ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado ponente

SC780-2020
Radicación n°18001-31-03-001-2010-00053-01
(Aprobado en sesión del diecisiete de julio de dos mil diecinueve)

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020)

La Corte decide el recurso extraordinario de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) el 24 de junio de 2015, dentro del proceso de la referencia.

I. EL LITIGIO

A. La pretensión

Nelcy Chala Leyva y Jhon Fredy Chala Leyva demandaron a la Cooperativa de Motoristas del Huila Coomotor Ltda. y a Leonel Antonio Mamian Figueroa para que se declare que *«tienen la obligación solidaria de indemnizar los perjuicios (materiales, morales y daños de la vida en relación) derivados del accidente de tránsito ocurrido el 9 de junio de 2008»*.

Pidieron el resarcimiento de los siguientes perjuicios:

A favor de Nelcy Chala Leyva por: *a*) el daño emergente consistente en *«los gastos y costos que sean necesarios en el evento de que las secuelas en el rostro requieran de cirugía plástica»*; *b*) el lucro cesante por *«el tiempo que permaneció sin laborar como consecuencia del accidente»*; *c*) los perjuicios

morales, en la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes; y *d*) por daños en la vida en relación, en la suma de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

A favor de Jhon Fredy Chala Leiva por: *a*) los perjuicios morales, en la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes; y *b*) por daños en la vida en relación, en la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

B. Los hechos

1. El 9 de junio de 2008, Nelcy Chala Leiva se transportaba como pasajera en el vehículo de placas TBK 820, conducido por Jorge Asdrúbal Prada, de propiedad de Leonel Antonio Mamian Figueroa y afiliado a Coomotor Ltda. Recorría la ruta que de Neiva va a Florencia. [Folio 2, cuaderno 1]

2. El conductor perdió el control de la camioneta, colisionando en la vía.

3. La demandante recibió un golpe y fue trasladada al Hospital María Inmaculada, donde le diagnosticaron *«trauma craneano y fractura frontal»*.

4. Según el reconocimiento médico legal que se le hizo el 24 de junio de 2008, el accidente le dejó como secuela *«deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente»*. [Folio 1, cuaderno 1]

5. La demandante es propietaria del establecimiento *«Cafetería Chala»* y recibe ingresos mensuales por $1'700.000, aproximadamente. [Folio 2, cuaderno 1]

6. Jhon Fredy Chala Leiva es su hijo y *«ha sufrido y compartido el sufrimiento derivado de las secuelas de dichas lesiones»*. [Folio 2, cuaderno 1]

C. El trámite de la primera instancia.

1. El 9 de abril de 2010 se admitió la demanda y se dispuso su traslado a la parte demandada. [Folio 19, cuad. 1]

2. Coomotor y Leonel Antonio Mamian Figueroa se opusieron y formularon las excepciones que denominaron *«la fuerza mayor y el caso fortuito como fenómenos liberatorios de responsabilidad»* y *«prescripción de la acción»*. Manifestaron que el accidente ocurrió por *«una acción involuntaria»* del conductor, por *«un hecho que tal vez siendo previsible no le fue posible contemplar por anticipado»*; y que el presunto daño se originó por *«el incumplimiento de un contrato de transporte»*, cuyas acciones derivadas están prescritas en los términos del artículo 993 del Código de Comercio. [Folio 36, cuaderno 1]

Los demandados llamaron en garantía a La Equidad Seguros, entidad que propuso las defensas que llamó *«limitación a una eventual indemnización a cargo de la Equidad Seguros O.C. de la póliza No. AA010905»*, *«límite de responsabilidad de la aseguradora»*, *«no amparo de perjuicios morales, ni lucro cesante, ni de perjuicios fisiológicos, ni perjuicios de vida en relación de la póliza AA010905...»*, *«no demostración de agotamiento del Soat gastos médicos e incapacidades otorgadas a cargo del Soat o del Sistema General de Seguridad Social...»*, *«carga de la prueba de los perjuicios sufridos/reclamados y de la responsabilidad del conductor del vehículo asegurado en el contrato de seguro...»*, *«inexistencia de prueba de la responsabilidad del asegurado»*, *«indeterminación de los perjuicios reclamados y falta de prueba de los mismos»* y *«exceso de pretensiones — principio indemnizatorio en seguros de daños, el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento...»*. [Folio 37, cuaderno llamamiento]

3. En sentencia del 14 de marzo de 2013, el juez de primera instancia negó las pretensiones.

Afirmó que quedó demostrado que la empresa transportadora no cumplió su obligación de conducir a la pasajera sana y salva a su lugar de destino, por lo que infringió su deber contractual. [Folio 203, cuaderno 1]

Sin embargo, sostuvo que la acción incoada fue la de responsabilidad civil extracontractual, la cual *«no es la indicada para solicitar las lesiones personales de quien fuera pasajera del vehículo de servicio público»*. En su criterio, la acción que procedía era la de incumplimiento contractual.

Con relación al demandante Jhon Fredy Chala Leyva, señaló que, en virtud de lo estipulado por el artículo 1003 del Código de Comercio, cuando el pasajero accidentado no muere el transportador sólo responde ante la propia víctima por los daños que le sobrevienen, pero no tiene ninguna responsabilidad frente a terceros ajenos a la relación contractual. [Folio 205, cuaderno 1]

Concluyó que, al tratarse de una acción contractual, la pasajera se equivocó al haber encaminado su demanda por la senda extracontractual; mientras que su hijo tampoco podía demandar por esta vía porque la fuente de la obligación que se reclama es un contrato del cual no hizo parte.

4. En su apelación, la parte actora afirmó que el hecho ilícito al que hizo mención en su demanda fue acreditado en el curso del proceso; no se vulneró el derecho de defensa de los demandados y *«es indiferente que el demandante haya enmarcado esos hechos en una u otra responsabilidad»*, por lo que *«la equivocación en la responsabilidad invocada»* no era obstáculo para la prosperidad de su *petitum*. Además, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, el juez debía *«desentrañar o interpretar el espíritu de la demanda»*.

D. La sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia confirmó la decisión impugnada.

Como sustento de su sentencia aseveró que la indemnización pretendida por los demandantes tenía como fuente *«una convención de transporte»*, regulada en los artículos 981, 982 y 1003 del Código de Comercio.

A tal respecto afirmó que el juzgador tiene el deber de *«desentrañar»* el verdadero sentido de la demanda, pero sin *«sustituir por ese camino la voluntad o el querer de la parte demandante»*. Por lo tanto, como los actores solicitaron que se declarara la responsabilidad civil extracontractual de su contraparte, no había lugar a interpretar el libelo para extraer de él otro sentido.

Entre los litigantes existió un contrato de transporte, por lo que *«no es dable derivar responsabilidad diferente a la contractual»* y, por tal motivo, debía negarse lo pretendido.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

Acusó la sentencia dictada por el tribunal de violar indirectamente las normas de derecho sustancial que rigen el caso, por error manifiesto en la apreciación de la demanda; toda vez que el sentenciador tenía la obligación de interpretar los hechos narrados en el libelo para hacer la calificación jurídica de la controversia, según fuera de naturaleza contractual (artículos 981, 982 y 1003 del Código de Comercio) o extracontractual (artículo 2341 del Código Civil).

Con apoyo en la jurisprudencia de esta Corte, afirmó que a la parte actora le corresponde expresar con claridad los hechos y pretensiones en que sustenta sus alegaciones, mientras que al juez le corresponde interpretar la demanda y *«elegir el régimen de responsabilidad aplicable a cada caso concreto»*, aun cuando el demandante se hubiera equivocado en su formulación.

Manifestó que en el *petitum* no se especificó la clase de responsabilidad de que se trata (extracontractual o contractual), pues simplemente se solicitó que se declare que los demandados son civil y solidariamente responsables por los perjuicios que sufrieron los actores con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 9 de junio de 2008; estando

demostrados en el proceso los elementos de uno u otro tipo de responsabilidad, sin que sea admisible afirmar que la calificación jurídica que llegue a hacerse del caso lesiona el debido proceso de la contraparte, pues ésta tuvo siempre la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

III. CONSIDERACIONES

1. La errónea interpretación de la demanda.

La decisión judicial correctamente motivada debe estar conformada por un razonamiento cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa que describe las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda.

El acierto de la decisión judicial está determinado por la correcta aplicación de la norma sustancial que rige el caso, por la adecuación de los enunciados fácticos a los hechos probados en el proceso y por la coherencia lógica entre las proposiciones de hecho, las de derecho y las consecuencias jurídicas que de ellas se deducen.

La decisión judicial es controlable a través de los medios de impugnación a los que está sometida; teniendo en cuenta las diferencias de forma y de fondo que existen entre los recursos ordinarios y los extraordinarios. Mas, en cualquier caso, sea que se trate de un recurso ordinario –como el de apelación– o bien de uno riguroso y limitado por las causales taxativamente establecidas por la ley procesal e invocadas de forma expresa por el recurrente –como el de casación–, los errores trascendentes de la decisión judicial han de corresponder a la indebida conformación de los enunciados en los que se sustenta la decisión (justificación externa) o a una incoherencia lógica entre los enunciados bien conformados (justificación interna).

El razonamiento decisorio está integrado por enunciados fácticos, calificativos, normativos y prescriptivos; de modo que el acierto de la sentencia sólo podrá desvirtuarse mediante la demostración de la errónea conformación de los mismos, bien sea por su falta de adecuación a los hechos que les sirven de fundamento, es decir cuando su significado es equivocado, o bien por la presencia de contradicciones o incoherencias entre tales proposiciones.

Los enunciados calificativos no se limitan a describir los hechos y las relaciones entre los hechos que interesan al proceso, sino que les adscriben propiedades jurídicas. La calificación jurídica de los hechos naturales y sociales les otorga su carácter de "hechos jurídicamente relevantes", es decir que les imprime su significado jurídico o les concede existencia en el mundo del derecho. La identificación del tipo de acción sustancial que rige la controversia se hace mediante esta clase de proposiciones lingüísticas.

Los enunciados fácticos son la formulación de los hechos estrictamente necesarios para la solución del caso, bien sean de carácter operativo, es decir que contextualizan la controversia, o de carácter probatorio, al demostrar las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que son materia del litigio. Estos enunciados coinciden con el supuesto de hecho descrito en la proposición jurídica y determinan el tema de la prueba.

Los enunciados normativos contienen las razones jurídicas que sustentan la decisión, es decir que consagran los derechos subjetivos que le dan significado a la relación jurídico-sustancial que se debate.

Los enunciados prescriptivos son la declaración de las consecuencias jurídicas solicitadas en las pretensiones de la demanda o en las excepciones, y se deducen de la demostración de los supuestos de hecho descritos en la proposición jurídica.

La conformación de todos esos enunciados son un problema de interpretación, pues para llegar a ellos el juez debe comprender la situación fáctica descrita en la demanda, los hechos probados en el proceso y la ley aplicable al caso, de suerte que un error en la interpretación se traducirá en un error en la conformación de tales enunciados (justificación externa) o en la formulación de las conclusiones que de ellos se deducen (justificación interna).

Los errores que tienen lugar en la justificación externa de la decisión (por la falta de correspondencia entre el enunciado y su fundamento o referencia normativa o fáctica) son de tipo interpretativo. Los errores que se dan en la justificación interna de la decisión (por incoherencias entre las proposiciones) son de carácter lógico.

Los errores en la justificación interna (incoherencias entre los enunciados ya conformados) o en la elaboración del enunciado normativo (infracción directa de la ley) pueden detectarse al examinar el contenido de la sentencia. Pero cuando la denuncia consiste en un vicio procesal (como la incongruencia o la alteración de los términos del debate) o en la conformación de los enunciados calificativos o fácticos, la demostración del error no puede limitarse al examen de los enunciados ya conformados que integran el fallo, pues es preciso comparar tales proposiciones con la referencia procesal o fáctica que les sirve de fundamento (justificación externa). De no ser así no habría manera de dejar en evidencia los aludidos errores, pues ellos no ocurren al interior del raciocinio jurídico sino en su fase preparatoria, es decir cuando se elaboran y seleccionan las premisas de las que partirá ese razonamiento.

Lo anterior permite comprender que al momento de interpretar la demanda el juez puede cometer dos tipos de errores: ***a)*** en la elaboración de los *enunciados fácticos*, por malentender las pretensiones de la demanda, las excepciones, o los hechos en los que unas u otras se fundan; o, ***b)*** en la conformación de los *enunciados calificativos*, que establecen cuál es el instituto jurídico que ha de regir el caso.

La aludida distinción marca la pauta para solucionar dos problemas eminentemente prácticos que se presentan con regular frecuencia y suelen confundirse: la delimitación de los extremos del litigio y la determinación del tipo de acción que orienta la materia.

i) Los extremos del litigio de los que no puede salirse la decisión judicial –so pena de incurrir en incongruencia– están conformados por las pretensiones y excepciones y por los supuestos de hecho en que se fundan unas y otras, de suerte que una extralimitación o infravaloración de tales demarcaciones apareja una disconformidad de la decisión con el tema de la relación jurídico–sustancial que plantearon las partes como contorno del debate en las instancias. La sentencia, en suma, tiene que guardar correspondencia con lo pedido dentro de los extremos del litigio. De ese modo la pretensión jurídica sirve de puente entre el derecho material y el procesal.

La fijación del objeto de la litis no es una liberalidad del funcionario judicial sino una etapa en la que las partes determinan con precisión las cuestiones de hecho que serán materia del debate probatorio. En la fijación del litigio se formulan dos especies de cuestiones fácticas: los hechos operativos y los probatorios.

Los hechos operativos son los sucesos que se relacionan con el conflicto jurídico pero no tienen la connotación de litigiosos porque se dan como existentes por las partes, no generan controversia y cumplen la función de contextualizar el entramado fáctico que subyace a las pretensiones.

Los hechos probatorios coinciden con el antecedente o condición prevista en la proposición jurídica y –como son la materia del desacuerdo– determinan el tema de la prueba a partir del cual se elaborarán los enunciados fácticos en que se sustentará la sentencia.

Todo el debate probatorio se circunscribirá a los límites trazados en la fijación del objeto del litigio, por ello una

alteración indebida de esos contornos tomaría por sorpresa a las partes y vulneraría su derecho de defensa y contradicción.

De ahí la importancia de que las partes estén presentes en esta etapa procesal, pues su inasistencia a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (o a la audiencia inicial o única del Código General del Proceso) no sólo genera las consecuencias procesales y pecuniarias adversas previstas en los numerales 2° y 3° del Parágrafo 2° de la norma aludida (numeral 4° del artículo 372 del Código General del Proceso), sino que afectará el ejercicio de la acción sustancial.[1]

Ello explica por qué el nuevo estatuto procesal estableció que cuando ninguna de las partes concurre a la audiencia inicial y no justifican su inasistencia dentro del término correspondiente, se tiene que declarar la terminación del proceso, pues no habría manera de fijar el objeto del litigio (inciso segundo del numeral 4° del artículo 372 del Código General del Proceso), toda vez que ni el juez ni los apoderados pueden suplir esa función exclusiva de las partes.

El juez orienta a las partes en la fijación del objeto del litigio, pero no está facultado para variar los límites trazados por ellas, porque tal labor corresponde al ejercicio del principio dispositivo que rige el proceso civil; y para ello basta con asentar los temas controvertidos, entendiéndose que aquéllas están conformes con todos los demás.

La fijación del objeto del litigio no está concebida para que las partes "ratifiquen" los hechos y pretensiones narrados en la demanda y la contestación, ni para resumirlos; pues entonces esa actuación no cumpliría ninguna función importante y no sería más que una pérdida de tiempo; dado que esa "síntesis" debió hacerse desde un principio en la narración de los hechos de la demanda y podría realizarla el juez con posterioridad.

---

[1] El caso se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil, pero con fines doctrinales se establece su correspondencia con el Código General del Proceso.

La fijación del litigio cumple una función de depuración de la información contenida en esas esas narraciones para conservar lo que resulte estrictamente necesario para conformar el tema de la prueba, que siempre debe estar dirigido a demostrar los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa que rige el caso. Todo lo demás no es más que información irrelevante, que distrae la atención sobre lo que merece ser debatido y probado. La mayoría de costos innecesarios que vulneran el principio de economía procesal, en términos de tiempo y de recursos, se generan por no fijar adecuadamente el objeto del litigio.

Por ejemplo, en un caso de responsabilidad por culpa extracontractual, generalmente no hay discusión sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la demanda; por lo que no serían más que hechos operativos que, al tenerse como ciertos por las partes, quedarán por fuera del debate probatorio pero habrían de ser apreciados posteriormente a la hora de conformar los enunciados fácticos. Seguramente la ocurrencia del accidente y la participación del demandado en la producción de la lesión estarán demostradas a tal punto que no tendrían que ser materia de discusión. Luego, el tema de la prueba debería versar únicamente sobre los elementos estructurales de relevancia jurídica que exige la norma sustancial, sobre los cuales las partes no hayan podido llegar a un acuerdo. En tal caso el debate probatorio girará en torno a la trascendencia jurídica de los hechos operativos: si no hay duda de la intervención del demandado en la gestación del daño, no hay por qué perder tiempo en discutir ese hecho; por lo que el debate probatorio habrá de circunscribirse a los elementos de conocimiento que permitirán inferir la relevancia jurídica de esa participación.

De ahí que no es admisible que el funcionario judicial suplante la voluntad de las partes por lo que según su parecer debería ser el objeto del litigio, pues ello comporta una extralimitación de su potestad de dirección.

En efecto, la ley procesal impone al actor la obligación de redactar el escrito de demanda, exponiendo con brevedad y precisión los fundamentos fácticos en los que apoya sus pretensiones y lo que exige al demandado. Éste, a su vez, tiene la carga de contestar el escrito inicial, refiriéndose a cada uno de los puntos de hecho expuestos por el actor.

Posteriormente, en la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, *«el juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes* ***sobre el objeto del proceso****, éstas podrán formular el interrogatorio a su contraparte y se acudirá al careo si se hiciere necesario; luego de ellos* ***se fijará el objeto del litigio»*** (Parágrafo 3°).

De manera similar, el inciso 2° del numeral 7° del artículo 371 del Código General del Proceso ordena al juez que de manera oficiosa y obligatoria interrogue exhaustivamente a las partes en la audiencia inicial (o única si fuere procedente) ***«sobre el objeto del proceso»***. Y, a continuación, *«el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión,* ***y fijará el objeto del litigio****, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados»* (inciso 4°, *ejusdem*).

Tanto en el anterior como en el nuevo estatuto procesal el interrogatorio que se hace a las partes se circunscribe a que establezcan el objeto del proceso y fijen el objeto del litigio, para lo cual deberán exponer los hechos operativos que contextualizan el caso, los hechos probatorios susceptibles de confesión y los hechos que requieran ser probados.

Los hechos operativos y los hechos probados podrán ser tenidos en cuenta más adelante para la elaboración de los enunciados fácticos porque no dan lugar a discrepancias. De ahí que la simple declaración de parte no es medio de prueba, pues los hechos operativos que de ella se extraen jamás hacen prueba a favor de quien los refiere.

Ese es el significado del inciso final del artículo 191 del Código General del Proceso cuando expresa que *«la simple*

declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas».

Las "reglas generales" de apreciación de las pruebas señalan que la declaración que no entraña confesión sólo puede apreciarse como hecho operativo, dado que no produce consecuencias jurídicas adversas al declarante ni favorece a la parte contraria (numeral 2° del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil; numeral 2° del artículo 191 del Código General del Proceso). Pero tampoco favorece al declarante porque nadie puede sacar ventaja probatoria de su simple afirmación.

Como la simple declaración que no comporta confesión no produce prueba a favor ni en contra del declarante o de su contraparte, hay que concluir *necesariamente* que no es un medio probatorio sino un hecho operativo, dado que no genera controversia, ni hay necesidad de someterla a contradicción; por lo que sólo servirá para contextualizar la situación cuando hayan de elaborarse los enunciados fácticos en la sentencia.

En la fijación del objeto del litigio se hace una depuración de las "cuestiones de hecho" para excluir del debate probatorio los datos irrelevantes, establecer los hechos operativamente importantes sobre los que no hay discrepancia, y determinar los puntos que serán materia del debate probatorio por tener trascendencia para la solución del caso.

Sólo después de fijado el objeto del litigio el juez procederá a delimitar el tema de la prueba y, con base en éste, rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las inconducentes, las notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas o inútiles. Si no hay claridad sobre cuál es el objeto del litigio que fijaron las partes y cuál es el tema de la prueba que regirá el proceso, el juez no tendrá manera de saber si las pruebas aducidas son manifiestamente impertinentes o inútiles, dado que estos calificativos sólo pueden establecerse con relación al tema de la prueba. La ilicitud y la inconducencia, en cambio, por ser aspectos

formales o extrínsecos del medio de prueba, no dependen del *thema probandum* porque no se refieren al significado de la información suministrada por los elementos materiales de conocimiento.

La carga argumentativa para el rechazo de plano de las pruebas por las circunstancias descritas en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (artículo 168 del Código General del Proceso) corresponde al funcionario judicial, de manera que no es admisible exigir a las partes que justifiquen la licitud, la conducencia, la pertinencia o la utilidad de las pruebas que aportan. Se presume que las pruebas aportadas son lícitas y que cumplen con las formalidades que exige la ley, por lo que es el juez quien debe realizar ese control de licitud y legalidad, pues sólo él está facultado para hacer valoraciones jurídicas dentro del proceso. Y si las partes las solicitan es porque las consideran pertinentes y útiles para demostrar los supuestos de hecho en que fundan sus afirmaciones. Luego, es el juez quien debe expresar las razones por las cuales considera que son notoriamente impertinentes o manifiestamente superfluas.

La condición que exige la norma (artículo 178 C.P.C y 168 C.G.P.) para que el juez pueda rechazar de plano las pruebas que considere impertinentes, superfluas o inútiles consiste en que todas esas situaciones de inatinencia entre la información contenida en el medio de prueba y el tema de la prueba sean manifiestas, notorias, ostensibles o evidentes. Pero cuando la pertinencia o la utilidad de la prueba son dudosas, el juez deberá abstenerse de rechazarla de plano, pues normalmente en esta etapa preliminar no hay elementos de juicio suficientes para realizar una calificación de ese tipo.

La pertinencia y la utilidad de la prueba son requisitos intrínsecos porque conciernen a la correspondencia que debe haber entre la información aportada por el medio de prueba y los hechos que constituyen el *thema probandum.* Esa valoración se establece luego de hacer un examen prolijo, minucioso y detallado de la información contenida en el medio de prueba, lo que generalmente se reserva para el momento

de la sentencia, no siendo conveniente hacer dicho análisis en el umbral de la fase probatoria en razón de la brevedad y rapidez que caracterizan a este momento procesal.

Enseguida el juez decretará y practicará las pruebas necesarias para demostrar los hechos a los que se refiere el tema de la prueba. En vigencia del Código General del Proceso esas actuaciones deben hacerse en la audiencia inicial (o única si fuere el caso), siempre y cuando estén presentes las partes (inciso 3°, numeral 7°, artículo 371).

El orden lógico y técnico que se impone en esta audiencia no debe resultar afectado por la distribución de los preceptos en el estatuto procesal.

De ese modo se delinean los contornos de la controversia jurídica, la cual no puede ser variada por el funcionario judicial pues su poder de dirección en la etapa de fijación del objeto del litigio consiste en lograr que las partes concreten los puntos de hecho en los que no están de acuerdo y aquéllos en los que hay conformidad, mas no le es dable alterar las pretensiones, las excepciones, o los hechos en que se fundan unas y otras, dado que tales actos son de exclusiva potestad de las partes (numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso).

ii) La calificación de la acción sustancial o instituto jurídico que rige el caso y delimita el marco normativo, en cambio, no la establecen las partes en su demanda y contestación, ni es materia de la fijación del objeto del litigo, dado que es una interpretación que hace el juzgador acerca del tipo de acción propuesta, como manifestación del *iura novit curia.*

De la interpretación que hace el juez de la demanda surgen, entonces, dos cuestiones prácticas: ***a)*** Una de naturaleza procesal, que exige que el juez se pronuncie sobre las pretensiones y excepciones ejercidas por los litigantes, sin que le sea dable salirse de tales contornos; lo que da origen a cuestiones de indiscutible trascendencia como la acumulación

de pretensiones, la litispendencia, la *non mutatio libelli*, la cosa juzgada, o la congruencia de las sentencias con lo pedido, por citar sólo algunas figuras procesales. ***b)*** La otra de tipo sustancial, que está referida a la acción (entendida en su significado de derecho material) y no se restringe por las afirmaciones de las partes sino que corresponde determinarla al sentenciador. Por ello, la congruencia de las sentencias no tiene que verse afectada cuando el funcionario judicial, en virtud del principio *da mihi factum et dabo tibi ius*, se aparta de los fundamentos jurídicos señalados por el actor.

La *causa petendi* corresponde únicamente a los hechos en que se soportan las pretensiones, pero no a los fundamentos de derecho que se señalan en la demanda, los cuales pueden ser muy breves o, inclusive, estar equivocados, sin que ello constituya una irregularidad procesal o conlleve a la pérdida del derecho sustancial.

Así ha sido explicado por nuestra jurisprudencia, al aclarar que la congruencia de las sentencias *«sólo se refiere a la imposibilidad del juzgador de variar la* causa petendi, *pero no así el derecho aplicable al juicio, dado que en virtud del principio* iura novit curia *las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario. En razón de este postulado, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al citar o invocar el derecho aplicable al caso deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias.*

En razón del postulado "da mihi factum et dabo tibi ius" *los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la* causa petendi *no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial.*

En ese sentido, sólo los hechos sobre los que se fundan las pretensiones constituyen la causa petendi, *pero no el* nomen iuris *o título que se aduzca en el libelo, el cual podrá ser variado por el juzgador sin ninguna restricción.*

La tesis de que los jueces no están subordinados a las consideraciones y fundamentos de derecho que las partes invoquen –sostiene EDUARDO PALLARES–, *debe limitarse con la cortapisa de que esta facultad no llega hasta el extremo de que el juzgador pueda legalmente cambiar la* ***causa petendi*** *porque entonces se violaría el principio dispositivo.* (Diccionario de derecho procesal civil, p. 453).[2]

En el mismo sentido, la doctrina ha sostenido:

«Constituyendo, pues, la realización de los derechos subjetivos la función esencial del órgano jurisdiccional del poder público, cabe observar que la ilimitación del juez en su actividad de elegir y declarar las normas jurídicas se aviene con el objeto de dicha función y es congruente con ella; la limitación de su actividad en cuanto las cuestiones de hecho la imponen, en cambio, los efectos propios de la relación jurídico-procesal, puesto que, por virtud de ésta, surgen para las partes una serie de derechos, de obligaciones y de cargas procesales, cuyo ejercicio o cumplimiento va a influir decisivamente en el resultado del proceso».[3]

En consecuencia, la interpretación que el juez hace de la demanda con la finalidad de calificar el tipo de acción sustancial que rige el caso, ejerciendo la potestad del *iura novit curia* para elaborar los **enunciados calificativos** que orientarán la solución del litigio, es distinta de la interpretación de las pretensiones (en sentido procesal) y de la *causa petendi*, que servirán para la conformación de los **enunciados fácticos**, la cual sí está limitada por las alegaciones de las partes. Se trata de dos funciones perfectamente diferenciables.

Tal es el significado exacto del numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso, cuando impone al juez el deber-obligación de *«interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto»*, con la restricción de que *«esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia»* de las sentencias.

---

[2] CSJ SC13630-2015 del 7 de octubre de 2015. Rad.: 73411-31-03-001-2009-00042-01.
[3] Humberto MURCIA BALLÉN. Recurso de casación civil. 4ª ed. Bogotá: Ediciones Ibáñez, 1996. P. 439.

El juez interpreta los límites o extremos del litigio que describieron las partes en su demanda y contestación; luego anuncia el objeto de la litis tal como quedó fijado por las partes en la audiencia inicial (o única) e identifica el tipo de acción que rige el caso. Enseguida establece el tema de la prueba, rechaza las pruebas ilícitas, las ilegales y las manifiestamente irrelevantes, y decreta las que considera pertinentes y útiles. Una vez terminado el debate probatorio elabora los enunciados fácticos que habrán de coincidir con el supuesto de hecho previsto en la proposición normativa.

Como la calificación jurídica de la acción sustancial es realizada por el juez en un momento procesal posterior a la fijación de los extremos y del objeto del litigio por las partes, una variación en la identificación del instituto jurídico que rige el caso no tiene que afectar la congruencia de la sentencia con lo pedido y con los hechos en que se fundan las pretensiones. La incongruencia de la sentencia no ocurre por variar la acción sustancial que rige el caso, sino por alterar los extremos o el objeto del litigio.

En cambio, la alteración de la acción sustancial en una etapa posterior o instancia superior podría violar el derecho de contradicción (pero no la congruencia) cuando dicha mutación implica una variación sustancial en el tema de la prueba que incide en la desviación de los elementos estructurales que deben quedar demostrados, de suerte que se cercene a una de las partes su derecho a la prueba y a la parte opositora su derecho de contradicción.

Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el juez –en el umbral de la fase probatoria– califica la acción sustancial como responsabilidad por actividades peligrosas y omite decretar las pruebas que pidió el demandante para demostrar la culpa del demandado, o las que solicitó el demandado para probar el cumplimiento de sus deberes de prudencia, por considerarlas manifiestamente impertinentes o superfluas. Pero, más adelante, en la sentencia de primera o de segunda instancia, se establece que la acción es la responsabilidad por culpa. En ese caso, la variación de la categoría jurídica altera

sustancialmente el tema de la prueba y viola el derecho a la prueba, a la contradicción y a la defensa de la parte que no tuvo la oportunidad de demostrar uno de los elementos necesarios para la prosperidad de su pretensión o excepción, según el caso.

Pero no se produce ninguna violación de las garantías procesales de las partes cuando la modificación de la acción sustancial implica la valoración de un número menor de elementos estructurales de los que fueron materia del debate probatorio, pues no se afecta la congruencia del fallo ni el derecho de contradicción. Habría, a lo sumo, una pérdida de tiempo y de recursos por haberse encaminado el proceso a temas probatoriamente irrelevantes.

Ha quedado demostrado que los errores en la interpretación de la demanda no sólo pueden producir una incongruencia entre las pretensiones, las excepciones y la *causa petendi*, por un lado, y la declaración o condena que se hace en la sentencia, por el otro. Es decir que la errónea interpretación del libelo no sólo ocasiona una falta de correspondencia entre lo pedido y lo fallado, sino que puede dar origen a un error en la conformación de los enunciados calificativos que adscriben significado a los hechos referidos en la demanda y la contestación para establecer el tipo de acción sustancial que rige el caso.

Esa labor de calificación o adscripción de significado jurídico a las situaciones fácticas que originaron la controversia que se debatirá en el proceso corresponde a una fase previa y, por ello, distinta a la elaboración de los enunciados normativos y fácticos.

Al calificar el régimen jurídico que corresponde a la solución del caso (por ejemplo, si la acción es contractual o extracontractual) no necesariamente hay que identificar la norma específica aplicable, pues un mismo *régimen jurídico* puede estar conformado por varias disposiciones normativas. Una cosa es identificar el instituto jurídico que rige la controversia y adscribe significado a los hechos que resultan

relevantes para el proceso, y otra distinta la aplicación de la proposición normativa que contiene las consecuencias jurídicas que han de declararse una vez demostrados sus supuestos de hecho. Ambas fases del raciocinio jurídico son claramente discernibles.

De ahí que la demostración del error por malinterpretar la demanda no requiere de la enunciación de la norma sustancial que fue o debió ser el soporte jurídico de la decisión judicial, a diferencia de lo que ocurre cuando se ataca la sentencia de segunda instancia por infringir la aplicación de una proposición jurídica sustancial.

Como el argumento del recurrente en casación consistió en que el juzgador no identificó el tipo de acción que rige el caso –lo cual era su deber en virtud del postulado *iura novit curia*, independientemente de lo que el actor haya afirmado a tal respecto en su demanda–, entonces ese razonamiento riñe con la exigencia de que invoque la norma sustancial infringida, pues la determinación del instituto jurídico que rige la controversia es, precisamente, lo que el casacionista echa de menos en la argumentación del tribunal.

El recurrente reclama, en últimas, que no es su carga procesal, ni su obligación, ni su deber, acertar en la calificación de la acción sustancial que rige la controversia, pues ello es una obligación exclusiva del juez. De ahí que si la acción es contractual, extracontractual, o de cualquier otro tipo, ello no es un asunto que deba solucionar el actor; por lo que en razón de la particular acusación que ha planteado no era necesario que invocara la norma sustancial que infringió el sentenciador, tal como no lo es cuando se acusa la sentencia por incongruencia; lo cual es completamente lógico porque tanto la incongruencia como la equivocada calificación del tipo de acción que rige el caso son errores de interpretación que el juez comete en el umbral de su razonamiento decisorio, es decir antes de elaborar el enunciado normativo a partir de la proposición jurídica que servirá de fundamento a la sentencia.

Las reflexiones que siguen están encaminadas a explicar las razones por las cuales el argumento del recurrente es acertado, mientras que las consideraciones en que el tribunal fundó su decisión contienen errores trascendentes que obligan a casar su sentencia.

2. Distinción entre la acumulación de pretensiones procesales y la prohibición de opción entre acciones sustanciales.

Líneas arriba se hizo una distinción entre la restricción que tiene el juez para alterar las pretensiones o la *causa petendi* (pues de lo contrario la decisión sería incongruente), y la obligación que le asiste de calificar jurídicamente los hechos aducidos en la demanda y la contestación con el fin de identificar el instituto jurídico que rige el caso (lo cual no tiene por qué afectar la congruencia aunque sí podría violar el derecho de defensa y contradicción). Se trata, por tanto, de dos funciones completamente distintas, con propósitos diferentes que no pueden confundirse.

La formulación de las pretensiones, de las excepciones y de los hechos en que unas y otras se sustentan es una manifestación del principio dispositivo, en virtud del cual el ejercicio de la *acción procesal* está encomendado en sus dos formas, activa y pasiva, a las partes y no al juez.

Una de las circunstancias que surgen de esa potestad es la acumulación de pretensiones, que está justificada por el principio de economía procesal y por el propósito de evitar que sobre causas idénticas o conexas se pronuncien sentencias contrarias o contradictorias.

En tal virtud, nada obsta para que un demandante acumule en una demanda varias pretensiones contra uno o varios demandados, o que varios demandantes acumulen pretensiones contra uno o varios demandados; siempre que se cumplan los requisitos que exige el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil (artículo 88 del Código General del Proceso).

Desde un punto de vista procesal, es posible que las pretensiones de un demandante se decidan conforme al régimen de la responsabilidad contractual y las de otro demandante se ventilen bajo la extracontractual, pues nada impide que ambas pretensiones se acumulen en el mismo proceso.

De igual modo, un único demandante puede acumular en una misma demanda una pretensión contractual y otra extracontractual cuando ejercita una acción hereditaria de origen contractual y una acción de derecho propio de naturaleza extracontractual, tal como lo ha explicado esta Corte.[4] Tal hipótesis no es, sin embargo, la que se presentó en el caso que se examina, pues la víctima del accidente no murió y, por tanto, no transmitió ningún derecho a su hijo. Luego, no se trata de acumular una acción contractual hereditaria y una acción extracontractual personal.

El problema de la acumulación de pretensiones procesales es absolutamente distinto a la prohibición de opción entre las acciones sustanciales de los diversos regímenes de responsabilidad. De hecho, la acumulación de pretensiones presupone la distinción de acciones sustanciales e impide su confusión o mezcla.

En el caso que se dejó a la consideración de esta sede, el demandante Jhon Fredy Chala Leyva acudió al proceso, en su condición de hijo de la afectada directa del accidente, para reclamar los perjuicios personales que sufrió. Luego, aunque todos los daños se generaron con ocasión de la ejecución del contrato de transporte celebrado entre la demandada y la víctima directa de las lesiones, no es posible calificar la acción sustancial respecto de este demandante como "contractual", pues la indemnización que reclamó *in iure proprio* no estuvo regulada previamente por un vínculo jurídico de carácter particular y concreto.

No había ninguna razón para que el sentenciador negara el estudio de fondo de las pretensiones del actor bajo la

[4] CSJ SC del 18 de octubre de 2005. Expediente 14.491.

excusa de que los daños generados tuvieron origen en un contrato, y nada impedía que los demandantes acumularan al proceso sus pretensiones, aun en la hipótesis de que fueran acciones distintas en el ámbito del derecho material.

Según el razonamiento del juzgador, el hijo de la víctima directa no podía demandar por la vía extracontractual porque el accidente tuvo su origen en la ejecución de un contrato; pero tampoco podía reclamar por la vía contractual porque no hizo parte del contrato. De ese modo confundió la prohibición de elegir entre varios tipo de acción como atribución de un derecho sustancial (de origen contractual o extracontractual) con la posibilidad procesal de acumular su pretensión personal con la de su madre, negando el derecho a quien estaba facultado para reclamarlo, tanto procesalmente como dentro de una concepción de la acción como derecho subjetivo.

El tribunal, en suma, cometió un error evidente y trascendente cuando interpretó equivocadamente el instituto jurídico que rige la acción sustancial del actor, negándole la posibilidad de acumular sus pretensiones a las de la víctima que celebró el contrato de transporte. En consecuencia, es preciso casar la sentencia de segunda instancia en lo que respecta a este demandante, y así se declarará.

La situación de la afectada directa con el accidente tiene una connotación distinta.

Se explicó que desde un punto de vista procesal nada le impedía acumular su pretensión con la de su hijo, aun en el caso hipotético de que esas acciones pertenecieran a regímenes distintos.

Sin embargo, el argumento del sentenciador consistió en que la actora dirigió su acción sustancial por la vía extracontractual cuando debió hacerlo por la contractual, por lo que no se trata de un problema de acumulación de pretensiones en el ámbito procesal, sino del tradicional problema de la prohibición de opción entre los distintos

regímenes de la responsabilidad civil, lo que amerita el siguiente análisis.

3. El problema de la prohibición de opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Nuestro ordenamiento de derecho privado distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, lo que impone una limitación al momento de resolver los litigios que se fundan en uno u otro régimen, pues los elementos que hay que probar en ambos tipos de acción son funcional y estructuralmente distintos.

Al respecto, se han formulado dos tesis importantes: ***a) la tesis monista***, sustentada en el llamado *principio de la unidad de la responsabilidad civil*, según el cual la distinción entre ambos regímenes es innecesaria porque los elementos de uno u otro tipo de acción son, "en esencia", los mismos; ***b) la tesis dualista*** o de la *summa divisio*, según la cual entre ambos regímenes existen diferencias insalvables que se remontan a las antiguas fuentes romanas de las obligaciones, por lo que no es posible escoger entre uno u otro tipo de acción.

Esas posturas no resuelven el problema en su real dimensión y, por el contrario, crean más confusiones de las que intentan solucionar, incurriendo en inconsistencias insalvables e inaceptables.[5]

La tesis de la unidad de la responsabilidad civil sólo pudo surgir gracias a la mentalidad iusnaturalista moderna, pues lo cierto es que el derecho privado, desde sus orígenes romanos, siempre tuvo varios regímenes autónomos constitutivos de obligaciones, no sólo la contractual y

[5] Ambas posturas coinciden en que entienden el derecho como sistema simple, cerrado, acabado y estático, que se sustenta en el simbolismo de las "fuentes", en esquemas piramidales o en métodos axiomáticos; desconociendo que el derecho es un sistema dinámico, evolutivo, fluctuante y autogenerativo. Para abordar satisfactoriamente el problema de la prohibición de opción entre los distintos regímenes de la responsabilidad hay que tener claridad sobre qué es lo que le da unidad y autonomía a un instituto jurídico, y qué es lo que lo diferencia de los demás. Pero ninguna de las tesis tradicionales alcanza a hacer una formulación rigurosa acerca de la unidad y la diferencia de las situaciones novedosas de difícil caracterización.

delictual que Gayo formuló retóricamente como *summa divisio*, sino las *variae causae figurae*, los cuasicontratos, los cuasidelitos y una serie de institutos que fueron surgiendo a lo largo de los siglos y se resistieron a ser clasificados en uno u otro de los *genera* originarios.

La creencia en un sistema de "fuentes" que se remonta a una genealogía unificada en la ley, como se entiende en la actualidad, pudo ser posible gracias al proyecto ilustrado de fundamentar el derecho civil sólo en la razón, mediante un método axiomático que procedía por principios y deducciones (TOMASIO, HEINECIO). Pero en su evolución natural, el derecho privado nunca fue un "sistema" dependiente de "fuentes", ni lo ha sido nunca; aunque ello resulta difícil de entender porque se hace un análisis retrospectivo de las antiguas instituciones con base en un punto de vista eminentemente contemporáneo y positivista.

La evolución de las instituciones civiles a lo largo de la historia se dio mediante rupturas y superposiciones respecto de las "fuentes tradicionales" y no como una continuidad lineal, de manera que los juristas debieron identificar nuevas instituciones que no podían clasificarse en ninguna de las "fuentes formales" tradicionales. Pero a medida que ello ocurría, la realidad se iba encargando de superar las nuevas clasificaciones, de suerte que siempre han existido conflictos jurídicos que no permiten ser confinados en los regímenes aislados de manera artificial y forzada.

En la edad moderna, las fuentes delictuales y cuasidelictuales fueron reclasificadas y fundidas en la recién nacida responsabilidad extracontractual, caracterizada por el predominio de la culpa concebida por la filosofía de la subjetividad.

Lo que en un comienzo fue un simple recurso pedagógico (la *divisio* empleada por los rétores) entre los contratos y los delitos, se interpoló en la modernidad como una distinción exhaustiva (sustancial) entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, ambas con un significado absolutamente

distinto del que sus ancestros remotos tuvieron en Roma. Surgió de ese modo el dogma de la *summa divisio* entre el régimen contractual y el extracontractual, siendo esa una clasificación históricamente infundada e inauténtica.

Pero no sólo el dogma de la *summa divisio* está desprovisto de sustento real: la idea de unidad del sistema de la responsabilidad también carece de fundamento.

El contrato moderno es el puente que une a la propiedad (en la cual se sustenta el sistema de la economía) con el vínculo obligatorio (en el que se sustenta el derecho de los contratos). El contrato es la forma en que la economía se acopla con el derecho.

La moderna responsabilidad extracontractual no sigue esa lógica; sino que es una excepción a la evolución que siguió el derecho contractual que hasta hace poco dominaba –junto con las relaciones de familia y el derecho de las cosas– el ámbito del derecho privado.

Lo que se quiere dejar en evidencia es que el derecho de daños que se conoce en la actualidad no es una derivación lineal o continua de las fuentes romanas de las obligaciones, sino un instituto jurídico de carácter eminentemente moderno que surgió a partir de los problemas propios de la modernidad y en oposición al derecho moderno de los contratos. Los diversos regímenes de la responsabilidad civil no dependen de una jerarquía de fuentes porque la cualidad normativa de cada instituto jurídico se define en relación con los demás institutos de los cuales se diferencia, es decir que la distinción se produce en forma lateral (heterárquica) y no jerárquica. Las construcciones ficticias elaboradas jerárquicamente no son descripciones idóneas de la evolución de las instituciones jurídicas ni se adecuan a las interdependencias y cambios estructurales que se producen dentro de un sistema funcional y relacionalmente diferenciado.

A diferencia del derecho de los contratos, que surge de la defensa de la propiedad del sistema económico, la

responsabilidad extracontractual deriva del enfoque de la dignidad y los derechos subjetivos de procedencia pública. Con ello se produjo una intercomunicación entre el derecho público y el privado.

La obligación extracontractual surge para garantizar los derechos subjetivos modernos. La validez del contrato, en cambio, se funda en la potestad privada de renunciar a algunos de esos derechos consagrados en normas supletivas.

Una vez que el individuo es provisto de derechos subjetivos y libertades individuales y sociales, el derecho privado traspasa su función tradicional de aseguramiento de la propiedad privada como condición de la economía para garantizar la defensa de los bienes jurídicos inmateriales consagrados por el constitucionalismo.

Lo que caracterizó a la obligación extracontractual en sus orígenes modernos no fue una relación de reciprocidad económica (como ocurre en el derecho de los contratos), sino *el deber general de prudencia*. No es la propiedad en sentido económico sino el concepto político de menoscabo a un *"bien jurídico relevante"* lo que produce la obligación de indemnizar.

De hecho, la palabra *'responsabilidad'* se introdujo en el lenguaje jurídico a finales del siglo XVIII y tuvo su origen en el derecho constitucional. Poco a poco se fue desplazando al derecho extracontractual y posteriormente se popularizó su uso para referirse también a las obligaciones contractuales.[6] La "clasificación" de la responsabilidad en dos regímenes fue una construcción teórica reciente, pero no una *summa divisio* exhaustiva e infranqueable.

Ello demuestra el alejamiento de la responsabilidad extracontractual de una supuesta fuente romana de obligación, pues la idea de "bien jurídico" resguardado por el Estado de Derecho es extraña a todo el derecho premoderno.

---

[6] Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA. ¿Igualando lo desigual? En: Revista Latinoamericana de responsabilidad civil. Número 1. Bogotá: Ibáñez, 2011. p. 20.

La conformación de los derechos de propiedad y de libertad contractual sólo se hizo cargo de una fracción de los problemas de la sociedad moderna, pero dejaba por fuera gran parte de los conflictos sociales de carácter no económico que más tarde integrarían lo que en fecha reciente se ha denominado el "sistema de derecho privado".

Al quedar la protección de los bienes jurídicos de carácter personal por fuera de la previsión contractual debió regularse lo referente a la responsabilidad extracontractual, que al carecer de antecedentes en la tradición civilista fue asimilada por algunos autores a antiguas figuras romanas como la *lex Aquilia*;[7] la cual no comparte ninguna analogía relevante con la responsabilidad extracontractual, ni tiene la capacidad de resolver los conflictos jurídicos que han generado la sociedad industrial, la postindustrial del riesgo y la contemporánea de la información.[8]

Se ha demostrado que ni la responsabilidad contractual ni la extracontractual derivan de un sistema de fuentes que se remonta al derecho romano, por ello no hay ninguna razón para considerar que ambos regímenes tienen un elemento genealógico unificador ni tampoco existe entre ellos una *summa divisio* de rancio linaje.

La previsibilidad inherente a las convenciones surgió en la modernidad cuando el contrato dejó de ser un pacto que se perfeccionaba con la entrega o confección de la cosa para regular relaciones a futuro. Mientras que la culpa extracontractual surgió con la idea moderna de previsibilidad y posibilidad de evitación de los daños.

---

[7] La *lex Aquilia* comprendía pocas figuras particulares o casuistas y no exigía la culpa como requisito de la obligación de indemnizar sino que contenía el término genérico de *iniuria* (*damnum iniuria datum*), que prescindía del elemento subjetivo del delito. En el capítulo primero del Libro IX de la parte Segunda del Digesto, se señalaba el caso de la persona que causa un daño patrimonial matando a un esclavo o un animal doméstico útil al hombre; mientras que el capítulo tercero, *ibídem*, trataba el simple deterioro de las cosas mencionadas en el primer capítulo, así como la destrucción de cualquier objeto material, especialmente las heridas hechas a los esclavos y a las bestias que viven en rebaño, y los daños provenientes de incendios, destrozos, etc.

[8] Sobre la absoluta diferencia entre la *lex Aquilia* y la responsabilidad extracontractual moderna (ya advertida por Tomasio y por Heineccio), ver: Jorge PEIRANO FACIO. Responsabilidad extracontractual, 3ª ed. Bogotá: Temis, 1981. pp. 122-123.

Si la culpa contractual se circunscribió a la inejecución o ejecución incompleta o tardía de un resultado previsto en el contrato, la extracontractual se fundó en la ausencia de previsibilidad del daño por faltar a los deberes generales de prudencia. Ambos conceptos de culpa tuvieron un origen distinto y cumplen una función diferente al interior del ordenamiento jurídico. No hay, entonces, ninguna razón para admitir la hipótesis de la unidad de la culpa civil, pues ésta tiene un origen, significado, presupuestos y alcance distinto en cada uno de los regímenes que conforman el derecho privado.

De todo lo dicho se concluye que ni el derecho moderno de la responsabilidad contractual ni el de la extracontractual derivan de un sistema de fuentes que se remonta al derecho romano; ni son imposiciones insalvables del sistema económico o del sistema político; ni requieren de una fundamentación teórica externa;[9] sino que son un desarrollo del derecho que se ha realizado a partir de su propia referencia jurídica (autopoiesis) mediante la producción de nuevas figuras que procesan las exigencias de la realidad social.[10]

Es verdad que entre ambos regímenes no existe ningún punto en común que permita defender la postura de la unidad de la culpa o de la responsabilidad civil, pero también es cierto que jamás ha existido una división infranqueable que impida la comunicación entre los distintos institutos.

El surgimiento de nuevas categorías (como la que rige la controversia que se examina) es posible porque la realidad evolutiva del derecho ha impuesto la necesidad de deformar las "fuentes tradicionales" construidas por la dogmática. De ese modo la historicidad discontinua del derecho forzó el abandono de la creencia en que la validez de los institutos jurídicos

---

[9] La autoproducción y autorreferencialidad del sistema jurídico son incompatibles con las justificaciones externas y *a posteriori* como las que ofrece el "análisis económico del derecho" y la "justicia correctiva".

[10] La evolución del derecho implica creación de nuevos institutos jurídicos a partir de su propia referencia significativa mediante procesos incesantes y continuados de autogeneración. De ahí que no puede ser entendido como sistema cerrado, dogmático, axiomatizado, acabado y dependiente de fuentes inamovibles frente a las cuales los problemas jurídicos emergentes no tienen cabida ni explicación. Lo que el simbolismo de las fuentes no permite comprender es, justamente, la evolución creativa y novedosa que surge de la vida misma y de la sociedad. El estudio del derecho como sistema complejo permite analizar los fenómenos jurídicos cuya naturaleza resultaba inabordable desde las perspectivas clásicas.

depende de un "sistema de fuentes", por lo que las asimetrías jerárquicas resultan prescindibles una vez que la mirada hacia arriba ha perdido todo apoyo.

La superación de la terminología de arriba/abajo en que se soportaba la metáfora de las "fuentes" permite llevar el análisis a un contexto más amplio de una teoría evolutiva que se sustenta en la observación de los desarrollos estructurales coordinados de los institutos jurídicos. Esta polivalencia sin unidad encierra la renuncia a cualquier tipo de solución monista, dado que el derecho se produce y evoluciona por diferencias y tensiones que lo llevan a multiplicar sus propias distinciones; es decir de manera puramente relacional sin cobertura de jerarquías de estatus incuestionables.

Entre los dos regímenes de la responsabilidad civil, en suma, no hay ni puede haber un "elemento sustancial común", salvo el hecho demasiado abstracto de que ambos regímenes producen obligaciones jurídicas, lo cual es tan general e impreciso que no permite llenar el déficit teórico ni solucionar los casos prácticos que han de decidirse bajo uno u otro estatuto.

4. Entre la responsabilidad extracontractual y la contractual no existe ningún elemento "esencial" común.

Los defensores de la tesis de la unidad de la responsabilidad civil afirman que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual existen unos elementos "esenciales" comunes (el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ambos), que siempre están presentes en ambos regímenes, de suerte que las distinciones entre éstos son "accesorias" o despreciables, por lo que es indiferente si el juez aplica uno u otro instituto para la solución de un caso concreto.[11]

[11] Un elemento "esencial" común es un componente que siempre tiene que estar presente en un objeto o concepto porque de lo contrario vería desfigurada su "naturaleza", o perdería su razón de ser, o eso que lo caracteriza. El conocimiento interdisciplinario actual prescinde de las alusiones a la "esencia" de las cosas, pues la pregunta por la esencia (*el qué*) es un asunto filosófico concerniente al ámbito de la ontología o metafísica, pero irrelevante para la indagación científica y la operatividad práctica (*el cómo*). De ahí que en vez de intentar describir elementos "esenciales" –como hacían las disciplinas medievales– se hable de construcciones de significado a partir de funciones y estructuras conceptuales.

Lo anterior es inadmisible, por las siguientes razones:

i) Entre ambos regímenes no hay ningún elemento "esencial" común.

ii) Las diferencias entre los dos sistemas no son irrelevantes o accesorias sino principales.

iii) No es posible desconocer la fuerza vinculante de los contratos y sus limitaciones o extensiones en materia de indemnización de daños producidos con ocasión del contrato cuando la ley delega esa facultad a los particulares; pero tampoco pueden desconocerse las previsiones legales imperativas en materia de indemnización de perjuicios cuando ellas escapan a la potestad de las regulaciones privadas.

iv) Para que la decisión judicial sea motivada, razonada y susceptible de corrección mediante los recursos pertinentes, debe fundarse en una proposición jurídica que arroje una única conclusión, pues sólo así a casos iguales les corresponderán soluciones iguales en derecho. Escoger entre un régimen u otro está absolutamente prohibido por la *condición de operatividad* del sistema jurídico.

4.1. No hay elementos "esenciales" comunes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

i) No es cierto que el daño sea un elemento "común" de la responsabilidad extracontractual y la contractual.

En la responsabilidad extracontractual rige sin excepción el principio de reparación integral de los perjuicios, los cuales tienen carácter indemnizatorio, pero no sancionatorio. Por ello, la reparación tiene que concretarse al monto de los daños que resulten probados –ni más ni menos– siempre que no superen los límites trazados por las pretensiones, salvo las excepciones que permiten al juez condenar a más de lo pedido.

En la responsabilidad contractual, en cambio, el pago de la obligación que surge del incumplimiento del convenio privado no se circunscribe a la "reparación integral de los perjuicios que resulten probados", pues las partes pueden pactar el

reconocimiento de una cantidad superior o inferior al monto real del daño; o pueden, inclusive, eximirse de toda responsabilidad pecuniaria si así lo acuerdan. El daño contractual no tiene que ceñirse al perjuicio que resulte probado, porque puede extenderse o limitarse a la cantidad que se pacte por anticipado, pues nada lo impide.

La extensión del daño contractual depende de si puede o no imputarse dolo al deudor: si obró sin dolo, sólo es responsable de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato; si hubo dolo, el deudor responde de *"todos"* los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (artículo 1616 del Código Civil).

Desde luego que la palabra "todos" debe ser matizada, pues ninguna persona está en posibilidad de pagar la totalidad de los perjuicios que se derivan "inmediata o directamente" de su incumplimiento, ni hay manera de saber hasta dónde llega esa inmediatez. Un efecto nocivo puede ser considerado por una persona un "daño directo" y por otra un "daño colateral". Por ello la extensión del perjuicio no se define en el ámbito de la causalidad directa, próxima o inmediata, sino que es limitada por el juez con base en criterios jurídicos.

El daño extracontractual, en cambio, se concreta a la integridad de los perjuicios ocasionados, no a los previsibles; no hay en esta área una tasación abstracta como la que prevé el artículo 1616 para los casos en que se incumple el contrato sin dolo.

Pero el daño no solo tiene un carácter distinto, cumple una función diferente y posee diversos contornos o limitaciones en ambos regímenes, sino que, además, en la responsabilidad contractual es posible que no se produzca ningún daño y, aun así, haya lugar al pago de una suma acordada por las partes a modo de sanción o penalidad por el mero incumplimiento si así se estipula (artículos 1592 y 1594 del Código Civil).

El daño, entonces, no es un elemento "esencial" común entre ambas especies de responsabilidad.

ii) Tampoco la culpa lo es. No se requieren mayores explicaciones para comprender que existen especies de responsabilidad tanto contractual como extracontractual en las que no es indispensable demostrar la culpa para que surja la obligación de pagar.

En la responsabilidad extracontractual ello ocurre en los casos de responsabilidad objetiva y en la de actividades peligrosas, que prescinden por completo del juicio de reproche subjetivo. Pero ello no significa que la responsabilidad por actividades peligrosas pueda ser considerada como un tipo de responsabilidad objetiva o por mera causación, porque para su declaración es necesario demostrar que el daño le es imputable al agente *como suyo* en virtud de una norma de adjudicación que le impone el deber de evitar producir daños (sin adentrarse en el análisis concreto de la conducta a partir de la infracción de los deberes de prudencia, lo cual se reserva para los casos de responsabilidad por culpa). Además, la concurrencia de actividades peligrosas no puede resolverse en el plano de la causalidad *sine qua non*.

En la responsabilidad contractual, ese elemento es innecesario en las obligaciones de resultado, en las que basta demostrar que el contrato se incumplió o se ejecutó de manera tardía, imperfecta o incompleta, para que surja la obligación de pagar los daños sufridos o los acordados, según el caso.

La culpa contractual admite las graduaciones que para la celebración de negocios acuñó la tradición romana, recogidos en los artículos 63 y 1604 de nuestro ordenamiento civil. La extracontractual no: el estándar único de culpa extracontractual es el de la "persona prudente", de modo que una vez alcanzado este umbral de culpa media es posible atribuir el juicio de reproche concreto. La culpa extracontractual es la infracción de los deberes generales y objetivos de prudencia cuando el agente (sea que se trate de

un sistema psíquico o de uno organizativo) tenía el deber jurídico y la posibilidad material de comportarse de otra manera; y como este reproche prescinde por completo del elemento psicológico o volitivo, es irrelevante someterlo a un juicio de valoración de la intensidad de la intencionalidad: «*La culpa civil se concreta en un error de cálculo frente a lo que es objetivamente previsible. Si el actor previó o no que su conducta podía derivar en un evento dañoso es irrelevante para efectos de alcanzar el nivel de culpa sin representación. Lo importante es que haya actuado (o dejado de actuar) por fuera del rango de sus posibilidades de acción respecto de lo que está jurídicamente permitido*».[12]

iii) Tampoco es posible afirmar que la "relación de causalidad" es un elemento común a ambas especies de responsabilidad. Existe suficiente ilustración doctrinal que demuestra que son frecuentes los casos de responsabilidad extracontractual sin "causación" (omisiones, hechos ajenos, funcional y organizacional o sistémica). Mientras que en materia contractual propiamente dicha, es decir en las obligaciones de resultado, generalmente no es necesario probar un "nexo causal" entre el daño producido por el incumplimiento del convenio privado y ese incumplimiento. Si una de las partes incumple lo pactado, simplemente debe pagar los perjuicios previsibles al tiempo del contrato (si no hubo dolo), los que resulten probados (si hubo dolo), o los que se hayan estipulado (artículo 1616 del Código Civil).

Como en la generalidad de los casos el daño se extiende a los perjuicios previsibles al momento de celebrar el contrato o a lo que se haya pactado, entonces la "relación causal" entre el daño y el incumplimiento resulta absolutamente innecesaria, dado que se trata de una calificación *a priori* de la obligación. El incumplimiento del contrato hace presumir que los perjuicios previsibles o pactados derivan de dicho incumplimiento, sin que se requieran mayores elucubraciones o pruebas. Cuando el incumplimiento fue doloso sí hay que probar que los perjuicios reclamados derivan de la inejecución o retardo, pero esa extensión no se calcula en el ámbito de la causalidad "próxima", "inmediata", o "eficiente" sino que el

[12] CS SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016. Rad.: 05001-31-03-003-2005-00174-01.

juez tiene que hacer un análisis más riguroso en el ámbito del daño jurídicamente relevante y resarcible.

Los elementos que suelen tenerse por "comunes" a ambos tipos de responsabilidad, en suma, no son comunes ni "esenciales", ni tienen en ambos regímenes las mismas connotaciones significativas. El argumento principal de los defensores de la tesis de la unidad de la responsabilidad civil es insostenible.

4.2. Las diferencias entre ambos regímenes son principales, no accesorias.

Se presentan, además, otras diferencias como el término de prescripción y la solidaridad, que los defensores de la posición monista o unitarista suelen considerar como distinciones accesorias o irrelevantes.

La prescripción extintiva es un hecho jurídico que se caracteriza por producir la pérdida de derechos y obligaciones por el paso del tiempo. Es una institución del derecho sustancial mediante la cual, a causa de la inercia prolongada del titular del derecho, se extingue el derecho mismo. Por cuanto atañe a la materialidad del derecho, que se entiende renunciado por la inactividad de su titular, es un asunto fundamental de la acción sustancial o derecho material que se reclama y no una cuestión accesoria.

La solidaridad, por su parte, impone a todos los agentes a quienes se les atribuye la autoría de un daño la obligación de pagar la totalidad de la indemnización. Es la regla general en materia de coautoría y participación en la responsabilidad extracontractual, según el tenor del artículo 2344 del Código Civil. En las relaciones contractuales civiles (no en las mercantiles) rige la regla contraria: en las obligaciones en las cuales interviene una pluralidad de sujetos, la previsión contenida en el artículo 1568 establece que éstas son simplemente conjuntas, por lo que se entienden divididas en tantas partes o cuotas cuantos sean los deudores o los acreedores que en ella intervienen, salvas las excepciones que

se dan cuando la obligación es indivisible o cuando en virtud de convención, testamento o la ley cada uno de los acreedores puede exigir a cada uno de los deudores el pago de la totalidad de la obligación.

La solidaridad contractual civil debe ser declarada expresamente cuando la ley no la establece, por ello jamás se presume. De ahí que es un mandato de carácter sustancial, ya que impone una obligación material al responsable solidario frente a los sujetos activos de la relación jurídica.

Ni la prescripción ni la solidaridad son, por lo tanto, elementos "accesorios" de la relación jurídico-sustancial o derecho material. Si la acción sustancial está prescrita el demandante no tiene ningún derecho y el demandado no es civilmente responsable; y si el deudor contractual no es responsable *in solidum*, entonces no está obligado a pagar el total de la indemnización. Desde luego que se trata de una cuestión fundamental y no de un tema secundario.

Una cosa distinta es que no son elementos estructurales identificadores del instituto jurídico que rige el caso sino consecuencias jurídicas de supuestos de hecho descritos en normas diferentes a la proposición jurídica que es la base de la decisión, pero ello no les resta su carácter sustancial.

Como los elementos integradores, la solidaridad y los términos de prescripción de las acciones sustanciales o derechos consagrados en uno u otro régimen de responsabilidad civil son distintos, la elección de una u otra vía para demandar es una cuestión de primordial importancia tanto para la declaración del derecho que se reclama como para la defensa de la parte opositora; de suerte que una variación en el tipo de régimen que rige el caso incide directa y prioritariamente en la sustancialidad del derecho, por lo que no puede variarse al antojo de las partes.

Es una propiedad fundamental del sistema jurídico no construir respuestas *ad hoc* a estímulos particulares de la situación, lo que conlleva a admitir que no es posible escoger entre uno u otro tipo de acción sustancial, según el parecer de cada quien, lo que conduce a la prohibición de opción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

4.3. El fundamento jurídico de la prohibición de opción.

Se explicó que la responsabilidad civil extracontractual cumple la función de indemnizar al titular de un bien jurídico que ha sido despojado de él por una conducta antijurídica de otra persona, sirviendo de puente entre el derecho público y el privado. De ese modo se cumple el programa político moderno del respeto a la dignidad de la persona, lo cual dista mucho de ser un desarrollo del ideal de justicia correctiva de los antiguos. La contractual, en cambio, restaura el equilibrio económico roto por el incumplimiento de un contrato, sirviendo de conector entre el sistema jurídico y el económico.

La responsabilidad extracontractual nació para proteger los derechos subjetivos modernos, mientras que el contrato privado es una forma de renuncia a algunos de esos derechos.

El contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, como lo ordena nuestro artículo 1602, por lo que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

La fuerza vinculante de los contratos tiene carácter de ley, por ello la obligación que de ellos surge no puede ser invalidada por el querer de una de las partes o de un tercero.

También se afirmó con precedencia que una de las diferencias más notorias entre el régimen contractual y el extracontractual es la posibilidad que tienen los contratantes de anticipar en la convención todas sus expectativas respecto de la forma como se pagará la indemnización o la penalidad a que haya lugar como efecto del incumplimiento o la demora. De manera que una vez se produce el incumplimiento, no es posible desconocer bajo ningún pretexto el vínculo jurídico constituido por las cláusulas contractuales, para sustituir esa obligación por las disposiciones legales del régimen general de la responsabilidad extracontractual.

Un deudor contractual puede obligarse expresamente a indemnizar cualquier daño generado por su incumplimiento, aunque haya sido sin culpa o por obra da la mala fortuna (inciso 4°, artículo 1604). También puede obligarse a pagar una penalidad por la simple inejecución o demora, aunque no hubiere daño (artículo 1592); o a pagar más de la magnitud real del perjuicio si a bien lo tiene. Asimismo, puede exonerarse de responsabilidad mediante la estipulación de exclusiones o cláusulas exculpativas (inciso 3°, artículo 1616).

En tales eventos –y en muchos otros a los que pueden dar origen las relaciones contractuales– la obligación emana de un vínculo jurídico de carácter particular y concreto conformado previamente por los contratantes. La fuerza de ley que tiene el contrato ata a los contratantes, por lo que esa relación sustancial no puede ser desconocida mediante la invocación de las normas de carácter general, impersonal y abstracto que conforman el régimen de la responsabilidad extracontractual.

La diferenciación funcional entre ambos regímenes no es una distinción ociosa sino que obedece a la racionalidad sistémica del ordenamiento jurídico. De no ser por la prohibición de elección entre uno u otro régimen se destruiría la fuerza vinculatoria de los contratos privados, con lo que el artículo 1602 del Código Civil pasaría a ser letra muerta.

No basta la simple existencia del vínculo jurídico previo, particular y concreto para que la obligación sea de carácter contractual. Es necesario, además, que la prestación que se demanda haya tenido su origen en las previsiones de la convención privada o, a falta de éstas, en las que conforman el régimen supletivo del derecho de los contratos; es decir que la indemnización pueda ser materia de regulación privada. El hecho de que el daño se produzca en razón o con ocasión del desarrollo del objeto del contrato no es suficiente para dar a la relación jurídico-sustancial el carácter de contractual cuando la indemnización escapa a la fuerza obligatoria de ese vínculo.

Por ejemplo, cuando un visitante de un parque de diversión o de cualquier lugar de recreación privado sufre un accidente con ocasión del disfrute de la atracción, puede no haber duda de la existencia del contrato celebrado entre las partes; sin embargo, ese vínculo jurídico no tiene la fuerza obligatoria suficiente para desconocer las previsiones del régimen general de la responsabilidad extracontractual porque el guardián de la actividad peligrosa no puede eximirse de responsabilidad aduciendo que pactó en el contrato una causal eximente de responsabilidad en caso de accidente, pues tal estipulación sería inocua. Tampoco estaría facultado para alegar un término de prescripción menor al del régimen extracontractual o para aducir que la obligación no es solidaria. En tal caso el régimen aplicable es el de la responsabilidad por actividades peligrosas, por mucho que los daños sufridos por la víctima se hayan producido con ocasión de la ejecución de un contrato.

De igual modo, la reparación de los daños ocasionados a los usuarios del sistema general de seguridad social en salud no puede limitarse por estipulaciones contractuales ni está prevista en reglamentaciones administrativas. Luego, se rige por el régimen de la responsabilidad profesional por culpa. Jamás se ha propuesto por ningún sector de la comunidad jurídica que el promotor o prestador del servicio de salud pueda limitar la indemnización por cláusulas contractuales u obligarse a pagar más o menos del daño integral, o que pueda aducir un término de prescripción distinto al contemplado para las acciones ordinarias, o invocar la ausencia de solidaridad. Todos los aspectos de la indemnización se rigen por las normas generales e imperativas de la responsabilidad por culpa y no pueden ser desconocidos o suplidas por el querer de las partes.

Incluso en las relaciones contractuales de prestación de servicios médicos, al ser obligaciones de medio y no de resultado, la culpa del facultativo se valora con base en el estándar extracontractual de infracción del deber profesional de prudencia; y aún en ellas las partes quedan sujetas a las previsiones legales imperativas extracontractuales en lo que

respecta al pago de la indemnización integral de perjuicios. No es posible que el médico particular y su paciente limiten la extensión de la reparación en el contrato de prestación de servicios profesionales; como ocurriría, por ejemplo, si estipularan un tope para la indemnización, o que el médico queda exonerado del pago del lucro cesante o del daño moral.

En tales casos se trata de vínculos particulares que poseen un componente obligacional concreto que se rige por el derecho de los contratos en la medida que puede ser normado por las partes (su perfección, forma de cumplimiento, etc.) y otro componente concerniente al pago de la indemnización por daños a los bienes jurídicos del usuario del servicio, que no puede ser regulado por la convención sino que remite a las normas generales de la responsabilidad extracontractual.

La forma de indemnizar los daños en uno u otro régimen es completamente distinta, por lo que ni los contratantes pueden incumplir el vínculo particular que los ata cuando han prefigurado el alcance y los límites de esa indemnización, en caso de que ello sea jurídicamente admisible; ni los miembros de la relación jurídica-sustancial de carácter extracontractual pueden limitar su responsabilidad aduciendo causales eximentes de tipo contractual que carecen de fuerza vinculante frente a las previsiones legales imperativas.

La prohibición de opción entre ambos regímenes está justificada por la imposibilidad de limitar o extender el alcance de la indemnización cuando ello está proscrito por las normas del régimen general de la responsabilidad extracontractual, pero también por la imposibilidad de desconocer la fuerza obligatoria del contrato cuando no hay ley que lo impida.

Además, los elementos estructurales que hay que probar en uno u otro caso son distintos, como ya se explicó.

Si se trata de una obligación de resultado, el acreedor no tiene por qué demostrar la culpa del deudor, pues ésta se presume con la mera inejecución de la prestación convenida. Por ejemplo, si en un contrato de compraventa el vendedor no entrega la cosa, sino que "hace todo lo posible" para lograr tal efecto, o el comprador no paga el precio pero "pone todo de su parte" para ese propósito, pudiendo eximirse ambos de

responsabilidad aduciendo que cumplieron con sus deberes de diligencia o cuidado, a pesar de lo cual les fue imposible consumar la obligación convenida, se estaría en presencia de cualquier tipo de contrato menos ante una compraventa. Jamás el acreedor de una obligación de resultado ha tenido que soportar la carga de probar la culpa contractual de su deudor, porque *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo"* (inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil).

Luego, una errónea interpretación de la demanda que conduzca a la variación de la calificación jurídica de la acción sustancial para imponerle la carga de demostrar la culpa contractual, implicaría una defraudación de sus expectativas jurídicas.

De igual modo, en un caso de responsabilidad por culpa, el agente que haya obrado con la diligencia o cuidado que tomaría una persona prudente en circunstancias similares, vería frustrada su expectativa en el sistema jurídico si se adelanta en su contra un proceso de responsabilidad por alguno de los regímenes que prescinden del elemento subjetivo.

En el plano procesal, una errónea calificación de la acción comporta la violación del derecho sustancial a la prueba y de contradicción de las partes cuando en virtud de la sustitución del régimen aplicable al caso se les cercena la oportunidad de demostrar los supuestos de hecho que se requerían para la prosperidad de su pretensión o excepción.

El problema de la prohibición de opción no consiste en saber si en un proceso pueden acumularse pretensiones contractuales y extracontractuales, pues no hay nada que lo impida, dado que la acumulación de pretensiones respeta la distinción entre cada uno de esos regímenes, sin confundirlos. Nada obsta para que se acumulen pretensiones contractuales y extracontractuales en un mismo proceso, sea que se formulen por una misma persona cuando el demandante reclama su propio derecho y el de su causante, conjuntando dos acciones diferentes; o por personas distintas, como

ocurrió en el caso que se analiza. Pero desde un punto de vista sustancial no es posible que una relación jurídico-material se enmarque indistintamente en uno u otro tipo de acción.

El problema de la prohibición de opción consiste en saber cuáles son los parámetros que permiten calificar una relación jurídica sustancial dentro de un régimen u otro, teniendo en cuenta que esa elección no depende del arbitrio o conveniencia de las partes o del parecer subjetivo del juez, sino que es una limitación que impone el sistema jurídico.

4.4. La prohibición de opción entre los distintos regímenes de la responsabilidad civil es una exigencia que impone el sistema jurídico.

La prohibición de opción no es cuestión de conveniencia o consenso doctrinal, ni surge del simple capricho o autoridad del legislador expresada en la ley positiva. Es, sobre todo, una condición de existencia y operatividad del sistema jurídico.

La eficacia del derecho depende de que las normas jurídicas logren solucionar los problemas jurídicos que se dan en la sociedad con base en los presupuestos y condiciones establecidos previamente por el ordenamiento. Casos iguales (*input*) deberían tener soluciones iguales (*output*).

Los usuarios del servicio de justicia deben contar con la posibilidad de quedar sometidos al cumplimiento de una obligación sólo cuando las reglas que determinan ese sometimiento son claras: se adquiere una obligación jurídica porque un comportamiento contraría las previsiones del ordenamiento, o no se adquiere porque el comportamiento no traspasó los límites de lo jurídicamente tolerable; no existen a tal respecto soluciones a medias. Cuando los mismos hechos pueden producir consecuencias jurídicas diferentes o contrarias ocurre una desorientación de la práctica jurídica que incide en la defraudación de las expectativas de los usuarios de la justicia.

En su vida diaria, las personas se imaginan cómo se resolvería una disputa jurídica que se inicia cuando una situación cotidiana coincide con la descripción contenida en algún texto legal arquetípico. Entonces intentan fijar previamente las condiciones de resolución con base en las previsiones de esa norma. Si no existiera esa previsibilidad la gente no se embarcaría en una situación que resultaría azarosa por falta de criterios dirimentes precisos.

Las personas orientan su comportamiento y toman sus decisiones porque pueden esperar que el ordenamiento resolverá de una sola manera los conflictos jurídicos que surjan con ocasión de esas decisiones. De ese modo las decisiones de los jueces se tornan previsibles y surge la idea de "seguridad jurídica" como la expectativa que se tiene en que los asuntos se decidirán según las previsiones del derecho y no de acuerdo con las contingencias que surgen de cada situación particular.

Esa expectativa surge con el derecho mismo. Por ello desde el proceso formular romano se introdujo la indicación "*si paret.... oportere. Si non paret, absolve*". Si ocurre esto, entonces se tiene esto otro. Esa es la forma condicional en que el derecho garantiza la estabilidad de las expectativas de los usuarios.

Las condiciones programadas por el derecho establecen los requisitos de los que depende poder determinar si algo es conforme o no conforme a derecho.

Cuando tales condiciones no están claras porque no se sabe cuál es el parámetro normativo preestablecido que orienta la conducta se produce un estado de incertidumbre, no sólo jurídica, sino social y económica. Para reducir esa incertidumbre el sistema jurídico instituye procesos de decisión que permiten hallar una solución que corresponde a la expectativa normativa.

La función principal que cumple la prohibición de opción es establecer formas de decidibilidad. Por medio de ella se

busca y se encuentra la categoría jurídica que indica que una decisión conforme al sistema jurídico es aquella que resuelve el problema de tal manera que a casos iguales no les correspondan decisiones diversas.

La prohibición de opción, sin embargo, no significa poner al usuario del servicio de justicia en una situación de *elección trágica* que lo conduzca a perder su derecho cuando encamina su reclamo por la alternativa incorrecta.

Las partes tienen la carga procesal de delimitar los extremos de la litis, fijar el objeto del litigio y demostrar los supuestos de hecho en que fundan sus afirmaciones. Pero la identificación de la opción correcta frente al tipo de acción que rige el caso es una obligación del juzgador. Por ello, la prohibición de escoger entre un régimen u otro está dirigida al juez y no a las partes.

5. La prohibición de opción entre los distintos regímenes de la responsabilidad es una restricción dirigida al juez, no a la parte demandante.

Se explicó con precedencia que los hechos o estructuras sociales con relevancia jurídica deben ser incluidos en "modelos normativos" prestablecidos por el sistema jurídico, con el fin de que las expectativas de los usuarios del servicio de justicia puedan decidirse de manera previsible.

Cada uno de esos modelos o arquetipos (contrato, delito, culpa, etc.) tiene que ser considerado como un instituto jurídico autónomo o independiente, en el sentido de que ninguno de ellos puede reducirse o confundirse en los términos de otro instituto o categoría. La diferenciación funcional y estructural de los institutos jurídicos es el paso necesario para que aparezca el derecho. Sin la prohibición de opción, en suma, el derecho no sería posible.

Gracias a que existen institutos jurídicos diferenciados, como el contrato o la responsabilidad extracontractual, las personas tienen alternativas entre las cuales pueden elegir

para ceñir a ellas sus conductas. El significado de esos institutos está dado por el ordenamiento jurídico, por lo que su valor no depende de lo que el agente piense o haga.

Las personas no pueden celebrar un contrato y eximirse de la obligación que contrajeron en él mediante una interpretación particularizada de su significado. Si el contrato es ley para las partes, ello es posible porque el significado de este instituto es el mismo para todos los participantes.

Entre el aspecto cognitivo que poseen los particulares y el aspecto normativo que dicta el ordenamiento jurídico tiene que existir un punto de comunicación o integración.

Este elemento integrador para cualificar la conducta orientada por institutos jurídicos es el criterio jurídico del juez: el aspecto *evaluativo o calificativo* de la conducta orientada por normas corresponde al juez, pues sólo él está facultado para dictar el significado de los institutos jurídicos.

El conocimiento o creencia de las partes no puede interferir en los criterios apreciativos que permiten calificar el instituto jurídico. Las normas se aceptan y se cumplen a pesar de que pudieran ser interpretadas de otra manera.

Las personas pueden creer que tienen la razón y que el significado de los institutos y conceptos jurídicos es el que ellas les dan; si no fuera así no insistirían en defender judicialmente intereses o derechos de los que no siempre son titulares. Por ello, lo que ellas piensen que es jurídicamente correcto es irrelevante para el sistema de derecho privado. El aspecto cognitivo que los usuarios poseen acerca de los institutos jurídicos no tiene que coincidir con el aspecto evaluativo que está en cabeza del juez.

Si a ello se agrega el hecho de que el significado de las normas puede ser vago, impreciso, ambiguo o de textura abierta, ello se erige en una razón más para no encomendar a las partes la identificación del régimen jurídico que decidirá la controversia. La imprecisión y ambigüedad del significado de

las normas es una característica propia del sistema jurídico y sus consecuencias adversas no pueden atribuírsele al usuario de la justicia, sino que es un problema que tiene que resolver el juez.

Al juez le está prohibido denegar administrar justicia por silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (artículo 48 de la Ley 153 de 1887). No se permite una no-decisión. Y una forma de esa denegación se realiza cuando el funcionario no decide el fondo de la controversia por desplazar a las partes su obligación de interpretar los hechos y pretensiones para inferir de ellos el instituto jurídico que rige el caso.

Siempre existirán problemas de interpretación de las normas y "texturas abiertas", pero ello no es un asunto que deba solucionar el usuario de la justicia. La ambigüedad del significado de las normas tiene que ser solucionada con el cerramiento significativo que hace el juez al momento de decidir la controversia.

Ha quedado demostrado que la prohibición de opción entre los distintos regímenes de la responsabilidad es una restricción dirigida al juez y no a las partes, quienes no pueden sufrir las consecuencias adversas de esa prohibición.

6. La identificación e interpretación de los institutos jurídicos.

El juez es el encargado de interpretar el significado jurídico de los hechos que se someten a su consideración; pero esa interpretación no es de ninguna manera libre o arbitraria, sino que está condicionada por los elementos integradores de cada instituto jurídico.

Cada instituto jurídico (o programa de decisión) es una regla que indica la imputación de situaciones de hecho a valores codificados que son "correctos" para el sistema. Sin este presupuesto se perdería de vista lo distintivo del derecho. Los programas definen lo que es jurídicamente correcto o incorrecto. De ese modo el juez "interpreta" el significado de

los institutos jurídicos sin salirse de lo que ellos mismos indican.

El programa condicional (si esto, entonces esto otro) es la regla que decide acerca de la asignación de los valores internos de cada instituto jurídico y pone límites al margen de interpretación del juez. El programa condicional permite conocer los componentes estructurales de cada sistema de decisión, tornando irrelevantes las explicaciones basadas en el esquematismo de las fuentes, tales como la postura monista (o unitarista) y la tesis dualista (o de la *summa divisio*).

Así, para resolver la controversia sobre el pago de los daños que produjo un accidente de tránsito que ocurrió en razón o con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, resulta inútil preguntarse si tales hechos se enmarcan en el régimen de los contratos o si hacen parte del régimen general de la responsabilidad extracontractual.

El problema no se resuelve acudiendo a la simbología de las fuentes, pues las lesiones que dejó el accidente de tránsito tuvieron su origen tanto en el incumplimiento de la obligación de resultado adquirida con la celebración del contrato de transporte, como en el ejercicio de una actividad peligrosa. Los límites de las "fuentes" se tornan difusos. De igual modo, el daño y la culpa en este tipo de casos toman características tanto de uno como de otro régimen. Luego, la alusión a las fuentes no resuelve el problema de cuáles son los elementos que deben quedar demostrados para acceder a las pretensiones reclamadas.

Tampoco es posible afirmar que es irrelevante optar *ad libitum* por uno u otro instituto, pues ya se demostró que entre ellos no sólo existen diferencias sustanciales insalvables, como la responsabilidad solidaria y el término de prescripción de la acción; sino que sus elementos estructurales identificadores toman en cada régimen un significado distinto.

Mucho menos pueden aducirse "razones de justicia", pues la justicia en este caso no permite inclinarse por una o por otra alternativa. Un régimen posee ciertos elementos cuya demostración resulta más fácil o benéfica para una de las partes, pero al mismo tiempo perjudica la carga probatoria de la otra. No habría manera, en fin, de saber cuál es la decisión "justa" en este tipo de casos.

Y no se puede aducir un supuesto "principio *favore victimae*" para afirmar que es irrelevante el régimen que se aplique, porque en el derecho de la responsabilidad civil tal cosa no existe; y porque la calidad de víctima es, precisamente, lo que será objeto del debate probatorio y habrá de declarar la sentencia. No es admisible partir del prejuicio de que el demandante fue víctima para exonerarlo de su carga de probar los hechos sobre los cuales funda sus pretensiones y de esa forma poder declarar en la sentencia que fue una víctima. Tal manera de razonar envuelve una evidente petición de principio que elimina la función y finalidad del proceso civil, pues si de entrada se considera al actor como víctima, sería innecesario imponerle la carga de probar sus afirmaciones, bastando en tal hipótesis con condenar al demandado. El derecho quedaría sumido en un grado de indeterminación tal, que sería cualquier cosa menos derecho. Exigir al demandante que se atenga a las consecuencias de la carga probatoria que le asiste no es, de ninguna manera, revictimizarlo; es actuar conforme a los códigos y programas sin los cuales el sistema jurídico no podría existir ni operar.

En todo caso, no es posible desconocer la prohibición de opción porque ese imperativo es un presupuesto fundamental para la existencia del derecho como sistema que garantiza el cumplimiento de expectativas fiables y estables mediante la sujeción de la decisión judicial a los programas condicionales establecidos por las normas generales, impersonales y abstractas, como se demostró con anterioridad.

De este modo se llega a un punto de estancamiento ubicado entre la diferencia de las fuentes del derecho y los diferentes principios de razón, valores o intereses, que no

permiten indagar acerca de qué es lo que le da unidad a un instituto jurídico, lo caracteriza y lo diferencia de todos los demás. Ninguno de los enfoques mencionados logra producir una fundamentación teórica convincente de la distinción y la unidad.

El problema que debe resolver el juez no se soluciona con una alusión al sistema de fuentes, pero tampoco desconociendo la prohibición de opción, ni permitiendo la indiferenciación o mezcla de acciones sustanciales, ni mucho menos afirmando que se trata de un problema irrelevante que permita solucionar el caso de cualquier manera imaginable. Y, por supuesto, al juez no le está permitido delegar a las partes su función de interpretar los textos jurídicos, o negarles su derecho a obtener una sentencia de fondo porque no identificaron el tipo de acción sustancial que rige el caso.

El problema se resuelve identificando los elementos estructurales de cada instituto jurídico a partir de los condicionales dados por las normas. Para esta singularización no es suficiente afirmar que cada nuevo instituto jurídico es un "subsistema", pues todo subsistema remite en últimas a un sistema más amplio al cual pertenece, con lo que se llegaría al mismo punto de partida sin solución en que nos ha sumido la invocación al "sistema de fuentes". Mientras que el hecho de decir que se trata de un "instituto autónomo" no soluciona el problema de saber cuáles son los elementos que deben quedar demostrados en el proceso para poder acceder a la consecuencia jurídica que se reclama.

El problema de no saber cuál es el instituto jurídico que permite resolver un caso surge porque las normas han sido formuladas de manera general e indeterminada, lo cual no es un defecto del ordenamiento sino la forma en que éste se perpetúa en el tiempo. Si una construcción jurídica se mantiene vigente por mucho tiempo ello sólo es posible porque no se le exige demasiado en términos de especificidad. Las categorías jurídicas altamente ricas en detalles tienden a fosilizarse o a desaparecer.

Por ejemplo, el régimen de responsabilidad común por los delitos y las culpas está conformado por muy pocas normas; la mayor parte de ellas son formas de imputación de un resultado a un agente responsable que nos las produjo, como los daños causados por las cosas que caen de la parte alta de un edificio, por la mordedura o embestida de un animal y por personas que están bajo el cuidado de otra; todas ellas de indiscutibles raíces romanas que han permanecido casi que inalteradas con el paso del tiempo. La especificidad y riqueza casuista de tales figuras se paga con su petrificación y aislamiento.[13]

Pero la mayoría de casos de responsabilidad civil que surgen en la actualidad se rigen por dos disposiciones: el artículo 2341 y el 2356, que son tan generales y abstractos que no explican las particularidades que se dan en el entorno social. La ampliación del alcance de estos conceptos ha de pagarse con una evidente pérdida de contenido. De ahí que nuestra responsabilidad civil haya tenido un desarrollo eminentemente jurisprudencial.

Ese grado de generalidad es necesario para la sobrevivencia del ordenamiento positivo, pero a la vez es una limitación para resolver los casos que presentan contornos tan difusos que no permiten ser enmarcados con facilidad en uno u otro régimen; lo que pone en riego la expectativa de estabilidad que debe garantizar el juez al comprender y aplicar las instrucciones previstas en las normas de forma idéntica en el contexto de una multiplicidad de decisiones en circunstancias muy diferentes entre sí.

En el nivel de diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual hay casos de fácil caracterización. El incumplimiento de un contrato de compraventa no tendría por qué ser clasificado dentro del régimen general de la responsabilidad extracontractual. Y las lesiones sufridas por un peatón que es atropellado por un vehículo automotor no tendrían por qué ser clasificadas dentro del régimen de los contratos. En esos casos la elección entre uno u otro instituto no plantea dificultades pues la diferenciación se capta a simple vista.

---

[13] Si la *effusio vel deiectio* o el edicto *de feris* cayeron en desuso ello no ocurrió porque se olvidaron o porque no estén vigentes, pues siguen estando consagradas en el Código Civil (artículos 2353, 2354, 2355), sino porque su simplicidad estructural les impide resolver los problemas de complejidad creciente de la responsabilidad contemporánea.

La unidad del código binario contractual/ extracontractual consiste en que no se puede tomar una decisión sobre uno de esos valores sin tomar en cuenta el otro valor. Si es uno, no puede ser el otro. Esta evaluación implica el rechazo de la opción contraria: una opción es designada como verdadera cuando la opción contraria es descartada.

En el momento en que no es posible hacer esta identificación y diferenciación porque el caso concreto plantea características que desbordan a uno u otro régimen, se impone la necesidad de prescindir de esa distinción para entrar a caracterizar el instituto jurídico particular, que no forma parte de uno u otro régimen pero tampoco puede ser una mezcla o confusión de ambos.

Ello no ocurre, por ejemplo, con los distintos subregímenes de la responsabilidad extracontractual, como la responsabilidad objetiva, por actividades peligrosas y la responsabilidad por culpa o por dolo, que son verdaderos subsistemas del sistema general extracontractual porque no se salen de sus contornos, ni entran en conflicto con la responsabilidad que surge del incumplimiento de los contratos.

En cambio, la responsabilidad por servicios profesionales, la responsabilidad médica y la responsabilidad por daños causados a los pasajeros de un vehículo automotor, por poner solo unos ejemplos, no son "subsistemas" de uno u otro tipo de acción porque presentan caracteres que impiden enmarcarlos en uno u otro régimen general, por lo que deben resolverse atendiendo a sus particularidades o rasgos distintivos.

7. El régimen de responsabilidad aplicable al caso que se analiza y elementos estructurales que deben quedar demostrados para la prosperidad de la acción.

Líneas arriba se explicó que la prohibición de opción es una restricción que el ordenamiento impone al juez para que decida el caso con base en el único instituto jurídico que lo

rige, de suerte que no es posible escoger a conveniencia entre los distintos regímenes de la responsabilidad, no sólo entre la contractual y la extracontractual, pues una controversia de enriquecimiento sin causa, por ejemplo, debe ceñirse a los presupuestos normativos de este instituto particular.

Se explicó cómo desde un comienzo surgieron situaciones que escapaban a las fuentes romanas primigenias; luego estas nuevas situaciones de hecho que engendraban obligaciones adquirieron, a su vez, el estatus de "fuente", para enseguida ser superadas por las nuevas situaciones que imponía la realidad. Esta es la forma normal como se reproduce y evoluciona el derecho a partir de su propia referencia, creando cada vez nuevos institutos o categorías que, o pueden incluirse fácilmente como parte de alguno de los regímenes tradicionales, o bien se diferencian notoriamente de ellos adquiriendo un estatus de autonomía.

Se dijo, además, que un instituto jurídico autónomo no puede reducirse a otro, pues perdería aquello que lo caracteriza. La irreducibilidad, no obstante, no significa que no se produzcan interdependencias o interpenetraciones.

La reducidibilidad de un instituto a otro significa que las propiedades y procesos importantes de una clase pueden derivarse de las propiedades de otro u otros institutos. Ello ocurre, por ejemplo, con todas las especies que forman parte del régimen común de responsabilidad extracontractual, que se caracterizan porque la obligación deriva de la regla general de no causar daños a bienes jurídicos ajenos, y son autónomas frente a las normas que regulan las obligaciones contractuales.[14]

[14] La reducidibilidad es la propiedad que caracteriza a un verdadero subsistema, en el que los elementos que integran cada categoría no cambian su significado pero le imprimen significado al instituto jurídico, dependiendo de si están presentes en él o no. Para mayor ilustración, ver un ejemplo de reducidibilidad de los distintos subsistemas de la responsabilidad extracontractual en el acápite 4.2 de SC002-2018 del 12 de enero de 2018. De ese modo la responsabilidad objetiva, por actividades peligrosas, y por culpa o dolo son todas reducibles al régimen general de la responsabilidad extracontractual, según el número de elementos que cada una de ellas exija para su configuración. Los regímenes autónomos, en cambio, no son reducibles a otro, pero pueden compartir elementos identificadores que cambian su significado una vez se incorporan en el sistema de destino.

Las interdependencias, en cambio, son las influencias que recibe un instituto jurídico de otro sin que un instituto pueda derivarse del otro, tal como ocurre con la situación de hecho que se examina, que no puede enmarcarse ni en la responsabilidad contractual ni en la extracontractual a pesar de que toma elementos y características de uno y otro régimen.[15]

En efecto, con relación a la extensión del daño resarcible, lo que caracteriza a las relaciones contractuales –se reitera– es la facultad que tienen los contratantes para limitar la indemnización, o para extenderla más allá de los daños que resulten probados, de suerte que en materia contractual el daño no se rige por el principio de reparación integral que caracteriza a la responsabilidad extracontractual.

Pero en el caso específico de los daños sufridos por los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, la norma especial indica que no es posible que los contratantes limiten su responsabilidad: «*Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos*» (inciso 3°, artículo 992 del Código de

[15] Las *interdependencias* se caracterizan porque cada elemento integrador de un instituto jurídico tiene una referencia única que lo distingue de los demás elementos que componen ese instituto jurídico, pero puede ser incorporado a un instituto jurídico diferente en razón de una propiedad económica o de eficiencia del sistema (recursividad). Cada instituto jurídico es un contenedor abstracto (arquetipo) en el que un conjunto de uno o más elementos identificadores pueden existir. De ese modo un elemento identificador toma un significado distinto al ser definido por el instituto jurídico al cual pertenece. Por ejemplo, la culpa tiene una referencia semántica única, pero su connotación cambia si se la emplea en la responsabilidad contractual, en la extracontractual, en el derecho de familia, en el régimen de los derechos reales, o en el derecho penal. Si el sistema tuviera que inventar referencias distintas cada vez que requiere crear un nuevo instituto jurídico, sería operativamente ineficiente y costoso en términos tectológicos. La razón por la cual la culpa puede tener distintos sentidos en uno u otro instituto a pesar de conservar la misma referencia es porque cumple una función diferente en cada uno de ellos. De ese modo el sistema proporciona los medios para su autoproducción, mediante la agrupación lógica de los identificadores estructurales relacionados en sus categorías jurídicas, lo que permite desambiguar su significado y hacer al derecho más modular. La modularidad implica que las categorías jurídicas pueden ser independientes unas de otras, pues su autonomía está dada por la agrupación lógica de sus elementos constituyentes; lo que permite su especificidad y el procesamiento de la información proveniente del entorno (experiencias sociales) sin caer en los extremos del intuicionismo casuista y del formalismo rígido. Esta es la manera como se hacen distinciones categoriales mediante *análisis cualitativo* de sistemas complejos con propiedades emergentes que se alejan del equilibrio, cuya modelización pone de manifiesto las relaciones entre la estructura del sistema y su comportamiento evolutivo, sin necesidad de recurrir a mitos fundacionales o a explicaciones esencialistas basadas en la metáfora de las "fuentes" o los "principios".

Comercio). La injerencia de una característica del daño extracontractual en esta especie de contrato es evidente, pues las partes no pueden limitar el alcance de la indemnización, la cual se rige por el principio de reparación integral de los perjuicios.

En las obligaciones contractuales, se da por supuesto que los daños previsibles o pactados tuvieron su origen en el incumplimiento del contrato o en su cumplimiento defectuoso o retardado (artículo 1616 del Código Civil), por lo que no hay que probar la relación de imputación pues ésta se entiende incorporada de antemano en el contrato. El contrato es la norma de adjudicación que permite atribuir al deudor los daños derivados de su incumplimiento.

Sin embargo, los demandados que no hicieron parte del contrato de transporte también están llamados a responder en virtud de su calidad de guardián de la cosa o de la actividad peligrosa que produjo el daño. Si tienen una posición de garante respecto del pasajero, los daños les son imputables *como suyos* aunque no hayan intervenido en la relación contractual o en la causación material de los perjuicios. Se evidencia, así, una interdependencia de ambos regímenes que impide que uno de ellos se reduzca o derive del otro.

También se explicó líneas arriba que las obligaciones contractuales propiamente dichas (de resultado) se caracterizan porque prescinden del elemento subjetivo de la responsabilidad. El mero incumplimiento o el cumplimiento demorado hacen presumir la culpa del deudor contractual, por lo que no es necesario probarla. Sólo cuando en fecha reciente se formuló la distinción doctrinal entre obligaciones de medio y de resultado se exigió la prueba de la culpa como requisito indispensable de las obligaciones de medio, acercándose la responsabilidad contractual al régimen común por hechos ilícitos.

Por su parte, la responsabilidad por actividades peligrosas se alejó del núcleo integrador de la responsabilidad por culpa al prescindir por completo del elemento subjetivo,

acercándose a la objetividad que el régimen contractual tuvo en sus inicios, pero sin confundirse con ella. Si la responsabilidad por los daños generados en despliegue de actividades peligrosas no es considerada como un tipo de responsabilidad objetiva, ello se justifica porque la mera causación del resultado lesivo no es suficiente para atribuirla, sino que es necesario demostrar que el perjuicio le es imputable al agente *como suyo* en virtud de una norma de adjudicación que permite establecer su posición de garante y porque la confluencia de conductas que en ella intervienen (o dejan de intervenir cuando se tiene el deber legal de evitar el daño) no puede resolverse en el plano de la causalidad natural.

La responsabilidad por los daños sufridos por los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, en suma, prescinde por completo del elemento de la culpa, sea que se lo examine desde la perspectiva de las actividades peligrosas o bien desde un punto de vista contractual, pues en este último caso hay normas expresas y especiales:

«*El transportador está obligado (...) en el transporte de personas a conducirlas sanas y salvas al lugar de destino*». (Numeral 2° del artículo 982 del Código de Comercio).

«*El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato*». (Artículo 1003 del Código de Comercio).

Es decir que se trata de una verdadera obligación de resultado en la que el cumplimiento de los deberes de prudencia no exonera al transportador de responsabilidad por las lesiones que sufre el pasajero en razón o con ocasión de la ejecución del contrato de transporte. De ahí que sólo la causa

extraña y la culpa exclusiva de la víctima eximen de la obligación de indemnizar: *«El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación».* (Artículo 992 del Código de Comercio)

Desde luego que la última exigencia que establece la norma es absolutamente irrelevante e irrazonable, pues si logra demostrarse que los daños sufridos por el pasajero se debieron a una causa extraña o a la culpa exclusiva de la víctima se desvirtúa por completo la responsabilidad del transportador, por lo que no se requiere que éste demuestre "además" que cumplió sus deberes de prudencia.

La imposibilidad de exonerarse de responsabilidad con la demostración de la diligencia o cuidado de una persona prudente es reiterada por el artículo 1003 del Código de Comercio:

> *Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos:*
>
> 1. *Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas;*
>
> 2. *Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño;*
>
> 3. *Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que ni hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador, y*
>
> 4. *Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse "a la mano" y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador.*

El numeral 4° no establece una causal general eximente de responsabilidad, simplemente describe un ejemplo casuista que involucra la pérdida de la cosa por culpa del pasajero o por un hecho ajeno a la conducta del transportador.

Mientras que el numeral 2° repite la impropiedad conceptual contenida en la parte final del artículo 992 del Código de Comercio, la cual es un defecto que viene del Código Civil (inciso 2° del artículo 1604), al suponer erróneamente que la fuerza mayor o el caso fortuito pueden ser ocasionados por la culpa del deudor, o confluir con ésta. Si la conducta del deudor es un factor jurídicamente relevante para la producción del resultado lesivo, entonces no puede hablarse de "causa extraña", y si los daños son jurídicamente atribuibles a un factor externo a la conducta del agente entonces éste no es responsable, aunque haya actuado con culpa, pues esa culpa no tendría ninguna correlación de imputación con los daños. Desde el momento en que la participación del deudor contractual o del agente extracontractual es considerada como factor relevante en la producción del perjuicio desaparece la "causa extraña".[16]

Con relación a la solidaridad, esta responsabilidad toma distancia de la regla general de las obligaciones contractuales civiles, caracterizadas por ser simplemente conjuntas (artículo 1568 del Código Civil), para adoptar la presunción de solidaridad de los negocios mercantiles (artículo 825 del Código de Comercio), tal como lo reitera el artículo 991 del Código de Comercio: «*Cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte. La empresa tiene el control efectivo*

[16] La previa participación de un agente en la producción de un daño es valorada como comportamiento estereotipado inocuo, aunque sea imprudente o culpable y contribuya causalmente o favorezca la realización del perjuicio, cuando no existe una norma jurídica que permite adjudicar dicha conducta al agente. Es decir que si el daño es jurídicamente atribuible a un factor extraño, el agente que intervino previamente en su producción –o no actuó para evitarlo– no podrá ser declarado responsable de las consecuencias si no tenía la posibilidad y el deber jurídico de actuar o abstenerse de actuar para evitar las consecuencias lesivas. Esta regla que desvirtúa la imputación ha sido denominada por un sector de la doctrina como "prohibición de regreso".

del vehículo cuando lo administra con facultad de utilizarlo y designar el personal que lo opera, directamente y sin intervención del propietario».

Todas las víctimas de los daños derivados de la ejecución del contrato de transporte pueden cobrar *in solidum* a cada uno de los demandados la totalidad de la indemnización. Las que participaron del contrato a sus deudores contractuales, por disposición expresa de los artículos 825 y 991 del Código de Comercio; y las que no formaron parte de esa relación obligatoria a los coautores o partícipes del daño, por mandato del artículo 2344 del Código Civil.

La solidaridad, entonces, se aplica por igual a los distintos demandados respecto de todos los demandantes en el específico instituto de la responsabilidad por daños ocasionados a los pasajeros en virtud de la ejecución de un contrato de transporte.

Finalmente, en cuanto al régimen de prescripción, hay que diferenciar la prescripción bienal prevista en el artículo 993 del Código de Comercio, que se aplica a *"las obligaciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte"*, de la prescripción decenal de la acción ordinaria, prevista en el artículo 2536 del Código Civil.

La primera se aplica a las acciones que se fundan en el incumplimiento de las estipulaciones que las partes pueden pactar libremente y sin restricciones (como la perfección del contrato y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ejecución), o las que se rigen por el régimen supletivo de los contratos. En ese orden, si la demanda versa sobre la pérdida del equipaje, los daños producidos por retrasos del vehículo, o el pago del precio del servicio, no hay duda de que se trata del componente contractual de la relación jurídica que prescribe en el tiempo previsto por el artículo 993 del Código de Comercio.

Mientras que la prescripción de la acción ordinaria tiene cabida cuando lo que se reclama son los derechos y

obligaciones que no surgen de la violación de las cláusulas contractuales sino de la cláusula general de no causar daños a los bienes jurídicos ajenos, que se regula por el régimen imperativo de las relaciones extracontractuales.

Para saber si se está frente a uno u otro régimen de prescripción hay que preguntarse si la pretensión que se demanda es susceptible de regulación mediante un convenio privado, o si tal posibilidad está vedada porque su forma de indemnización está prestablecida por las normas imperativas de la responsabilidad extracontractual. En el primer caso se aplicará el régimen de prescripción previsto para el instituto jurídico que rige la específica relación contractual de que se trate. En el segundo evento, se aplicará la prescripción de las acciones ordinarias.

Cuando las pretensiones procesales que se acumulan en un mismo litigio se rigen por la acción sustancial que se encamina a reclamar la indemnización de los daños causados a los pasajeros con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte, esa relación jurídica no depende de la autonomía privada de los contratantes ni del régimen supletivo del derecho de los contratos, por lo que la prescripción aplicable es la prevista en el capítulo III del Título XLI del Libro Cuarto del Código Civil, es decir la prescripción decenal de las acciones ordinarias (artículo 2536).

En el caso que se analiza, los elementos que han de quedar demostrados para la prosperidad de la acción sustancial son los mismos tanto para la víctima directa que celebró el contrato de transporte, como para el damnificado colateral que no intervino en esa relación contractual, por lo que no hay ninguna razón jurídica para someterlos a un tratamiento distinto.

De ese modo han quedado identificados todos los elementos del tipo de acción que rige el caso que se examina, los cuales conforman un instituto jurídico autónomo que opera en el sistema de la responsabilidad civil a partir de su propia referencia normativa, sin que sea posible subsumirlo o

encasillarlo en cualquiera de los otros sistemas que aportaron los elementos para su conformación.

8. Conclusiones.

Las explicaciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones:

i) La acumulación de pretensiones procesales es un asunto distinto a la prohibición de escoger el tipo de acción sustancial que rige la controversia. Nada impide que varios actores acumulen en un mismo proceso pretensiones contractuales y extracontractuales, o que un demandante acumule una pretensión contractual hereditaria (derivada de su causante) y una pretensión personal extracontractual. Pero en el plano sustancial está prohibido decidir una controversia que se enmarca en un determinado tipo de acción, con los presupuestos normativos de una relación jurídica distinta.

ii) La delimitación de los extremos del litigio y la fijación del objeto de la litis son cargas procesales que corresponden a las partes mediante la formulación de sus pretensiones y la exposición de los hechos en los que ellas se fundan, de suerte que una variación de esos contornos por parte del juez puede producir una sentencia incongruente.

iii) La calificación del instituto jurídico que rige el caso es una atribución de la función judicial en razón del postulado del *iura novit curia*. Por lo tanto, corresponde hacerla al juez mediante la elaboración de los enunciados calificativos que le permiten delimitar el tema de la prueba y solucionar el conflicto jurídico mediante la declaración de la consecuencia prevista en la proposición normativa que contiene los supuestos de hecho que soportan las pretensiones y resultan probados en el proceso.

iv) Las pretensiones o excepciones que se soportan en los hechos probados deben ser resueltas con base en la norma sustancial que permite declarar la consecuencia jurídica

prevista en esa proposición normativa. Sólo así se garantiza que casos similares tengan soluciones similares.

v) Lo anterior implica que esté vedado resolver el caso de manera arbitraria según el régimen jurídico que las partes o el juez quieran escoger (prohibición de opción).

vi) Cuando el demandante se equivoca en la elección del tipo de acción sustancial que rige el caso, el juez tiene que adecuar la controversia al instituto jurídico que corresponde, pues esa es una de sus funciones; sin que ello afecte el debido proceso de las partes. La prohibición de opción está dirigida al juez y no a las partes.

vii) No todos los regímenes que conforman el sistema de la responsabilidad civil derivan directamente de las fuentes romanas de las obligaciones. No existe un elemento integrador o unificador de los distintos regímenes, pero tampoco existe una *summa divisio* entre ellos, pues la evolución del derecho ha hecho necesaria la intercomunicación e interposición de sus elementos para formar figuras jurídicas nuevas y autónomas.

viii) La responsabilidad que reclamaron los actores por los daños que sufrieron con ocasión del accidente de tránsito atribuible a las demandadas es un instituto autónomo y diferenciado, que no puede clasificarse como subsistema de la responsabilidad contractual ni de la extracontractual, pero que toma y resignifica elementos de ambas instituciones, los cuales deben ser identificados por el juez y probados por las partes para la prosperidad de sus pretensiones o excepciones.

ix) Respecto del demandante Jhon Fredy Chala Leyva, el tribunal confundió la prohibición de escoger el tipo de acción sustancial que rige el caso, con la posibilidad de acumular sus pretensiones procesales con las de la víctima directa del accidente. De ese modo negó el acceso a la justicia a quien estaba facultado para reclamar su derecho, tanto procesalmente como dentro de una concepción de la acción entendida como derecho subjetivo.

x) Respecto de la demandante Nelcy Chala Leyva, el juzgador *ad quem* incumplió el deber-obligación que le impone su función de conformar los enunciados calificativos que orientarían la decisión judicial dentro del régimen de responsabilidad por los daños que sufren los pasajeros con ocasión de la prestación del servicio de transporte, independientemente de la norma sustancial que haya invocado la actora en su demanda.

Ambos errores se originaron en una equivocada interpretación de la demanda por no identificar el instituto jurídico que rige el caso y por dejar de elaborar el enunciado calificativo que habría de orientar la decisión judicial.

Por esas razones, se casará la sentencia del tribunal y se dictará el correspondiente fallo de remplazo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia; y, en sede de instancia dicta la siguiente

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Todos los elementos de la responsabilidad cuya declaración se reclama quedaron demostrados en el proceso.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente que dio origen a la controversia se probaron con el testimonio del conductor del vehículo [folio 10, cuaderno 3], la declaración del demandado Leonel Antonio Mamián [folio 19, cuaderno 1] y el informe policial de accidente de tránsito [folio 81, cuaderno 3].

A partir de esas pruebas quedó demostrado que el día 9 de junio de 2008 el señor Jorge Asdrúbal Prada conducía el

vehículo automotor de placa TBK-820 en el que se movilizaba la pasajera Nelcy Chala Leyva. En el kilómetro 75+791 de la vía Suaza – Florencia el vehículo sufrió un accidente que le produjo lesiones personales a la demandante. Se probó que el propietario del automotor es el demandado Leonel Antonio Mamián Figueroa y que la empresa afiliadora es la demandada Coomotor Huila y Caquetá.

Sobre el vínculo contractual que unió a la pasajera con la empresa demandada no hay ninguna duda, como tampoco sobre la calidad de guardián de la cosa que tiene el propietario del vehículo; por lo que la legitimación por pasiva está demostrada.

Los daños son jurídicamente atribuibles a las demandadas como suyos en virtud del contrato de transporte celebrado entre las partes y en razón de la calidad de guardián de la cosa y de la actividad peligrosa que ostentaban las demandadas en el momento del accidente. Luego, la imputación de los resultados lesivos a los demandados está probada.

Las demandadas son solidariamente responsables en virtud de la previsión contenida en el artículo 991 del Código de Comercio y el artículo 2344 del Código Civil.

No hay necesidad de adentrarse en las circunstancias específicas que permitirían valorar la culpa de las demandadas porque al haber tenido los daños su origen en el despliegue de una actividad peligrosa (2356 del Código Civil) y en ejecución de una obligación de resultado (art. 982-2 Código de Comercio), es irrelevante adentrarse en discusiones sobre el acatamiento o la infracción de los deberes de prudencia de los demandados. Luego, son manifiestamente impertinentes las pruebas sobre la prudencia del conductor del vehículo, como por ejemplo las destinadas a demostrar si iba o no a exceso de velocidad, si fue o no cuidadoso, si previó o dejó de prever las consecuencias de su acción, y todas las demás circunstancias dirigidas a la demostración del elemento subjetivo de la responsabilidad.

Lo único que habría permitido eximir de responsabilidad a las demandadas habría sido la culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un elemento extraño jurídicamente relevante (artículo 992-2 del Código de Comercio); y ninguna de esas situaciones se probó en el proceso.

Luego, están demostrados todos los elementos de la responsabilidad por los daños ocasionados a las personas en ejecución de un contrato de transporte.

La identificación del tipo de acción que rige el caso no tiene la aptitud de variar los extremos del litigio tal como fueron delineados por las partes en sus respectivas demanda y contestación, ni altera el objeto del litigio que ellas fijaron, ni modifica el tema de la prueba; por lo que no se incurre en ninguna extralimitación y, por el contrario, se cumple con el mandato establecido en el inciso 5° del artículo 42 del Código General del Proceso, en el sentido de *«interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto»*, respetando *«el derecho de contradicción y el principio de congruencia»* de la sentencia.

Con relación a la excepción de prescripción, se dijo líneas arriba que hay que distinguir entre *"las obligaciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte"*, es decir las que las partes pueden pactar libremente y sin restricciones o se rigen por el régimen supletivo de los contratos, como la pérdida del equipaje, los daños producidos por retrasos del vehículo, el pago del precio del servicio, etc., las cuales prescriben en dos años (artículo 993 del Código de Comercio); y la prescripción de los derechos que no surgen de la violación de las estipulaciones contractuales sino de la cláusula general de no causar daños a los bienes jurídicos ajenos, regulada por el régimen imperativo de las relaciones extracontractuales.

Se afirmó que la indemnización de los daños ocasionados a las personas en ejecución de un contrato de transporte no puede ser limitada por las estipulaciones contractuales, por lo que la prescripción aplicable a esa

relación sustancial es la decenal de la acción ordinaria prevista en el artículo 2536 del Código Civil.

Para la fecha de presentación de la demanda (25 de marzo de 2010) sólo había transcurrido un año, 9 meses y 16 días contados desde la fecha en que ocurrió el accidente (9 de junio de 2008), por lo que la acción no está prescrita. Por tal motivo se negará esta excepción.

De ese modo han quedado probados todos los elementos de la responsabilidad que se reclamó; y se han resuelto las excepciones de "fuerza mayor", "caso fortuito", "conducta involuntaria del conductor", y "prescripción de la acción" formuladas por los demandados, las cuales habrán de negarse por las razones que acaban de expresarse.

2. Excepciones de la llamada en garantía.

2.1. La excepción de *«inexistencia de prueba de la responsabilidad del asegurado»* ha quedado resuelta en el punto anterior, en el que se explicó que todos los elementos de la responsabilidad en que incurrió la entidad asegurada quedaron demostrados.

2.2. Con relación a la excepción de *«límite de responsabilidad de la aseguradora»*, formulada por la llamada en garantía, se tomará en cuenta el valor asegurado en la póliza AA010905, que fue de $300'000.000, sin que haya lugar a descontar ninguna cantidad por concepto de deducible, pues no se pactó. [Folio 39, cuaderno 2]

2.3. En cuanto a la excepción de *«no amparo de perjuicios morales, ni lucro cesante, ni de perjuicios fisiológicos, ni perjuicios de vida en relación de la póliza AA010905...»*, ninguna de esas exclusiones se consignaron en la primera página de la póliza. Por consiguiente, no hay lugar a exonerar a la aseguradora del pago de esos rubros.

En todo caso, con relación al tema, esta Corte ha explicado en anteriores oportunidades que las distintas tipologías de perjuicios en la responsabilidad civil extracontractual no tienen el mismo significado en el contexto del seguro de daños, pues lo que para aquélla son dos conceptos distintos (daño emergente y lucro cesante), en éste corresponde a un mismo rubro (daño emergente). En estricto sentido, una vez el demandado es declarado responsable, la condena a resarcir los perjuicios le representa un daño emergente, en tanto comporta una erogación que se ve conminado a efectuar y no una ganancia o lucro que está legítimamente llamado a percibir.

En palabras de esta Corte:

«Es ostensible que desde la perspectiva de los damnificados en el nivel de la responsabilidad civil, ellos son quienes sufren los daños y no quienes los causan. Mas, desde la óptica del contrato de seguro, los daños que causa el asegurado son los mismos que éste sufre en su patrimonio cuando queda obligado a pagar la indemnización.

De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio, tal como se explicó líneas arriba y fue reconocido por esta Corte en fallo reciente, en el que indicó:

> El perjuicio que experimenta el responsable es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio necesariamente se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil.
>
> En consecuencia, los daños a reparar (patrimoniales y extrapatrimoniales) constituyen un detrimento netamente patrimonial en la modalidad de daño emergente para la persona a la que les son

jurídicamente atribuibles, esto es, para quien fue condenado a su pago».[17]

2.4. Con relación a la excepción de *compensatio lucri cum damno,* por no haber demostrado los demandantes las cantidades por concepto de *"gastos médicos e incapacidades otorgadas a cargo del Soat o del Sistema General de Seguridad Social"*, no hay lugar a reducir la indemnización porque las prestaciones derivadas de los distintos regímenes no son excluyentes, pues emanan de títulos distintos y no cumplen la misma función.[18]

El seguro de responsabilidad civil tiene carácter indemnizatorio y depende de la demostración de todos los elementos de este tipo de responsabilidad. El seguro obligatorio por accidentes de tránsito y las prestaciones a cargo del Sistema de Seguridad Social cumplen una función distinta, y no dependen de que se demuestren los elementos de la responsabilidad. No hay, por tanto, ninguna razón jurídica para prohibir la acumulación de esas prestaciones, ni puede decirse que ellas constituyan un "lucro" que deba restarse de la indemnización de perjuicios a la que tienen derecho los demandantes. Se niega, por tanto, esta excepción.

2.5. Finalmente, las excepciones de *«carga de la prueba de los perjuicios sufridos/reclamados»*, *«indeterminación de los perjuicios reclamados y falta de prueba de los mismos»* y *«exceso de pretensiones — principio indemnizatorio en seguros de daños, el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento,* se resolverán de conformidad con los perjuicios que lograron demostrarse en el proceso, tal como se explica a continuación.

3. Tasación de los perjuicios.

Los demandantes solicitaron la indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que les ocasionó el accidente. Los primeros bajo la denominación de daño

[17] SC20950 del 12 de diciembre de 2017, Rad.: n° 05001-31-03-005-2008-00497-01. Reiterado en SC002 del 12 de enero de 2018. Rad.: n° 11001-31-03-027-2010-00578-01.
[18] SC del 9 de julio de 2012. Ref.: 11001-3103-006-2002-00101-01.

emergente y lucro cesante a favor de Nelcy Chala Leiva; y los segundos, por daño moral y daño en la vida en relación, para ambos actores.

3.1. Daños patrimoniales:

a) Daño emergente:

Nelcy Chala Leiva pidió el pago de *«los gastos y costos que sean necesarios en el evento de que las secuelas en el rostro requieran de cirugía plástica».*

En el proceso se probó que el accidente en el que se vio involucrada, le dejó como secuela *«deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente»,* según el dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal, lo que no fue controvertido por los demandados.

Para establecer el monto de la corrección quirúrgica de dicha deformidad, se practicó un peritaje, trabajo que no fue objetado, y, como sus fundamentos no ofrecen motivos de duda, pues se sustentó en conceptos emitidos por profesionales especializados en la materia, la Sala lo acogerá y con sustento en él tasará el daño emergente solicitado.

La primera cotización a la que hizo mención la experta fue la elaborada por el *«Centro de Especialistas 'El Nogal'»,* en la que se dijo que el monto total de la intervención era de $ 17'000.000, suma que cubría los costos clínicos, de anestesiólogo y cirujano en dos fases.

La segunda cotización fue elaborada *«con base en la cotización anterior»,* la hizo la *«Clínica Laser Facial»,* y arrojó como valor total $ 6'000.000.

De dichas apreciaciones, la del *«Centro de Especialistas 'El Nogal'»* es la más idónea y digna de crédito porque relacionó un tratamiento más minucioso a fin de corregir la deformidad alegada por la demandante, consistente en una segunda fase en la que se hará un *«retoque final por*

dermoabrasión, técnica que puede ayudar a mejorar sustancialmente la apariencia de las cicatrices», fase que no aparece especificada en la segunda cotización.

Así mismo, el primer tratamiento aludido fue entregado por la propia demandante a la auxiliar de la justicia, de lo que infiriere la Sala que el cirujano plástico que la suscribió llevó a cabo una estudio directo de la lesión, a diferencia de la otra cotización, que se hizo *«con base en la cotización anterior»*, y por lo tanto –según afirmó la perito– quien la emitió no valoró a la paciente sino que se basó en la primera cuantificación, lo que le resta credibilidad. [Folio 157, cuaderno 1]

De conformidad con lo anterior, por concepto del daño emergente, se reconocerá la suma de $ 17'000.000, suma de dinero que se actualizará a la fecha de la sentencia, así:

Valor reconocido:	$ 17'000.000
Fecha del dictamen:	22 de diciembre de 2011
Fecha de la liquidación:	julio de 2019
IPC diciembre de 2011:	76,19
IPC abril de 2019:	102,76

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

Donde,

Va	=	Valor actual
Vh	=	Valor histórico
If	=	IPC final (fecha de la liquidación)
Ii	=	IPC inicial (fecha de la erogación)

$$Va = \$17'000.000 \frac{102,76}{76,19}$$

Va = 22'928.468

Por tal concepto, la parte demandada deberá pagar $ 22'928.468.

b) Lucro cesante:

La actora solicitó el pago del dinero que dejó de recibir durante *«el tiempo que permaneció sin laborar como consecuencia del accidente»*. Sostuvo que es propietaria de un establecimiento comercial que produce mensualmente $ 1'700.000.

Con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Neiva se demostró que la demandante es la propietaria del establecimiento denominado Tienda Chala Neiva. [Folio 143, cuaderno 1]

En el dictamen pericial, la auxiliar de la justicia estableció, con sustento en el *«libro fiscal de registro de operaciones diarias»* del citado negocio, que los ingresos mensuales del mismo eran de $ 1'409.032, actualizados a octubre de 2011.

Por causa del accidente, la propietaria estuvo incapacitada por 15 días, como lo precisó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Sin embargo, de la revisión del libro en el que se sustentó la perito, cuya copia aportó, se deduce que durante tal periodo de incapacidad el establecimiento no dejó de recibir los ingresos que percibía antes del suceso, pues estos se mantuvieron constantes. [Folios 136 a 142 del cuaderno 1]

De lo anterior se concluye que el accidente, a pesar de la incapacidad de su propietaria, no generó la pérdida de una ganancia o provecho en los términos del artículo 1614 del Código Civil, pues sus ingresos se mantuvieron constantes. No se probó, por tanto, el perjuicio por lucro cesante, por lo que este rubro se negará.

3.2. Daños extrapatrimoniales:

a) Perjuicios morales.

Es esperable que la víctima directa del accidente de tránsito padeciera dolores físicos y psicológicos, angustia, tristeza e incomodidades como consecuencia de las lesiones que sufrió. Tales perjuicios se presumen y no hay necesidad de exigir su demostración, pues es lo que normalmente siente una persona que sufre lesiones en su integridad física y moral.

De igual modo, la experiencia muestra que es normal que los familiares más cercanos de la víctima sufran tristeza, angustia y desasosiego al ver sufrir a su ser querido. Por ello, no hay necesidad de exigir la prueba de los padecimientos morales sufridos por el hijo de la accidentada, pues ellos se presumen a menos que surjan en el acervo probatorio elementos de conocimiento que permitan desvirtuar la presunción judicial, lo que no ocurrió en este caso.

Estos perjuicios se tasarán en la suma de $30'000.000 para la víctima directa del accidente, según el *arbitrium iudicis* y los parámetros orientadores señalados por esta Corte, teniendo en cuenta que por muerte de un ser querido se han reconocido hasta $60'000.000, y las lesiones sufridas por la demandante fueron de mediana gravedad.

La compensación de las aflicciones que tuvo que sufrir su hijo se tasará en la suma de $20'000.000, por entenderse que su menoscabo moral no pudo tener la misma intensidad que el sufrimiento que padeció la víctima directa del accidente de tránsito.

b) Daño a la vida en relación.

Esta Corte ha sostenido que esa clase de perjuicio recae *«sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad»*, y puede tener origen *«tanto en lesiones de tipo físico,*

corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado 'en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona', sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño -material e inmaterial- de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos».[19]

La tasación de este tipo de perjuicio extrapatrimonial se encuentra confiada al arbitrio del juzgador, que debe determinar en cada caso *«las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras situaciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento».*

La Corte encuentra acreditado el perjuicio por daño a la vida en relación de Nelcy Chala Leiva –de relativa juventud, pues al momento del accidente sólo tenía 46 años de edad–, quien ha tenido que sobrellevar y padecer las marcas que el accidente dejó en su rostro, afectando su apariencia estética y su autoestima, lo que tuvo que haber incidido negativamente en sus relacionarse sociales y familiares.

Por tal factor, se reconocerá la suma de $40.000.000 para la víctima directa del accidente.

No hay prueba de que el hijo de la demandante haya sufrido una merma significativa en su vida en relación; y no es posible presumirla porque no es evidente la correlación que pueda existir entre la afectación de la apariencia estética de su madre y el desenvolvimiento de su hijo en el entorno social, familiar y profesional. Se negará, por tanto, este rubro al demandante Fredy Chala Leyva.

---

[19] (CSJ SC. 20 enero de 2009, rad. 000125; reiterada en CSJ. SC. 6 de mayo de 2016. Rad. 2004-00032-01)

4. El llamamiento en garantía.

La aseguradora está llamada a responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes, en razón del vínculo contractual que se deduce de la Póliza de Responsabilidad Civil AA010905, expedida el 31 de mayo de 2008, con vigencia desde el 1 de junio de 2008 hasta el 1 de junio de 2009, que amparó gastos por incapacidad total o permanente hasta $300'000.000, y gastos médicos por la misma cantidad, sin descuento por deducible. [Folio 39, cuaderno 2]

El documento visible a folio 40 del cuaderno 2 –según el cual se disminuyó esa cobertura a $30'000.000– carece de todo valor probatorio, pues no tiene fecha de suscripción ni está firmado por el tomador.

Al ser un documento privado que no está suscrito por una de las partes, no es posible darle ningún valor probatorio (artículo 279 del Código de Procedimiento Civil y 260 del Código General del Proceso), dado que no alcanzó a constituir la relación jurídico-sustancial que con él pretendió demostrar la llamada en garantía. Fue, simplemente, un documento elaborado por ella misma que no compromete ni obliga a quien no lo suscribió. Mucho menos es posible darle el alcance probatorio previsto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil (262 del Código General del Proceso) porque no se trata de un documento declarativo emanado de un tercero.

5. Por las razones consignadas, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se harán las declaraciones y condenas mencionadas en el cuerpo de esta providencia de remplazo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando en sede de segunda instancia,

RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Florencia – Caquetá el 14 de marzo de 2013.

Segundo. Declarar que la Cooperativa de Motoristas del Huila Coomotor Ltda. y Leonel Antonio Mamian Figueroa son responsables solidariamente por los daños sufridos por los demandantes con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 9 de junio de 2008.

Tercero. Condenar a la Cooperativa de Motoristas del Huila Coomotor Ltda. y a Leonel Antonio Mamian Figueroa, en forma solidaria, a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Para Nelcy Chala Leiva:

Por daño emergente:	$ 22'928.468
Por daño moral:	$ 30'000.000
Por daño a la vida en relación:	$ 40'000.000
Total:	$ 92'928.468

- Para Jhon Freddy Chala Leiva:

Por daño moral:	$ 20'000.000

Cuarto. Condenar a La Equidad Seguros Generales a pagar solidariamente a los demandantes las anteriores sumas de dinero.

Quinto. Se niegan las demás pretensiones.

Sexto. Condenar a los demandados al pago de las costas de ambas instancias. Las de primera, deberán ser liquidadas por el juzgado de conocimiento. Las de segunda instancia se

liquidarán por la Secretaría de la Sala Civil de esta Corte, incluyendo como agencias en derecho la suma de seis salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo establecido en la Tarifa de Agencias en Derecho (Acuerdo n° PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016).

Sin costas en casación, ante la prosperidad del recurso extraordinario.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
(Presidente de la Sala)
Con aclaración de voto

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Salvo voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA Salvo voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Salvo parcialmente voto

Radicación n.° 18001-31-03-001-2010-00053-01

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa, me permito exponer a continuación *(i)* las razones de mi disenso frente a los pilares argumentativos principales del fallo de la referencia, y *(ii)* algunas reflexiones adicionales, que buscan clarificar la opinión del suscrito respecto de la manera en que debieron ser despachados los cargos de la demanda de casación:

1. Motivos de disenso frente a los pilares argumentativos de la decisión.

Inicialmente, estimo necesario resaltar que el fallo con el que se puso fin a la segunda instancia contraría los medios de convicción recaudados, las disposiciones sustanciales que disciplinan la responsabilidad civil (contractual o extracontractual), y los postulados constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Por ello, considero que la intervención de la Sala era, en esta ocasión, ineludible.

Sin embargo, la –necesaria– mediación de la Corte, como tribunal de casación, se edificó a partir de varios argumentos que no comparto, y obvió otros debates (primordialmente

formales) que, potencialmente, podrían dificultar la resolución de fondo del litigio –al menos en la forma en que se hizo–. En efecto:

(i) Las censuras propuestas por los casacionistas no eran idóneas, como quiera que allí no se mencionaron las normas de derecho sustancial que, en forma indirecta, aquellos estimaron quebrantadas por el tribunal. Además, el único cargo propuesto (al amparo de la causal segunda) olvidó que, a juicio del *ad quem*, en la demanda se reclamó la responsabilidad extracontractual de la convocada, lo que sugería que, frente al señor Jhon Fredy Chala Leyva (ajeno al contrato de transporte) la interpretación de la demanda era adecuada, no así su subsunción en las normas pertinentes.

(ii) En algunos apartes del numeral 1 de la motivación del fallo de casación, se sugiere que el declarante «*no puede sacar ventaja de su propia afirmación*», lo que indicaría que se tomó partido por la tesis que le resta vigor demostrativo a la declaración de parte; esto a pesar de que el punto no resultaba trascendente en este juicio, y por lo mismo, no fue objeto de discusión, lo que era necesario para arribar a un adecuado consenso sobre el particular.

(iii) A folio 20 de la providencia se afirmó que «*como el argumento del recurrente en casación consistió en que el juzgador no identificó el tipo de acción que rige el caso* (...) *entonces ese razonamiento riñe con la exigencia de que invoque la norma sustancial infringida* (...)». Ello, a mi modo de ver, pretermite una de las exigencias formales del recurso (la prevista en el parágrafo 1° del artículo 344 del Código General del Proceso), y obvia la existencia de

una de las modalidades de infracción de la ley sustancial: la falta de aplicación.

(iv) La caracterización de los distintos regímenes de responsabilidad civil que se desarrolla en el numeral 3 del fallo, involucra un ejercicio de historiografía que sin duda tiene innegable valor en ese campo, pero que impone a la Sala, sin ser indispensable, tomar partido por teorías deconstructivas del sistema de fuentes del derecho, temática frente a la cual la diversidad conceptual aun no ha sido zanjada definitivamente; por esa razón, tales afirmaciones deben significar, exclusivamente, una relación del estado del arte actual, pero no una conclusión excluyente.

(v) En el numeral 4 se expresan algunas ideas relacionadas con la presunta inexistencia de vasos comunicantes esenciales entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; tesis que no comparto, pues si bien reconozco la importancia del sistema diferenciado que ha acogido sólidamente el precedente de la Sala, no puedo pasar por alto las evidentes similitudes en algunos aspectos de ambos tipos de responsabilidad reseñados.

(vi) En algunos apartes del mismo acápite se señala que la responsabilidad por actividades peligrosas «*prescinde por completo del juicio de reproche subjetivo*». Esto desconoce que, salvo en los eventos de responsabilidad objetiva, resulta necesario que exista un comportamiento (mediato o inmediato) del responsable, que debe ser calificado para establecer si fue conscientemente encaminado a causar daño, o si proviene de la imprudencia, la negligencia, la impericia, la

violación de reglamentos, entre otros supuestos que viabilizan el reproche al proceder del agente.

Considero respetuosamente que la culpa no puede relegarse del análisis de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, y que, por lo mismo, la diligencia y cuidado exigibles a quien las desarrolla (por supuesto, superiores a los ordinarios) no deben ser excluidas como causales de exoneración, pues el legislador no lo dispuso expresamente, como sí lo hizo al regular la responsabilidad por el hecho del animal fiero del que no se reporta utilidad, o en materia de productos defectuosos (conforme lo explicó la Sala en CSJ SC, 30 abr. 2009, rad. 1999-00629-01).

(vii) No participo de la afirmación según la cual la prohibición de opción «*pone al usuario del servicio de justicia en una situación de elección trágica*», ni considero tampoco que «*la prohibición de escoger entre un régimen y otro* [de responsabilidad civil] *está dirigida al juez y no a las partes*». Lo anterior en tanto que la parte litigante y el profesional que elige para gestionar sus derechos, no pueden quedar desprovistos de la posibilidad de diseñar y elegir, libremente, los cauces de su reclamación.

Es necesario reconocer en los ciudadanos la suficiente libertad para accionar en la forma en que lo estimen pertinente, siendo inviable suponer que esa decisión es irreflexiva o desinformada. Inferir tal cosa obvia importantes aristas de la discusión, e impide que las personas asuman con responsabilidad sus cargas, al poner sobre el Estado el deber (y el poder) de reconfigurar en forma omnímoda las expresiones de voluntad de sus ciudadanos.

Por lo anterior, me aparto de lo expresado en los numerales 5 y 6 del fallo mayoritario.

(viii) Estimo inviable asimilar, como se hizo en el numeral 7 del fallo, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas con la que deriva del incumplimiento del contrato de transporte, mixtura que solo resulta comprensible en el contexto restringido de esta providencia, pero que no armoniza con el precedente de la Sala, que reconoce la posibilidad de que el incumplimiento del transportador genere daños en las esferas negocial (frente al pasajero) y extranegocial (frente a los demás afectados).

Por ese mismo sendero, era inconveniente, además de absolutamente innecesario, sugerir que la obligación de reparación de daños causados en la ejecución de un contrato de transporte prescribe en 10 años, conforme la regla general que gobierna las acciones ordinarias (incluyendo la de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas), perdiendo de vista la existencia de la comentada relación contractual, y –sobre todo– la pauta especial que consagra el artículo 993 del Código de Comercio.

2. Razones por las que acompaño la decisión adoptada mayoritariamente.

Aunque, como viene de verse, no comparto el grueso de los razonamientos sobre los cuales la Sala mayoritaria construyó su fallo, considero adecuado haber casado la sentencia del tribunal, para acoger (parcialmente) las súplicas resarcitorias de los actores.

Lo anterior en tanto que:

(i) Es evidente que los falladores tienen el deber de interpretar la demanda, cuando ello es procedente, para desentrañar sus verdaderos alcances, y puntualmente –en lo que interesa para este juicio– la tipología de la responsabilidad invocada (aspecto de suyo complejo), sin que, por supuesto, en esa empresa el juez pueda sustituir la voluntad inequívoca del convocante.

Sobre esta temática, y en el contexto de un juicio muy similar a este, la Sala reconoció que

> «*En lo atañedero a la responsabilidad civil en general (...), conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.*
>
> *En ocasiones, sin embargo, la determinación exacta del tipo de responsabilidad suscita algún grado de dificultad. Por esta virtud, "la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (...), ni las críticas (...) y futuro de la distinción (...), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección 'no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende*

cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante' (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405)" (cas. civ. sentencia de 4 de mayo de 2009, exp. 05001-3103-002-2002-00099-01).

La Sala, en situaciones como las reseñadas, acentúa el deber legal del juzgador de interpretar la demanda para ubicar con exactitud la responsabilidad civil, particularmente en casos de confusión, duda o anfibología sobre su naturaleza contractual o extracontractual. A este respecto, "'cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia' (CLXXXVIII, 139), para 'no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal' (CCXXXIV, 234), 'el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos', realizando 'un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos', 'mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral' (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), 'siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho', bastando 'que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda' (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)" (cas. civ. sentencias de 6

de mayo de 2009, Exp. N° 11001-3103-032-2002-00083-01; 3 de noviembre de 2010, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01), "de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso" (cas. civ. sentencia de 11 de julio de 2000, exp. 6015).

Aplicada la citada doctrina jurisprudencial, del análisis lógico, sistemático, integral, fundado y razonable de la demanda no obstante calificar de contractual la responsabilidad civil, a simple vista refulge el reclamo por los demandantes de la reparación de sus propios daños, esto es, actúan iure proprio, piden para sí y por sí perjuicios personales por la muerte de la víctima directa (pretensiones declarativas y de condena, hechos primero a noveno, estimativo de perjuicios materiales (fls. 34-37, cdno. 1).

Justamente, la conjugación de esas circunstancias, y la interpretación de la demanda, patentiza que la responsabilidad suplicada por los demandantes mediante el ejercicio de la acción iure proprio, "es extracontractual", por tratarse de terceros ajenos al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños "con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual" (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415)» (CSJ SC, 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01).

(ii) De haber desarrollado esa tarea interpretativa en forma adecuada, el tribunal habría debido concluir, necesariamente, que en el mismo libelo los actores integraron reclamos fincados en distintas tipologías de responsabilidad, aunque derivados del mismo evento: la pasajera pidió que se le indemnizaran los daños derivados del incumplimiento del contrato de transporte celebrado con Coomotor Ltda. (responsabilidad negocial), al paso que su hijo, Jhon Fredy Chala Leyva, deprecó la reparación del daño extrapatrimonial originado en el sufrimiento de su progenitora (responsabilidad extracontractual).

Esa acumulación, además de viable, armoniza con el principio de economía procesal, que persigue, precisamente, optimizar los recursos de la jurisdicción para dirimir conflictos. Y en esta oportunidad, como el hecho dañoso –no el perjuicio– era el mismo (las lesiones sufridas por la pasajera Chala Leyva), parece adecuado que tanto sus súplicas resarcitorias, como las de su hijo, se ventilaran simultáneamente. Además, como los dos reclamos son distintos, el hecho de que se fincaran en diversos institutos de responsabilidad no trasgrede la prohibición de opción.

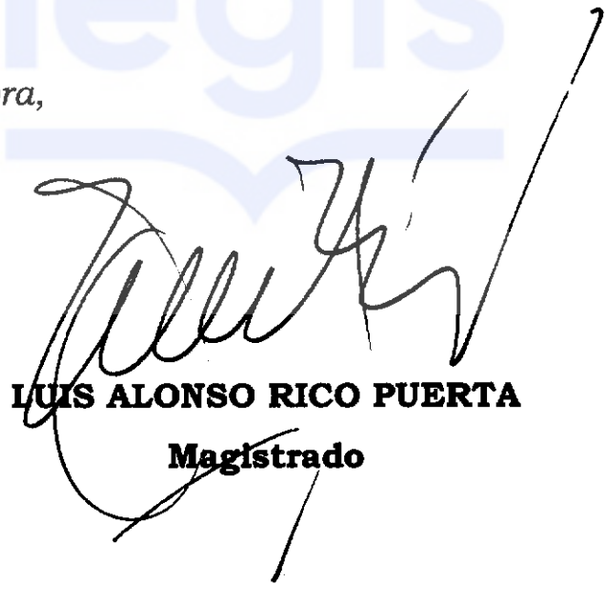
(iii) En ese escenario, y dado el evento que constituye el antecedente causal del daño no estaba en discusión, ni se probó ninguna de las eximentes de responsabilidad previstas por el legislador mercantil, era ineludible acceder a las pretensiones de ambos demandantes, imponiendo las condenas correspondientes, de conformidad con lo probado a lo largo del juicio.

Así, como la colegiatura de segunda instancia obró en contravía de su deber de interpretar la demanda y ofrecer una adecuada solución al conflicto sometido a su escrutinio (privilegiando una lectura formalista y, además, improcedente del litigio), también era forzosa la intervención de la Sala de Casación Civil, en ejercicio de sus deberes de «*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida*» (artículo 333, Código General del Proceso).

Pero como las deficiencias formales de la demanda de casación entorpecían esa labor, debió hacerse explícita la decisión de la Corte de casar de oficio ese fallo, conforme lo autoriza el inciso final del artículo 336 *ejusdem*. Dicha intervención, además de útil, resultaba plenamente justificada en este caso, dada la trasgresión evidente del derecho al acceso a la justicia de los señores Chala Leiva, derivada del actuar ya explicado de los jueces de segunda instancia.

En los anteriores términos dejo fundamentada mi aclaración de voto frente a lo aquí resuelto, con comedida reiteración de mi respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,



LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Radicación n° 18001-31-03-001-2010-00053-01

Aunque estoy de acuerdo con la decisión tomada en el sentido de que prospera el ataque de los censores, para dar paso a casar el fallo del *ad quem*, considero necesario hacer claridad sobre algunos aspectos de la providencia que, en mi sentir, no se abordaron de forma adecuada.

a. En punto del único embate propuesto, los recurrentes invocaron la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho; sin embargo, no señalaron, como era su deber, las normas infringidas que tuvieran esa calidad, ya porque se dejaron de emplear, ora porque se aplicaron indebidamente, o en razón a que se concibieron de forma incorrecta. De suerte que el cierre de la vía extraordinaria era inminente, en la medida en que no se cumplía con uno de los requisitos de la demanda (art. 374, num. 3°, C.P.C.).

No obstante, la sentencia señaló que al haberse alegado en la impugnación que «*no es su carga procesal, ni su obligación, ni su deber, acertar en la calificación de la*

acción sustancial que rige la controversia, pues ello es una obligación exclusiva del juez», los censores «*en razón de la particular acusación que ha[n] planteado no era necesario que invocara[n] la norma sustancial que infringió el sentenciador*»; premisa de la que me aparto, como quiera que el asunto se torna pacífico si en cuenta se tiene que el Tribunal no aplicó las reglas que estaban llamadas a gobernar y dirimir la controversia, luego, aplicó otras. Eso es elemental. De allí que era indispensable indicar cuáles fueron los preceptos sustanciales que por una indebida interpretación de la demanda se aplicaron mal y/o fueron olvidados.

Tampoco es admisible asegurar, como se hizo, que la «*incongruencia*» se asemeja a «*la equivocada calificación del tipo de acción que rige el caso*» y que, por lo tanto, no era necesario «*señalar las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas*», pues esos dos eventos no son equiparables, en tanto el primero es un error de procedimiento o actividad y el último de enjuiciamiento. En otras palabras, es comprensible que, tras alegarse que la sentencia es inconsonante, no se invoque como conculcada una norma sustancial, ya que la que se irrespeta es de linaje adjetivo. Lo que no ocurre cuando se reprocha la labor del juez por no subsumir adecuadamente las reglas sustanciales al caso, dado el entendimiento equivocado que tuvo del escrito introductorio, pues, allí lo que acontece es un desatino en la construcción intelectual que aquél realizó al confrontar el elemento normativo con el fáctico.

A pesar de lo anterior, estoy a favor de que dicho error formal se haya superado, en la medida en que la Corte, dada la evidente vulneración de los derechos iusfundamentales de los opugnadores al acceso a la administración de justicia y debido proceso, estaba llamada a casar de oficio el proveído, con sustento en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el 7° de la Ley 1285 de 2009.

b. Asimismo, no acompaño que se haya aseverado que «*el significado del inciso final del artículo 191 del Código General del Proceso*» corresponde a que «*la simple declaración de parte no es un medio de prueba, pues los hechos operativos que de ella se extraen jamás hacen prueba a favor de quien los refiere*», por cuanto tal afirmación contradice el querer del legislador, ya que, del tenor literal del artículo 165 de la misma obra, se lee sin reparos que «*[s]on medios de prueba la declaración de parte (…)*».

Quiere decir que en la actualidad lo relatado por el demandante o el demandado, en el interrogatorio que se les practique, puede ser contemplado a su favor o en su contra, esto es, como elemento de convicción de los presupuestos de sus pretensiones o de las excepciones; sin que ello simbolice que sus dichos no deban ser confrontados con lo revelado por las demás pruebas, así como con las reglas de la sana crítica.

Lo expuesto sugiere interiorizar, entones, cómo la novel ley procesal dejó atrás el aforismo por el que se aseguraba que «*a nadie le es lícito constituirse su propia prueba*», en tanto, ahora, le es permitido, ya que es indiscutible que los sujetos protagonistas del conflicto son los que mayor conocimiento tienen de los hechos que importan al proceso, de modo que están llamados a transmitirlos al juez, en beneficio de una correcta y célere administración de justicia; juez que, por no ser ya «*boca de la ley*», al decir de la ideología decimonónica que encarnó la tarifa legal, sino pleno valorador racional de las pruebas, en virtud de la concepción moderna de *juzgador-pensador-razonador* que se afinca en el «*sistema de valoración racional*», debe evaluar cada medio y exponer motivadamente la credibilidad que le da, aún en tratándose del testimonio de parte al que aludía Mauro Cappelletti (*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. 2 tomos. Traducción castellana de Tomás A. Banzhaf. Librería Editorial Platense. 2002*).

Es que ese apotegma "*nadie puede constituir su propia prueba*" era propio del régimen vetusto y medieval de prueba tasada, como lo era la limitación de medios de prueba a los expresamente consagrados en la ley, como también lo era que cada prueba «*valía*» según el «*valor*» que anticipadamente señalaba el legislador para que el juez no valorara sino que «*contara*» los medios obrantes; todo lo cual contrasta con el esquema moderno de apreciación racional en que cada parte puede aportar sus pruebas, los medios son todos los que traigan convicción al juez, el valor que

tienen no es el indicado en la *norma fría* sino el que racionalmente advierte el fallador, y este está obligado a «*pensar*» contemplando las pruebas con las únicas limitaciones de la racionalidad y la proporcionalidad.

c. Del mismo modo, la sentencia de la Corte construyó una teoría respetable pero innecesaria. En efecto, se indicó que en «*la responsabilidad por (...) daños causados a los pasajeros de un vehículo automotor*» existía un «*instituto jurídico particular*», porque al concurrir los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual como posibles vías con las que se imputaría el deber de resarcimiento a los demandados, «*el caso concreto plantea características que desbordan a uno y otro régimen*» y ello engendraba uno propio.

Sin embargo, el asunto no tenía la complejidad que se anunció, pues era sencillo concluir que el dislate del Tribunal debía ser corregido con apego a las fuentes de las obligaciones. Perspectiva que comulga con la inveterada posición de la Corte, soportada en la codificación civil y comercial.

Y es que fue olvidado que la «*prohibición de opción*», esto es, la imposibilidad de escoger las pautas de la responsabilidad civil que más se acomode a los intereses de las partes, obedece a que se ha entendido cómo, siempre que exista una relación negocial, las consecuencias dañinas

provocadas por su incumplimiento deberán repararse con fundamento en las reglas de la «*responsabilidad contractual*». De ahí que se acudirá al régimen extracontractual, cuando el perjuicio no sea producto de una convención transgredida (*non cumul*).

Ahora, que en ocasiones los contratantes no regulen los límites o extensión del daño, de presentarse el incumplimiento negocial, o que la ley prohíba su acuerdo, como ocurre para el «*contrato de transporte*», respecto de «*la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades*» (Art. 992, inc. Final, Código de Comercio) y que por ello haya que acudir a las reglas comunes, no cambia el panorama, pues la naturaleza jurídica de ese instituto no se pierde, en tanto siguen presentes categorías propias, como lo son, entre otros, la prescripción o la culpa.

De allí que no era importante destacar que la pasajera lesionada podía subsumir, al tiempo, su ofensa en las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual por actividades peligrosas, ya que el último régimen quedaba totalmente descartado al existir un contrato de transporte entre ella y los demandados. Lo mismo ocurría con respecto a su hijo, pues, en ese caso, al no presenciarse ningún acuerdo con los victimarios, era apacible que los criterios de la ley aquiliana le eran aplicables.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia cuando al respecto, en CSJ SC 16 dic. 2010, rad. 2004-00270-01, se dijo que

> *(...) habiéndose definido ya que la acción intentada es de responsabilidad civil extracontractual, deviene como conclusión indefectible la improcedencia de la misma en frente de la empresa transportadora, pues mediando entre ella y la víctima un contrato de transporte en cuya ejecución, se reitera, se provocaron las lesiones corporales y psicológicas así como los daños patrimoniales cuyo resarcimiento aquí persigue el actor, la única vía que él, como pasajero lesionado, tenía a su disposición para conseguir que se le indemnizaran los daños causados, era la de ejercer una acción de responsabilidad civil contractual, tal y como lo tiene precisado la doctrina de la Corte desde antaño.*
>
> *Ciertamente, la Corporación ha puntualizado al respecto que el señalado "criterio ha sido recogido por la legislación mercantil cuando prescribe que en los contratos de transporte de personas el transportador se obliga para con otra persona (generalmente el mismo pasajero, pero bien puede ser un tercero) 'a conducir a las personas ... sanas y salvas al lugar o sitio convenido' (art. 982 C. Co.), cuyo incumplimiento genera una responsabilidad fundada en el contrato por (salvo las limitaciones y exoneraciones legales) 'todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este' (...), que estando con vida, deba hacer efectiva el mismo contratante mediante acciones provenientes del contrato (art. 993 C. Co.) (...)" (Cas. Civ., sentencia 049 de 19 de abril de 1993), lo que ha sido reiterado por la Sala al precisar que es "suficientemente conocido en virtud de la claridad que al respecto ha hecho la jurisprudencia de la Corte, que la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual, (...)" (Cas. Civ., sentencia de casación de 31 de octubre de 2001; y sentencia sustitutiva de 26 de junio de 2003, Exp. 5906)* -se resalta-.

Porque como en otra ocasión se explicó,

> *(...) la prohibición de opción se justifica* ***únicamente*** *para diferenciar los casos de responsabilidad extracontractual de la contractual, no por la mención que de una u otra se haya hecho en las "razones de derecho" señaladas en la demanda, sino porque* ***el sustrato fáctico que dio origen a la controversia es****, en uno u otro caso,* ***un vínculo jurídico preexistente o una***

violación al deber de no dañar al otro, *de manera excluyente* -subrayas y negrilla fuera del texto original- (CSJ SC13630-2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez).

De modo que advertida la deficiente interpretación del libelo inicial por parte del Tribunal, así como casada la sentencia que este profirió, la Sala estaba llamada a condenar a los demandados al pago de los perjuicios ocasionados a Nelcy Chala Leyva, con motivo del incumplimiento del contrato de transporte, pues no se le llevó sana y salva a su lugar de destino. Y, con relación a Jhon Fredy Chala Leyva, debió repararse su sufrimiento, pero por la senda de la responsabilidad civil extracontractual, habida cuenta que la lesión no estuvo atada a ningún vínculo negocial.

En esos términos dejo sentada mi postura.

Fecha *ut supra,*

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado