudencia colombiana:

Los argumentos reproducidos de la sentencia de 20 de abril de 1954 no son precisos. Tales planteamientos podrían referirse a la situación en que un mismo hecho produce un daño contractual y a la vez causa un perjuicio extracontractual; igualmente podría pensarse que la Corte se refiere a un solo daño que viola no solamente la obligación contractual, sino también la obligación de prudencia que genera la responsabilidad aquiliana. Sin embargo, el caso juzgado se refiere a la primera situación, pues en él se decide lo relativo al ejercicio simultáneo de la acción hereditaria contractual y de la acción personal extracontractual derivada del contrato de transporte, es decir, se pide indemnización de dos daños derivados de un mismo hecho.

Estos planteamientos de la Corte, que han sido sostenidos en muchos fallos (46), están desconectados del verdadero alcance de la controversia jurídica sobre la posibilidad de acumular la acción en responsabilidad contractual y la acción en responsabilidad aquiliana. En realidad la doctrina nunca ha negado la posibilidad de que una misma persona pueda cobrar no sólo el perjuicio de la acción hereditaria sino también el perjuicio de la acción personal extracontractual. La situación es muy clara puesto que las dos acciones se derivan de un mismo hecho, pero sus objetos y sus causas jurídicas son completamente diferentes (47). Por el contrario, la discusión doctrinal tiene su campo de aplicación en el evento de que un solo daño pueda dar lugar no sólo a la responsabilidad civil contractual, sino también a la responsabilidad civil aquiliana. Los autores denominan esa situación como el derecho que tiene la víctima de optar entre una u otra responsabilidad. Ha considerado la mayoría de los tratadistas que en ciertos casos la víctima puede escoger entre una u otra responsabilidad, siempre y cuando cobre su perjuicio una sola vez. Dentro de esa opción la jurisprudencia francesa ha establecido que el perjuicio de la acción personal, que es extracontractual en principio, puede ser cobrado argumentando bien sea la responsabilidad aquiliana, cuando los familiares del pasajero fallecido cobran su propio perjuicio. En conclusión, la jurisprudencia francesa permite cobrar tanto el perjuicio hereditario como el perjuicio personal de los herederos. El primero será siempre contractual y no cabe la posibilidad de optar entre una y otra responsabilidad; el segundo sí da lugar a que los deman-

45. Sent. 11 de junio de 1974, C.S.J., G.J., T. CXLVIII, p. 126.

46. Ver fallos del pie de nota a la sentencia del 20 de abril de 1954 (Supra No. 41 - 42).

47. RODIERE Rene, Ob. Cit., No. 651; SAVATIER René, Traité, T. II., No. 542; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, Traité, T. II, No. 1901. Estos últimos expresan que "una misma persona puede ejercer al mismo tiempo o sucesivamente las dos acciones. Porque ellos tienen finalidades diferentes, las dos acciones difieren por sus resultados", Traité, T. I y No. Cit.

dantes opten entre una y otra responsabilidad, a condición de que no cobren ese perjuicio dos veces.

Con base en estas anotaciones podemos ver cómo la jurisprudencia colombiana plantea equívocamente el problema de la opción en el evento de que existan dos daños provenientes de un mismo hecho. Los considerandos de la Corte serían válidos si en ellos se analizara el ejercicio de la acción tendente a cobrar únicamente el daño personal en el caso del contrato de transporte. Efectivamente, allí se trataría de un solo daño que hipotéticamente viola los dos órdenes de responsabilidad; pero tratándose de las dos acciones con sus daños correspondientes, aunque derivados de un mismo hecho, no hay para qué entrar a plantear siquiera el problema de la acumulación. En realidad si la Corte entendiera que el problema de la opción se refiere a un solo daño proveniente de un mismo hecho, entonces aceptaría perfectamente que en el contrato de transporte los herederos pueden cobrar no sólo el perjuicio hereditario, sino también el perjuicio personal (48).

De otro lado, y es de allí de donde puede resultar la confusión, la Corte nunca distingue los diferentes elementos que configuran el daño personal y el daño hereditario. Obsérvese cómo el fallo del 11 de junio de 1974 trata de hacer la distinción entre uno y otro concepto. Al precisar la diferencia, la Corte ratifica la posibilidad que tiene el demandante de elegir entre las dos acciones, pero siempre y cuando cobre el perjuicio referente a la acción escogida. Lo sorprendente de la sentencia es que acoge la pretensión de los demandantes, que manifestaban ejercer la acción hereditaria contractual, pero en el fondo solicitaban el pago del perjuicio personal. De ello se desprende que el daño indemnizable era el valor de lo que dejaron de percibir los herederos durante el período de vida probable del pasajero, daño que como ya vimos no pertenece a la acción hereditaria sino a la personal extracontractual (49). Incurre la Corte en una franca contradicción, pues permite cobrar el perjuicio personal por medio de la acción hereditaria. La confusión podría evitarse al dilucidar cuáles elementos del daño pertenecen al perjuicio hereditario, y cuáles al personal.

Para los daños anteriores a la vigencia del actual Código de Comercio la solución aceptable hubiera sido la siguiente: El perjuicio hereditario pertenecería únicamente a la acción hereditaria contractual; en cambio, y eso fue lo que nunca advirtió la Corte, la discusión sobre la opción entre una y otra responsabilidad sería perfectamente válida en el evento del perjuicio perteneciente a la acción personal. Allí si cabría la discusión de optar entre una y otra responsabilidad; es en tal pla-

48. La Corte, al prohibirle al demandante cobrar los perjuicios de las dos acciones, está permitiendo injustamente, el enriquecimiento del causante de los dos daños, y el empobrecimiento de la víctima, puesto que ésta se verá privada de la indemnización de un perjuicio real y personal, que todavía no ha sido reparado.

49. SUPRA No. 31; fuera de ello, la acción hereditaria contractual no daba lugar a perjuicios morales, pues el pasajero murió en el acto.

no donde la jurisprudencia francesa habla de la opción basada en una estipulación para otro.

Pero, a partir de la vigencia del actual Código de Comercio (1971), la situación es diferente, pues su artículo 1006 dispone que la acción hereditaria sea siempre contractual y a la acción personal se considere únicamente extracontractual. En este punto el fallo del 11 de junio de 1974 es contradictorio, pues en medio de toda su confusión permite al demandante cobrar sea el perjuicio personal, sea el perjuicio hereditario, utilizando cualquiera de las dos responsabilidades.

Finalmente la citada providencia no tiene en cuenta que el artículo 1006 del Código de Comercio permite al demandante ejercer las dos acciones en forma separada o sucesiva, sin que ello quiera decir que tenga que ejercer una sola de las dos. Lo que la ley exige es que no se mezclen las dos en un mismo proceso. Asimismo, la norma no prescribe que se cobre un solo daño, con prescindencia del otro. En consecuencia, los familiares de la víctima pueden cobrar los dos perjuicios, siempre y cuando lo hagan en forma separada o sucesiva, y siempre y cuando, a cada uno de ellos, se aplique la acción correspondiente.

