

**LA DETERMINACIÓN CONTRACTUAL O EXTRACONTRACUAL DEL DAÑO Y
EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE ACUMULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL
COLOMBIANO**

JESSICA CABRERA CANO

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

**LA DETERMINACIÓN CONTRACTUAL O EXTRACONTRACUAL DEL DAÑO Y
EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE ACUMULACIÓN EN EL PROCESO CIVIL
COLOMBIANO**

JESSICA CABRERA CANO

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado.

**Director
Francisco Javier Gil Gómez
Abogado**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

Nota de aceptación

Firma
Nombre
Presidente del jurado

Firma
Nombre
Jurado

Firma
Nombre
Jurado

Medellín, 12 de Noviembre de 2009

DEDICATORIA

*Al ser eterno en quien yace
toda sabiduría*

A mis padres

A mis maestros y amigos

CONTENIDO

	Pág.
1. PROPEDEÚTICA	9
2. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA DISTINCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES Y EL PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN: EL CASO COLOMBIANO	16
2.1 EL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	30
2.2 EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN	35
3. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DIFERENCIACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES	44
3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y LEGITIMACIÓN PROCESAL	44
3.2 CARGA DEL PRETENSOR-ACTO DE PARTE	48
4. LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL Y DISPOSITIVO POR VÍA DE LA OPCIÓN ENTRE LAS RESPONSABILIDADES Y LA DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR	57
5. EL CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA PROCESAL Y DISPOSITIVO DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL	61
5.1 EL ACTO DE PARTE COMO LÍMITE MATERIAL Y FORMAL DE LA CONGRUENCIA PROCESAL	67
5.2 EL ACTO DEL OFICIO JUDICIAL COMO MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO	74

6. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LA VÍCTIMA O EL JUZGADOR	76
6.1 LA AFIRMACIÓN DEL ORIGEN DEL DAÑO COMO TÍPICO ACTO DE PARTE, NO SUSCEPTIBLE DE SER ELABORADO POR EL JUZGADOR	83
6.2 MEDIOS PROCEDIMENTALES QUE LE PERMITEN AL JUZGADOR INSTAR LA ACTUACIÓN DE LA PARTE, COMO ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL PARA LA VÍCTIMA PRETENSORA	85
7. CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFIA	92

RESUMEN

Se ha discutido ampliamente si existe o no diferencia entre la denominada responsabilidad civil contractual y la extracontractual, pese a ello, en la actualidad en el derecho colombiano, debido al distinto tratamiento legal de ambas responsabilidades, la jurisprudencia ha erigido el principio de prohibición de acumulación, es decir, la imposibilidad de optar indistintamente entre los principios de una y otra responsabilidad para discutir un mismo daño entre las mismas partes.

Pese a la clara e imperativa formulación del principio, no es claro lo que ocurre en aquellos casos en los cuales el pretensor omite o erra al calificar la clase de responsabilidad por la cual pretende su indemnización.

Frente a dicha situación, se ha considerado que la víctima pierde la indemnización por su omisión o error, aún cuando aparezcan probados los elementos de la responsabilidad, ante lo absurdo de esta alternativa, se ha considerado por parte de algún sector de la doctrina que es el juez el llamado a escoger la responsabilidad correcta, aún cuando el demandante haya guardado silencio o se haya equivocado.

Si se analiza a fondo ésta última alternativa, encontramos que resulta violatoria a los principios de congruencia procesal y dispositivo, porque los actos de proyección del litigio, entre ellos el origen y causa del daño, son actos reservados para la parte y nunca para el oficio judicial. Incluso, en los casos en donde el juez en sentencia establece una responsabilidad no afirmada o distinta a la pretendida, viola los principios procesales antedichos y eventualmente resulta optando entre las reglas de sendas responsabilidades, haciendo a responsables contractuales

responder por vía extracontractual, y a responsables extracontractuales respondiendo por vía contractual, situación errada y que por lo tanto requiere de un análisis profundo y ajustado a los mandatos constitucionales relativos al debido proceso.

A la luz de lo expuesto, y teniendo en cuenta la necesidad de obtener una solución constitucionalmente adecuada, que impida dejar a la víctima sin indemnización por ésta omisión formal o permitir que el juez desconozca el principio dispositivo y realice actos reservados para la parte, desconociendo su papel dentro del Estado Constitucional y la función instrumental que cumple el proceso como medio para hacer efectivo el derecho sustancial, es necesario hacer uso de los medios procedimentales que le permiten al pretensor acceder eficazmente a la jurisdicción e impedir que sea el juez quien resuelva el litigio, previa proyección del mismo por parte suya, tales como la inadmisión, la sustitución, la reforma a la demanda, el traslado de las excepciones, la fijación del litigio en la audiencia del artículo 10 y la acumulación de pretensiones reguladas íntegramente en el C. de P.C.

PALABRAS CLAVES: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL; DIFERENCIAS; ACUMULACIÓN; FUNCIÓN JUDICIAL; OMISIÓN DEL PRETENSOR; INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

1. PROPEDÉUTICA

Este escrito pretende analizar una problemática práctica que diariamente se presenta en Tribunales y Juzgados, y que como todo tema jurídico, requiere ser analizado desde las diversas ópticas de las dogmáticas que en él intervienen, en este caso, la procesal y la relativa a la responsabilidad civil. Si bien es cierto que la primera de ellas –la procesal- se presenta como una rama autónoma, formal e independiente, tiene un claro fin instrumental plasmado expresamente en la Constitución Nacional, cual es hacer efectivos los derechos sustanciales de los justiciables; también lo es que la segunda de ellas –la responsabilidad civil- se presenta como un modo particular de reparación de daños, en términos de justa retribución e indemnización.

Sendas dogmáticas presentan principios, reglas e instituciones propias, por lo que resulta conveniente, analizar el problema que se plantea en este escrito, respecto a cada una de ellas y descomponer los problemas jurídicos que a cada una de ellas incumbe y pertenece, distinguiendo entonces, entre los problemas atinentes a la dogmática civil y los que se refieren exclusivamente a la procesal. Tal y como explicaremos, mientras el origen del daño, su clasificación y elementos es un escollo perteneciente a la órbita de la responsabilidad civil, la afirmación de este como hecho y/o como fundamento típico de la pretensión, la titularidad en su afirmación y la proyección del litigio, es un tema enteramente perteneciente a la dogmática procesal civil, por lo tanto se trata de problemáticas diferenciadas y que deben ser resueltas con los principios y reglas que gobiernan sendos ordenamientos, de una manera que a su vez, resulte ajustada a la Constitución Política, en cuanto norma superior de validez.

Principiamos por decir que la responsabilidad al ser una consecuencia jurídica predicable de la comisión de un hecho ilícito, que obliga a quien se le imputa, la obligación de reparar los daños que cause y se muestra como una de las instituciones jurídicas de mayor trascendencia social y pública, en cuanto siendo un sistema de reparación de daños, cumple una función preventivo general o disuasiva, que indica que a futuro todo aquel que cause un daño antijurídicamente se verá obligado a su indemnización.

Es por ello, que la doctrina especializada ha establecido al daño como elemento esencial y aún determinante en sede de responsabilidad civil, ya que, si bien se establece que se requiere de la conducta, y del nexo de causalidad junto con el daño, lo cierto es que de existir los dos primeros y faltar el último, no habrá lugar a responsabilidad alguna. Así las cosas, el daño se constituye en un elemento determinante no sólo para efectos de la existencia de la responsabilidad, sino también para la determinación de las normas aplicables, los montos a indemnizar, etc. En razón de ello, se suele distinguir el daño, por razón de su origen, es decir, si deviene del incumplimiento de las obligaciones del contrato, caso en el cual la responsabilidad será contractual, o si lo hace de la violación al deber general de prudencia, caso en el cual la responsabilidad será extracontractual.

A partir de la clasificación contractual o extracontractual del daño, se obtienen múltiples efectos, porque lo que, al afirmar que un daño corresponde a una u otra responsabilidad no se trata simplemente de un tema nominativo o de designación irrelevante, sino que incide directamente en las normas aplicables, en el quantum de la prescripción, e incluso de la extensión del monto indemnizable y otros aspectos. He aquí la razón por la cual, se viene discutiendo si existe diferencia alguna entre la denominada responsabilidad contractual y la extracontractual, de tal manera que se trate de regímenes diferenciados e irreconciliables o si por el contrario, se trata de un único régimen con reglas particulares, según si la víctima

se encontraba o no vinculada previamente al responsable mediante un contrato¹. En razón del desarrollo dado a la discusión en comento en el ámbito nacional, han surgido los siguientes interrogantes:

¿En qué consiste la distinción contractual o extracontractual de la responsabilidad? ¿Tiene dicha distinción algún efecto legal? ¿Puede el pretensor invocar indistintamente una u otra responsabilidad, según le resulte conveniente? ¿Cómo incide dicha distinción a la hora de establecer la responsabilidad por vía del proceso civil? ¿Qué ocurre en aquellos casos en que pese a estar probados la totalidad de los elementos de la responsabilidad civil, el pretensor omite o erra en calificar el origen contractual o extracontractual de su daño?, ¿es ello suficiente para absolver a quien antijurídicamente ha causado un daño proscrito por el ordenamiento?, ¿debe entonces el oficio judicial, asumir actos de parte, y proyectar adecuadamente el litigio?, ¿resulta ésta última posibilidad adecuada al derecho procesal constitucional? ¿existe alguna alternativa procedimental y sustancial para dicha problemática? ¿Cuáles son las implicaciones procesales y sustanciales que se derivan de tomar una u otra posición? ¿absolver al responsable, por la carencia de un requisito formal de la pretensión resulta violatorio al derecho de la víctima a ser indemnizada, consagrado directamente en el preámbulo constitucional?

Interrogantes como los que se acaban de anunciar, provocan en el ámbito forense, cierta confusión, en cuanto al verdadero papel que cumple el derecho procesal en los estados proclamados constitucionales y la incidencia de los principios propios de éste, como dogmática independiente, autónoma y formal, pero en todo caso instrumental respecto a los derechos sustanciales.

¹ MAZEUD, Henry, LEON Y, Jean. Lecciones de Derecho civil. La Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1960. p. 28

Por lo que nos preguntamos y enfocamos nuestro escrito, en lo que ocurre, frente a aquellos casos en los cuales, el pretensor omite calificar expresamente el origen contractual o extracontractual de su daño o erra al establecerlo, dando lugar a pensar en la posibilidad de absolver al responsable en virtud de la falencia del pretensor, por un lado, o a conscientemente guardar silencio o errar en la denominación del origen de la responsabilidad, o incluso a narrar hechos indistintamente a la hora de demandar, por el otro lado, para dejarle la determinación acerca del origen del daño al juzgador, quien se ve avocado a determinar la responsabilidad correcta mediante sentencia o a optar por principios de uno u otro régimen, violando así el principio de no acumulación de las responsabilidades.

Desde ya, pretendemos llamar la atención del lector frente a los siguientes aspectos, derivados de la situación planteada.

- Cuando el demandante no indica o establece una responsabilidad distinta a la correcta, y el juez en sentencia, decide aplicar indistintamente principios de las diversas responsabilidades, eventualmente viola el principio de prohibición de acumulación de responsabilidades.
- Variar en sentencia la discusión que se dio durante todo el proceso, especialmente durante la etapa de fijación del litigio, eventualmente daría lugar a la violación al debido proceso, ya que, ni siquiera mediante el recurso de alzada es posible introducir nuevos argumentos al litigio que se procesa.
- En virtud del principio de utilidad, no existe explicación alguna razonable para pensar que el juez debe ignorar y evadir las distintas alternativas procedimentales que se le presentan al pretensor para efectos de garantizar sus derechos sustanciales, y en lugar de ello, tomar su posición

en el litigio y proyectar “correctamente” la misma discusión que decidirá como tercero imparcial.

- No indicar o errar en el origen del daño que se alega, no es un tema que implique desconocer el principio *iura novit curia*², sino que implica la ausencia de un hecho fundante de la pretensión. Recordemos que en sede procesal, el término hecho, no se entiende como el sustrato material sino como la afirmación que de realizan las partes frente a la ocurrencia de un hecho, luego, cuando el juez determina el origen del daño *motuo proprio* en sentencia, está introduciendo a la litis un nuevo hecho no discutido por las partes y en una etapa que no admite la introducción de debate alguno.

Ante lo anunciado, resulta adecuado destacar que si bien es cierto que resulta absurdo considerar que ante la clara y probada ocurrencia de un daño a la integridad o al patrimonio de una persona (junto con la conducta culposa y el nexo de causalidad); el presunto responsable resulte absuelto simplemente por la omisión o el error de la víctima a la hora de identificar si la responsabilidad era contractual o extracontractual, también lo es, que de manera arbitraria y violatoria al principio dispositivo, de vigencia actual en nuestro derecho, el juez resulte ocupando el papel de la parte, quien en sentido técnico es la única llamada a indicar los límites por los cuales discurre la discusión o el litigio proyectado, así como es absurdo que en virtud de la omisión o el error del pretensor eventualmente al juez viole el principio de no acumulación de las responsabilidades.

Lo cierto es que, uno y otro extremo resultan inapropiados, pero el interrogante planteado debe tener respuesta clara y ajustada no sólo al ámbito sustancial de la responsabilidad civil y al procesal, sino que debe ser resuelto mediante una

² SENTIS MELENDO, Santiago. *El juez y el derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1957. p. 260.

interpretación adecuada a la Constitución, en razón del fenómeno del que participan hoy todas las dogmáticas, acertadamente denominado “constitucionalización del derecho”, así como en salvaguarda del derecho de justa indemnización de las víctimas y del debido proceso, ambos de estirpe constitucional.

No obstante, la discusión arriba señalada ha sido relativamente resuelta en el derecho colombiano, por vía del principio de no acumulación de responsabilidades, ya que, en razón de las diferencias legales que presentan la responsabilidad contractual y extracontractual, en nuestro ordenamiento, le está proscrito al actor optar indistintamente, entre una y otra responsabilidad, para discutir un mismo daño entre las mismas partes, por lo que en los casos en los que se omite o se erra, eventualmente el juez estaría o cumplimiento funciones de parte al proyectar el litigio o incluso estaría avocado a aplicar indistintamente normas de una u otra responsabilidad, negando a la parte demandada la discusión frente al extremo atinente al origen del daño (y la totalidad de sus elementos), ya que, el escenario siempre será posterior, esto es, en sentencia.

En estos casos, surgen los siguientes interrogantes: ¿Es condición sine qua non para proferir una sentencia de fondo, la previa calificación de la responsabilidad por parte del pretensor? ¿Resulta ajustado a la constitución el hecho de rechazar las pretensiones por error en la calificación incluso debidamente probados los elementos de la responsabilidad? ¿En los casos en los que se omite la calificación o se hace una calificación equivocada el juez establecer la correcta y con base en dicha calificación condenar? ¿vulnera ello el debido proceso del demandado? ¿Cuándo el juez entra a cambiar la calificación o subsanar la omisión viola el principio de congruencia procesal? ¿Cuándo el juez entra a cambiar la calificación o subsanar la omisión viola el principio dispositivo?

Lo anterior, conduce a indagar por la titularidad de la afirmación de la clase u origen de la responsabilidad, *especialmente en el ámbito propio de un derecho procesal constitucionalizado*, cuidadoso de la guarda de las formas, entendidas como garantía a favor de los justiciables y como instrumento para ser efectivo el derecho sustancial.

A lo largo de este escrito desarrollaremos una serie de raseros que impiden acudir a una decisión inversa o violatoria de las garantías procesales de carácter formal, pero que igualmente le permitan a la víctima tener derecho a la justa indemnización del daño que ha sufrido, dando aplicación al principio de proporcionalidad. La alternativa de solución que presentaremos se vale de las distintas herramientas del procedimiento civil, útiles para el juzgador y que permiten a la víctima de acuerdo al principio de proporcionalidad, cumplir con las cargas propias de su calidad de pretensora.

2. LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA DISTINCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES Y EL PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN: EL CASO COLOMBIANO

Principiamos por decir que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien causa un daño a otro, de manera antijurídica, se ve obligado a asumir las consecuencias patrimoniales derivadas bien por la violación al deber general de prudencia o bien por el incumplimiento de las obligaciones generadas por el contrato³. Por definición, ningún daño, respecto a las mismas partes, puede a su vez ser de carácter contractual y al mismo tiempo de carácter extracontractual, sino que necesariamente conoce un único origen.

Pese a la definición arriba indicada, según la cual la responsabilidad es contractual cuando deviene del incumplimiento de las obligaciones del contrato y extracontractual cuando lo hace de la violación al deber general de prudencia; la distinción o el lindero entre sendas responsabilidades no es del todo claro, no ha sido pacífico, y hoy, pese a existir diferencias de derecho positivo que indican la necesidad de distinguir entre ellas, lo cierto es que desde el punto de vista conceptual el tema sigue siendo dudoso y amerita una continua reflexión.

En este punto compartimos la opinión expresada por el profesor Juan Carlos Gaviria, según la cual: “En principio, la base para la resolución del problema no se debería encontrar en la legislación, pues las categorías jurídicas generales no pueden depender del tratamiento legal que cada ordenamiento les otorgue. Sin embargo, es necesario reconocer que las diferentes doctrinas en el ámbito de la responsabilidad civil se han construido teniendo en cuenta la posición que cada

³ LÓPEZ MESA, Marcelo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 629. (Colección Internacional).

ordenamiento jurídico asume en relación con la figura”⁴, es decir, el análisis en torno a la existencia o no de la diferenciación entre las figuras que venimos señalando, debe considerar las normas legales y la forma en que se regulan en el ordenamiento, pero no fenecer el análisis allí, toda vez que el concepto no debe depender del manejo legislativo que haya recibido, el tratamiento formal que reciba por distintas razones políticas o de conveniencia no modifica la esencia del concepto y nada obsta para que por vía de una reforma política y legislativa dicha reglamentación sea modificada.

Por lo anterior, resulta pertinente exponer algunos puntos relevantes de la discusión que se ha presentado en la doctrina internacional, y en el caso particular colombiano, sin que nos ocupemos en detalle de ésta ni se convierta en una parte relevante de nuestro escrito, toda vez que se encuentra por fuera de nuestro objeto de problematización. Por lo pronto, digamos que el rasero o lindero mayormente acogido es el siguiente:

-La diferenciación a partir de la existencia de un deber específico y previo entre el responsable y la víctima:

Se afirma en la doctrina y la jurisprudencia que la responsabilidad será contractual cuando deviene del incumplimiento o inejecución de las obligaciones del contrato, dado por tres hipótesis, cuando el contrato se incumple pura y simplemente, cuando se ejecuta morosa o defectuosamente. Así lo expresa, el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, siguiendo un sector considerable de la doctrina francesa y chilena:

⁴ GAVIRIA GUTIERREZ, Juan Carlos. Razón de ser y Ámbito de la Responsabilidad Contractual. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Privado. (Cartagena de Indias: 2007)

“Para que surja responsabilidad contractual se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño”⁵.

Así también, el profesor ARTURO ALESSANDRI

Mientras la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por los menos en cuanto al hecho de que deriva, y es ella la que crea la obligación de reparar el daño⁶.

Hay incluso un sector de la doctrina, que sostiene que basta la existencia de un deber jurídico especial y diferente al general de abstención de causar daños, para que haya lugar a predicar la existencia de una responsabilidad contractual, aún cuando dicho deber no surja de un contrato. Así lo sintetiza el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ:

La doctrina especialmente la italiana y española, consideran que el ámbito de la responsabilidad contractual es comprensivo de todos los supuestos perjuicios generados en razón del incumplimiento de las obligaciones (contractuales y no contractuales). Inclusive, sostienen desde esta perspectiva, que el incumplimiento de la obligación indemnizatoria que emana de la responsabilidad extracontractual se enmarca en el ámbito de la responsabilidad contractual. JORDANO FRAGA explica que

⁵ LÓPEZ MESA, Op. Cit., p. 68.

⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad civil en el derecho civil chileno. Chile: Imprenta Universal, 1969. p. 42

la preexistencia de la obligación es el punto en el que la doctrina común incide para establecer la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no injerencia dañosa en la esfera ajena. En este último evento sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación⁷.

En este sentido, el profesor colombiano GILBERTO MARTINEZ RAVE indica:

La responsabilidad jurídica civil, que exige los requisitos que acabamos de analizar, se ha dividido tradicionalmente en contractual y en extracontractual. A ella nos referimos separadamente. Tradicionalmente se ha mantenido esta división, que ahora pretende estar en crisis, pues los elementos constitutivos y las diferencias que se señalaban tienden a desaparecer. Por la primera se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra por el incumplimiento de una obligación que surge de un contrato, convenio o convención celebrado entre causante y perjudicado. Por la segunda se ha entendido la obligación de indemnizar o asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, sin que entre causante y perjudicado exista ninguna relación jurídica anterior. Es decir, la obligación de indemnizar nace simplemente de la comisión del hecho dañoso. En Colombia, la legislación recoge en forma por demás clara y categórica esta división. Si analizamos con detenimiento los arts. 1.602 y ss que el Código Civil Colombiano trae en el Libro IV de las obligaciones, podemos deducir sin mucho esfuerzo que el legislador colombiano le ha dado un tratamiento diferente a la responsabilidad civil que nace de un hecho dañoso, la cual reglamenta en los artículos 2.341 y ss del mismo estatuto pero en un capítulo distinto y referida a los delitos y a las culpas de la que nace al desconocerse las obligaciones que surgen del contrato⁸.

⁷ GAVIRIA GUTIERREZ, Op. Cit., p. 12

⁸ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1990. p. 35.

De lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- I. Conceptualmente, sin entrar a considerar el tratamiento legal diferenciado a ambas responsabilidades que varía dependiente del ordenamiento, no es clara la razón por la cual debe existir un régimen dual de responsabilidades. Incluso, ubicándonos en un cierto sector de la doctrina (la italiana particularmente), habría casos en que la responsabilidad se denomina contractual sin que siquiera exista contrato alguno, sino un deber específico distinto al general de abstención de causar daños.

- II. Al parecer, y asumiendo que la responsabilidad contractual se genera por el incumplimiento de las obligaciones generadas del contrato, la única razón que justifique un régimen diferenciado es la existencia de la autonomía de la voluntad privada, y más específicamente la teoría de la causa, como elemento esencial del contrato. Es decir, si los particulares tienen libertad para buscar efectos en derecho, esto es, tienen la posibilidad de regular los efectos del contrato, entre ellos, la responsabilidad, resulta ilógico que se terminen aplicando las reglas extracontractuales, en contravía del acuerdo generador de obligaciones previamente celebrado entre la víctima y el responsable. Esta es una razón adicional para entender que el contrato y las reglas de responsabilidad que en éste se establezcan al ser una manifestación de potestad normativa otorgada a los particulares, se convierte en límite para la competencia del juzgador, al impedirle desconocer dicha autonomía y causa, para hacer responder extracontractualmente a quien sólo está llamado a responder contractualmente frente a su deudor, tal y como analizaremos adelante⁹.

Consideramos que la razón para diferenciar el régimen del daño que se genera por el incumplimiento de las obligaciones del contrato y el que se genera por el

⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. p.141

incumplimiento del deber general de prudencia, es la causa contractual como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, entendida ésta no sólo como la manifestación de libertad propia del Estado Liberal, sino cómo la potestad normativa que el ordenamiento reconoce a los particulares para regular con fuerza vinculante sus intereses económicos, con los límites de respeto al orden público, a las buenas costumbres y a las normas imperativas.

Frente a los diferentes conceptos que de causa se han sostenido por la doctrina, resulta ilustrativa la síntesis del profesor RENATO SCOGNAMIGLIO:

Dos nociones de causa, en cierto sentido, opuestas, siguen disputándose el campo para la teoría más antigua, llamada subjetiva, la causa debe identificarse con el motivo último determinante y típico que induce a las partes a obrar (p.ej. para el comprador, obtener la cosa, para el vendedor, recibir el precio), según la teoría objetiva, hoy prevaleciente, la causa, por el contrario, debe referirse a la función económica social del contrato, reconocida como tal por el derecho, que en la realidad corresponde, por lo general al propósito práctico de las partes¹⁰.

Para mayor claridad del lector, resulta importante hacer énfasis en que, el tema de la causa es determinante en sede de derecho privado, pues cuando la causa es real y lícita, y aún siendo extrínseca es compartida, el ordenamiento le reconoce plenos efectos jurídicos, entre los cuales, se encuentra la responsabilidad. Así se concluye del artículo 1524 del Código Civil, que reza:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una

¹⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá: Externado de Colombia, 2007. p. 128.

deuda que no existe, carece de causa, y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral tiene una causa ilícita¹¹.

Pese al antecedente doctrinario, resulta claro que en el ordenamiento colombiano, a la luz de la norma transcrita, es posible concluir que el concepto que de causa acoge nuestro ordenamiento es el subjetivo, en cuanto entiende que la causa es la motivación que lleva a la celebración del contrato, que a su vez es elemento esencial para la formación de todo acto jurídico. Por lo tanto, el ordenamiento considera que si la causa de las partes se manifestó al celebrar el contrato y por virtud de esto, las normas de responsabilidad previstas y que llevaron a celebrar el contrato fueron las contenidas en el mismo contrato o subsidiariamente las de la ley, resulta contrario, no sólo al principio de la autonomía, sino al de confianza legítima, el que las reglas extracontractuales sean las llamadas a regir aquellas situaciones vinculadas con aquella causa contractual.

En el fondo, cuando opera un cambio en las reglas de responsabilidad, es decir, cuando a un responsable contractual se le terminan aplicando normas extracontractuales, eventualmente habría lugar a pensar en un tema de falsa causa extrínseca, como circunstancia que incide en el consentimiento de los contratantes.

Igualmente resulta pertinente recordar que la causa tiene una doble modalidad, la intrínseca y la extrínseca, la primera será siempre la misma en un mismo tipo de contratos, al consistir de manera inmediata en el objeto del contrato, es decir, la prestación o conducta a que se obligan las partes, así las cosas, en todo contrato de compraventa, el vendedor quiere desprenderse de la cosa y el comprador adquirirla para sí, porque conoce que mediante el contrato u obtendrá la

¹¹ LEXBASE. [En línea] Bogotá: Lexbase, 2009. <Disponible en: <http://www.lexbase.com>> [consulta: Oct. 2009].

prestación contratada o su equivalente en dinero. En cambio, la causa extrínseca se refiere a la motivación mediata o indirecta que se proponen las partes, con la celebración del contrato y no depende de manera directa del objeto, ésta varía según cada relación y cada interés económico de las partes en juego¹².

Para mayor claridad de lo expuesto, el concepto de causa, que creemos permite entender la necesidad de diferenciación de los regímenes, es el intrínseco u obligacional (ni siquiera es el extrínseco), ya que, es con base en lo expresamente consagrado en el contrato o por vía subsidiaria en la ley, que las partes conocen la extensión de su responsabilidad, y que en caso de no obtener la satisfacción derivada del cumplimiento de la obligación, el ordenamiento las faculta para cobrar los perjuicios derivados de ello, situación que no se presenta en tratándose de la responsabilidad extracontractual, en donde no media conocimiento previo de la víctima frente al contenido de una presunta prestación del responsable, ni mucho menos un vínculo previo al daño que obligue al responsable a emplear una conducta encaminada a lograr la satisfacción de la víctima.

Resulta pertinente señalar, que de manera implícita, es esto lo que se lee en ciertos casos famosos, como el de *Chronopost*, en el que la Corte de Casación Francesa, según lo explica la profesora Mariana Bernal Fandiño, ha partido del concepto de causa para ampliar el ámbito de la responsabilidad.

En este famoso caso, debido a la clase de servicio que prestaba Chronopost, a la tarifa diferenciada en razón de la rapidez en la entrega, como causa que llevó a la celebración del contrato, resultó ser un argumento suficiente para que ésta perdiera el juicio, aún cuando en el texto expreso del contrato existía una cláusula limitativa de responsabilidad. Veamos:

¹² BERNAL FANDIÑO, Mariana. La transformación de la causa en el derecho de los contratos francés. En: Revista Universitas. Bogotá. No. 111, (Ene. Jun. 2006); p. 227-243.

En los noventa, una célebre sentencia revolucionó la función de la causa en los contratos, se trata del caso *Chronopost*. Los hechos que se discutieron se resumen en lo siguiente: una sociedad a fin de participar en una adjudicación, celebra un contrato con la sociedad *Chronopost* (correo de entrega inmediata) que se obliga a llevar los documentos a su destinatario a más tardar al día siguiente de su envío. La publicidad de *Chronopost* la anuncia como «maestro del tiempo» pues en contraprestación del sobrecosto en comparación al correo regular, se comprometen a la puntualidad y cumplimiento en la entrega. Sin embargo, los documentos en cuestión llegaron a su destino con retraso, lo cual no permitió a la sociedad contratante formar parte del proceso de adjudicación. La sociedad víctima de este incumplimiento exige reparación de sus perjuicios a lo que *Chronopost* responde que una cláusula del contrato limita la responsabilidad a causa del retraso al simple reembolso del precio del transporte. La Corte de Casación acude a la noción de la causa para decidir que la cláusula debía considerarse como no escrita puesto que contradecía el alcance del compromiso adquirido por *Chronopost*. En efecto, al limitar la indemnización al simple reembolso del precio del transporte, la cláusula priva de objeto a la obligación del transportador y a la vez, priva de causa a la obligación del expedidor. Por esta razón, la decisión deja sin efectos la cláusula y de esta manera, la Corte protege el interés del contrato, utilizando la causa como un instrumento de equilibrio y coherencia contractual³⁵. En otras palabras, volviendo a la pregunta que explica la causa ¿«por qué» la sociedad demandante eligió a *Chronopost* para transportar sus documentos en vez de acudir al correo normal, siendo éste mucho más económico? La respuesta es simple: porque *Chronopost* le aseguraba una entrega rápida. Al introducir el motivo a la causa, esta decisión demuestra la tendencia por parte de la Corte hacia una visión más subjetiva de la Causa. Existen adicionalmente otros ejemplos a través de los cuales se puede observar la manera como la causa ha sido utilizada por la Corte para controlar la coherencia y el equilibrio de los contratos, al proteger el interés de los mismos¹³.

¹³ Ibid., p. 240.

Finalmente, repetimos, que tan el tema de la causa es relevante, para efectos de diferenciar las clases de responsabilidad, que si se acoge la clasificación del daño según su origen, tendremos que, habría perjuicios indemnizables a la luz de lo contractual y nunca indemnizables desde lo extracontractual o viceversa, en razón de haberse compartido una causa por las partes contractuales.

Nos referimos al tema del “daño particular o propio”¹⁴, que según el profesor MARCELO LÓPEZ, hace referencia a aquellos daños que no sufre todo acreedor ante el incumplimiento, sino algunos en particular, en razón de ciertas condiciones objetivas en las que se encuentran y que son indemnizables a condición de que sean compartidos y conocidos por el deudor al momento del perfeccionamiento del contrato. Mientras que éstos mismos perjuicios a la luz de lo extracontractual, nunca serían indemnizables por ser indirectos. El ejemplo que se propone de este perjuicio es el contrato en temas de sonido para una concierto de mayores dimensiones y la contratación se hace en virtud de ello, por lo que, ante la no entrega o entrega defectuosa de los equipos, el deudor responde por las utilidades calculadas del evento, y no por las que ordinariamente se generarían, a condición de que haya conocido dicha circunstancia al momento del perfeccionamiento del negocio.

- III. Pese a lo expuesto, el lindero que se trazó no es absolutamente inamovible o indiscutible, ya que existen posiciones jurídicas nacidas del contrato, en las cuales interviene la libre autonomía de la voluntad privada de la víctima y el responsable, y pese a ello, la responsabilidad es la extracontractual. Es el caso de las diversas posiciones jurídicas de ventaja distintas a las obligaciones que surgiendo del contrato no generan responsabilidad contractual, situación que nos hace preguntarnos la razón por la cual sólo los vínculos obligaciones están llamados a ser discutidos por vía de la responsabilidad contractual, y los demás no obligaciones, no, cuando en

¹⁴ LÓPEZ MESA, Op. Cit., p. 88.

ambos opera la libre autonomía de la voluntad privada generadora del contrato.

Para mayor claridad del lector, nos referimos a aquellos casos de cargas, de privilegios, de sujeciones, de inmunidades, de potestades, que conforman las diversas posiciones jurídicas de ventaja¹⁵, derivadas del contrato, pero que inexplicablemente el perjuicio que se genere de su incumplimiento no daría lugar a responsabilidad contractual alguna, por no tener la forma jurídica obligacional. Frente a este punto, resulta ilustrativo el siguiente aparte de la obra del profesor HOHFELD:

Dificultades similares parecen presentarse en el inteligente y atractivo libro del profesor Gray *The Nature and Sources of Law*. En el capítulo sobre “Derechos (subjetivos) y Deberes” el distinguido autor adopta la posición de que un derecho siempre tiene como correlativo a un deber y parece definir la primera relación sustancialmente según el significado más restringido de “pretensión”. Los privilegios, las potestades y las inmunidades son prima facie ignorados, y uno recibe la impresión de que todas las relaciones jurídicas pueden ser incluidas bajo los conceptos de “derecho” (subjetivo) y de “deber”. Pero con la mayor de las vacilaciones y el mayor respeto podemos aventurar la sugestión de que buen número de los ejemplos de Gray parece mostrar que tal tratamiento es inadecuado¹⁶.

Como se sabe, el mérito de la obra de HOHFELD a la Teoría General del Derecho consistió en demostrar que no toda posición jurídica de ventaja puede ser reconducida o considerada siempre como un derecho, ni toda posición jurídica de desventaja reconducida o vista como un deber u obligación, sino que las

¹⁵ HOHFELD, W.H. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción de Genaro Carrió de la obra: “Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning”. Paris: Fontamara, 1968. p. 94

¹⁶Ibid., p. 57

relaciones jurídicas presentan un variado catálogo o gama de posiciones jurídicas de ventaja con su correlativa de desventaja, así quien tiene un derecho tendrá como correlativo un deber, quien tenga un privilegio, tendrá como correlativo un no derecho, quien tenga una potestad tendrá como correlativo una sujeción, y quien tenga una inmunidad tendrá como correlativo una incompetencia, a contrario de cómo generalmente se considera, del contrato pueden surgir éstas otras posiciones de ventaja o desventaja correlativas y no sólo obligaciones.

Precisamente por ésta razón, es incoherente que se considere como único* supuesto de responsabilidad contractual el incumplimiento de una obligación contractual por haber mediado la autonomía de voluntad en su creación, pero que el incumplimiento de una potestad, de una inmunidad o incluso de un privilegio tenga tratamiento extracontractual, cuando frente a ellas también operó la autonomía de la voluntad privada. Destacamos que éstas otras posiciones jurídicas de ventaja reciben un tratamiento extracontractual, al ser considerados daños surgidos con ocasión del contrato, más no como consecuencia del incumplimiento del contrato.

Por lo anterior, consideramos acertado el siguiente análisis planteado por el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ:

Sin embargo, la construcción doctrinaria evidencia que la figura sólo comprende una de las facetas de la autonomía de la voluntad privada, más no ésta en su integridad. La categoría ha sido concebida básicamente para comprender los daños generados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que los demás supuestos que generen perjuicios en el ámbito contractual, queden abarcados por la misma. Por ello –y es importante insistir en

* Excepto, tratándose de las obligaciones de seguridad, que por razones jurisprudenciales, pese a no ser obligaciones que stricto sensu derivan del contrato, sino un caso de daños con ocasión del contrato, se discuten mediante las reglas de la responsabilidad contractual.

este aspecto- los perjuicios causados por la vulneración de los deberes jurídicos (específicos) no obligacionales o de las cargas radicadas en cabeza de las partes (las que impone la autonomía privada) se sustraen del ámbito de aplicación de la figura y han de analizarse con base en la responsabilidad extracontractual¹⁷.

Precisamente en razón de lo artificial de la distinción entre las responsabilidades y de la amplia discusión a que ella ha conllevado, existe un sector de la doctrina que abre camino a la teoría de la unidad o unificación de las mismas. En Francia, por ejemplo, el profesor PHILIPPE LE TORNEAU proclama la inexistencia de la responsabilidad contractual, toda vez que su ámbito estaría dado por el cumplimiento por equivalente (subrogado pecuniario) en los casos o en que el cumplimiento in natura no es posible o no resulta de interés para el acreedor, por lo que el daño causado por el incumplimiento, en realidad no es nada diferente al cambio de objeto (en dinero) previsto en la ley para los casos en que se incumpliera el contrato¹⁸, por lo que realmente no existe una estructura nueva que pueda ser designada como responsabilidad contractual.

Así lo sostiene el profesor PHILLIPPE LE TORNEAU:

Es usual desde un siglo, hablar de responsabilidad contractual, por simetría con la responsabilidad delictual. De todas maneras, una corriente de pensamiento (a la cual hemos contribuido) discute este concepto, y prefiere hablar de desfallecimiento o incumplimiento contractual. En efecto, cuando se trata responsabilidad, un acto contrario al orden jurídico ha causado un daño a otro, daño que su autor debe indemnizar. La fuente de la indemnización se halla en un hecho generador, el hecho bruto que es la culpa del agente (o de una persona por la que dicho agente es legalmente

¹⁷ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Op. Cit., p. 10

¹⁸ LE TORNEAU, Philippe. Responsabilidad civil profesional. Bogotá: Legis, 2006. p. 270

responsable), o el hecho de una cosa de la que el agente es guardián, dando nacimiento a una obligación (que antes del hecho dañino no existía). En materia contractual la situación es completamente distinta: dos personas (o más) están ligadas por un contrato que prevé las obligaciones de una y de la otra (el contrato es el creador de las obligaciones), sus expectativas legítimas. Las partes deben ejecutar el pacto que por la ley las obliga (C.C. art.1134), su proyecto contractual, expresa el contenido del contrato....Si una de ellas no respeta su compromiso, la otra que no lo logra obtener satisfacción, después de una constitución infructuosa en mora, solicitará de los jueces prioritariamente que su contraparte sea condenada a la ejecución forzada (traducción de la fuerza obligatoria del contrato). Y a falta de ello, tendrá derecho a un sustituto de la ejecución...Lo que se denomina indemnización (e inclusive, casi siempre, "reparación") constituye en realidad un modo de ejecución del contrato, diferente sin duda de aquel que estaba previsto (por equivalente y a menudo diferido, pero modo de ejecución de todas maneras¹⁹.

Así también, frente a la unificación, expresa el profesor GILBERTO MARTINEZ RAVE:

La tesis unitaria sostiene que en ambas se da el incumplimiento de una obligación. No importa que esa obligación sea impuesta por el contrato o sea impuesta por la ley. Si el incumplimiento de una u otra obligación ocasiona un daño, surge la responsabilidad jurídica. Lo importante, sostiene esta tesis, es el daño, en un patrimonio ajeno. Que se produzca por desconocimiento de una obligación contractual o legal, no interesa jurídicamente hablando. En ambos casos existe una obligación preexistente que se incumple y que al causar un daño origina la obligación de indemnizar.

¹⁹ Ibid., p. 8.

Pese a lo holgado de la discusión entre la existencia o inexistencia de sendas responsabilidades, de la cual, los apartes analizados sólo son una breve síntesis, debemos concluir diciendo que, en el derecho positivo colombiano existe un régimen diferenciado, de reglas y principios particulares y propios para la responsabilidad contractual y otros propios de la responsabilidad extracontractual, regulados de manera diferenciada, por un lado en los artículos 1602 y ss., por un lado, y 2341 y ss., por otro lado, según lo pasamos a explicar:

2.1 EL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Según el origen del daño, esto es si deviene del incumplimiento de las obligaciones del contrato o de la inobservancia del deber general de prudencia, el análisis que realiza el juzgador es sustancialmente diferente, así:

Es sabido, que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, admiten estructuras subjetivas (basadas en la culpa, en ocasiones probada o presunta) y objetivas (basadas en el riesgo o en obligaciones contractuales de resultado), por lo que tanto en materia contractual o extracontractual, el juez, dependiendo de la clase de imputación debe entrar a analizar si la conducta del demandado fue diligente, perita y prudente o simplemente si se dan los elementos propios de la causa extraña, para concluir o no la exoneración del presunto responsable.

No obstante lo anterior, es claro que el análisis que realiza el juez en sede contractual difiere del que realiza en sede extracontractual, ya que, refiriéndose a la primera de ellas, el juez, se ocupa de establecer cuál era la obligación que se debía, es decir, si era de medio (si el demandado tan sólo se obligó a emplear los medios necesarios para lograr un resultado) o si es de resultado (el demandado no se obligó a emplear los medios sino a lograrlo), así como la clase de

incumplimiento que medió, esto es, si fue un incumplimiento total o puro y simple o moroso, casos en los cuales, aún cuando se trate de una obligación de medio, la única forma de exoneración es mediante la prueba de una causa extraña.

En sede contractual, en principio, el juez no analiza si un deudor como el responsable puesto en las mismas circunstancias objetivas, hubiere incumplido el contrato, de acuerdo al deber general de prudencia, sino simplemente la prestación a la que se obligó y la forma en que se incumplió, y si observó o no el nivel de diligencia propio del contrato, que en ocasiones será el máximo (cuando el contrato se encuentra en exclusivo interés del deudor) o el mínimo (cuando el contrato se encuentra en beneficio exclusivo del acreedor) . Mientras que en sede extracontractual, el juez no analiza una prestación previa específica, sino que compara al responsable con el prototipo, hombre de mediana diligencia (el buen padre de familia) que puesto en las mismas circunstancias actuaría de cierta manera, sin analizar si la conducta fue más o menos grave, y sin calificar su grado de diligencia, sino con base en el prototipo y las características internas y externas que le atribuye el juzgador.

Se destaca, que incluso para efectos de determinar la imprevisibilidad e irresistibilidad como elementos de la causa extraña, la culpa del contrato sigue siendo un elemento determinante. Es decir, aún en los casos en que la culpa no es factor de atribución, ésta como elemento subjetivo sigue teniendo relevancia, ya que, la culpa en estos casos no tiene importancia para efectos de la atribución de responsabilidad pero sí la tiene para efectos de la exoneración, por lo que no libera la ausencia de culpa, sino la causa extraña, que sólo puede ser la imprevista e irresistible diligentemente, según el grado de diligencia debido al respectivo contrato.

Por otro lado, en cuanto a las instituciones propias de cada responsabilidad se presenta otra diferencia relevante, mientras en lo contractual, un contratista frente

al otro responde de manera directa, es decir, aún cuando un tercero ejecute materialmente la prestación y sea quien materialmente cause el daño, el contratista respectivo sigue siendo responsable directamente, y no le es dable alegar ni un hecho del tercero ni tampoco adecuada vigilancia para exonerarse de responsabilidad (artículo 1738 C.C). En cambio en materia extracontractual, cuando un tercero sometido a la vigilancia y control del civilmente responsable causa un daño, si bien éste no puede exonerarse alegando el hecho de un tercero, porque éste está obligado a responder por el hecho del directamente responsable, sí puede exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de adecuada vigilancia al tercero*.

En síntesis, mientras en materia contractual, opera la graduación de culpas, en los casos de responsabilidad subjetiva, en materia extracontractual la culpa no es graduable, sino que se concluye con base en la elaboración del prototipo, por ello la gravedad o no de ella, en principio no tiene incidencia alguna.

Adicionalmente, en el escenario contractual, cuando existe un incumplimiento doloso (comprende el dolo y la culpa grave), el deudor está obligado a pagar los perjuicios directos e imprevisibles. En cambio en materia extracontractual, sin importar en principio, la gravedad de las culpas, el responsable responderá de todos los daños ciertos, personales y que tengan relación de causalidad con su conducta.

Por otro lado, encontramos perjuicios indemnizables a la luz de lo contractual, dadas las características de la relación obligacional previamente celebrada entre el responsable y la víctima y nunca indemnizables desde lo extracontractual, a este perjuicio se le denomina propio, para diferenciarlo del común. Así lo establece

* Salvo que el tercero se encuentre en ejercicio de una actividad peligrosa del civilmente responsable o se trate de personas jurídicas en donde la responsabilidad de la sociedad por el hecho de sus órganos es siempre directa.

el profesor MARCELO LÓPEZ MESA, quien en la división de su obra, ubica este tipo de perjuicios bajo el título “daños en la responsabilidad contractual”, veamos:

El daño común es el que habría experimentado cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación. El daño particular o propio es el que perjudica al acreedor por sus condiciones especiales o por su situación singular, jurisprudencialmente se lo ha definido como aquel que sufre exclusivamente una persona determinada por las circunstancias que a ella le atañe. El daño común, demostrado que sea, es siempre reparable; en cambio el daño propio aún probado sólo sería resarcible si hubiera sido conocido por el deudor al contraer la obligación²⁰.

Según los puntos expuestos, traemos a colación las diferencias, entre la responsabilidad contractual y extracontractual, establecidas por el Dr. Javier Tamayo²¹ y el Dr. Gilberto Martínez Rave, mediante el siguiente esquema:

²⁰ LÓPEZ MESA, Op. Cit., p. 88

²¹ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 40 y ss

CRITERIO O RASERO	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
Capacidad para cometer el ilícito	Son capaces los mayores de 18 años, salvo reglas especiales en torno al peculio profesional de los menores adultos.	Según el artículo 2346 del C.C., son capaces de cometer culpa (capacidad aquiliana) los mayores de 10 años y las personas no dementes.
Prescripción	Regla general de 10 años (artículo 2536 del C.C.), salvo normas especiales civiles y mercantiles en ciertos tipos de contratos como la venta (vicios ocultos 6 meses) y el transporte (2 años)	Distintos tipos de prescripción, por ejemplo para el hecho ajeno para personas naturales 3 años, en las responsabilidades de los artículos 2341 a 2359 10 años, en los daños de aeronaves en superficies 2 años.
Solidaridad	La solidaridad, depende de si el contrato es civil o mercantil. Sólo habrá solidaridad en materia civil cuando esté pactada expresamente, en materia mercantil, la solidaridad es presunta en caso de pluralidad de deudores (ejecución conjunta de distintas obligaciones)	Hay solidaridad legal en los casos en que un delito o culpa se comete por dos o más personas.
Extensión del monto indemnizable	Si el deudor actúa con dolo o culpa grave, responde por los perjuicios directos incluidos los imprevisibles.	Cualquier culpa, así sea menor o incluso en sede de riesgo, el responsable debe pagar todos los perjuicios previsibles e imprevisibles, siempre y cuando sean directos.
Jurisdicción y Competencia	Además del fuero dado por el domicilio del demandado, se puede demandar ante el juez de lugar de ejecución del contrato.	Además del fuero dado por el domicilio del demandado, se puede demandar ante el juez de lugar de ocurrencia de los hechos.
Desde el punto de vista de la culpa	En los casos en que se trata de responsabilidades subjetivas (incumplimiento de obligaciones de medio), hay lugar a la graduación de las culpas según el beneficio que el contrato reporta para las partes.	No hay graduación de culpas, todo comportamiento culposo o riesgo por leve que sea, compromete la responsabilidad del autor, sin incidencia alguna de la gravedad de la culpa, salvo en la culpa exclusiva de la víctima o concurrencia, y entre deudores solidarios.

CRITERIO O RASERO	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
Posibilidad de pacto previo frente al monto de la indemnización ²²	Por vía de una cláusula de limitación de la responsabilidad, el monto de la eventual indemnización puede limitarse por acuerdo entre las partes.	La indemnización no admite limitantes (partiendo de que no haya concurrencia de culpa de la víctima), el monto lo fija el daño y su intensidad.
Prueba ²³	Ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales de medio se presume la culpa del deudor	La culpa debe probarse, salvo los casos en los cuales ésta se presume, según los artículos 2347, 2350, 2355 y 2356 o atribución se basa en el riesgo.

En razón de lo expuesto, de la diversificación en el régimen de sendas responsabilidades, consagrado en los artículos 1602 y ss. del Código Civil (relativos a la responsabilidad contractual) y 2341 y ss. del Código Civil (relativos a la responsabilidad extracontractual), resulta necesario mantener la distinción entre las responsabilidades, e impedir que la víctima opte indistintamente entre los principios de una y otra, para beneficiarse del tiempo de prescripción, de los daños indemnizables, de la solidaridad o de la carga de la prueba, formulación que corresponde al principio de no acumulación de responsabilidades, según pasamos a explicar:

2.2 EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE NO ACUMULACIÓN

Habida cuenta de las diferencias existentes en nuestro ordenamiento jurídico entre la responsabilidad contractual y la extracontractual las cuales miran con la solidaridad, la extensión del monto indemnizable, la carga de la prueba, la institución particular de atribución y la prescripción; según explicamos arriba, la

²² MARTINEZ RAVE, Op. Cit., p. 36.

²³ Ibid., p. 38

jurisprudencia ha establecido **la prohibición de acumulación de responsabilidades**, esto es, la imposibilidad de optar indistintamente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, para discutir entre las mismas partes un mismo daño.

Ya que, necesariamente el daño que se discute entre la víctima y el responsable tiene como causa o el incumplimiento del contrato o el deber general de abstención de causar daños, es un imposible lógico, pensar que un mismo daño es de origen contractual y a su vez de carácter extracontractual.

Frente al principio de prohibición de acumulación de responsabilidades es ilustrativa la siguiente sentencia:

...Y aún cuando se acuda a teorías como la que pregonan la unidad de la culpa civil o cualesquiera otras de alcance similar, orientadas a poner de manifiesto por diversos caminos que tan solo son accesorios o secundarios los matices diferenciales que registran los dos tipos de responsabilidad en cuestión, algo sí resulta ser indiscutible y es que la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico, siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada contractual, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes han vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia por normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios, se trata pues de un factor jurídico de necesaria influencia en la configuración del título

de la pretensión incoada y por eso, en guarda del principio de congruencia, no es permitido que una sentencia declare la existencia de responsabilidad contractual y efectúe la consiguiente condena²⁴.

En igual sentido, la siguiente sentencia, es más que contundente:

Ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que no son acumulables las acciones indemnizatorias de perjuicios materiales provenientes de la violación de relaciones contractuales y de perjuicios morales derivados de la misma relación jurídica, sino cuando el hecho configura para una persona violación de un contrato, y para otra una fuente de indemnización extracontractual porque siendo unos mismos los sujetos activos y pasivos del derecho, y una misma la causa de donde se hace derivar la responsabilidad no puede pretenderse obtener una doble reparación del daño sufrido (Sents. Del 15 de Mayo de 1946, "G.J.", t, LX; 27 Agosto 1947, "G.J.", t. LXII; 4 agosto 1950, "G.J" t. LXVII) En todas esas sentencias, la Sala de Casación Civil ha considerado la imposibilidad legal de aceptar el ejercicio acumulado de la acción de resarcimiento de perjuicios contractuales y extracontractuales dependientes de una misma relación jurídica, siendo una misma persona la beneficiaria de la doble reparación de perjuicios²⁵.

Precisamente, por las consecuencias sustanciales y procesales, derivadas del desconocimiento de la prohibición de acumulación, específicamente el demandante, es quien debe desatar el extremo de la litis, es decir, determinar el origen del daño que pretende, porque en caso de que narre hechos indistintamente u omite alguno o simplemente guarde silencio, para manipular los

²⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 19 de Febrero de 1999. Exp.5099. Bogotá: El autor, 1999.

²⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Cas. Civ., 30 Marzo 1951. Bogotá: El autor, 1951.

raseros antes expuestos, el juez se vería avocado a optar indistintamente entre una y otra responsabilidad.

Permitir que sea el juez quien realice actos de parte, y proyecte el litigio, afirmando el hecho que origina la responsabilidad, conlleva a por lo menos, los siguientes problemas:

- Cuando el demandante no indica o establece una responsabilidad distinta a la correcta, y el juez en sentencia, decide aplicar indistintamente principios de las diversas responsabilidades, eventualmente viola el principio de prohibición de acumulación de responsabilidades.
- Variar en sentencia la discusión que se dio durante todo el proceso, especialmente durante la etapa de fijación del litigio, eventualmete daría lugar a la violación al debido proceso del demandado, ya que, ni siquiera mediante el recurso de alzada es posible introducir nuevos argumentos al litigio que se procesa, máxime cuando lo que media es sorpresa en frente de la decisión adoptada.
- En virtud del principio de utilidad, no existe explicación razonable para pensar que el juez debe ignorar y evadir las distintas alternativas procedimentales que se le presentan al pretensor para efectos de garantizar sus derechos sustanciales, y en lugar de ello, tomar su posición en el litigio y proyectar “correctamente” la misma discusión que decidirá como tercero imparcial.

Por ejemplo, pensemos en los procesos de responsabilidad médica, en los que el beneficiario de la EPS y sus parientes, demandan al médico tratante y a la IPS respectiva; mientras que el vínculo de la EPS necesariamente es contractual, frente al médico y la IPS la responsabilidad es extracontractual. Mientras que

frente a los parientes del paciente (que ejercen acción personal), tanto la EPS, como la IPS y el médico tratante serán responsables extracontractuales, incluso independiente del vínculo que una el médico a la Clínica, eventualmente habría lugar al hecho ajeno, pero al omitir establecer este hecho e invocar frente a todos, responsabilidad contractual, el juez indistintamente analiza las obligaciones de la EPS con base en el contrato y la ley, y aplica dichas consideraciones al médico y a la IPS, por lo que en virtud de la omisión o el error del pretensor lo que hizo fue optar indistintamente entre los principios de una y otra responsabilidad, aplicando normas contractuales a responsables extracontractuales y viceversa, con el agravante de que todo ello, se hizo en sentencia, cuando ninguna oportunidad queda al demandado de por ejemplo, proponer la nulidad o inexistencia del contrato que supuestamente volvió la responsabilidad contractual, ni cláusula alguna de exoneración o limitación de la responsabilidad, ni tampoco de alegar a quienes no celebraron contrato con la víctima dicha circunstancia. Por lo tanto, es carga exclusiva del demandante establecer de manera expresa y clara la clase de responsabilidad por vía de la cual ha de pretender la indemnización de los perjuicios que eventualmente haya sufrido, so pena de la afectación grave al principio dispositivo y a la congruencia procesal, principios directamente relacionados con el derecho a ser escuchado y el debido proceso, que explicaremos en la segunda parte de este escrito, pese a ello, frente a este aspecto, resulta ilustrativo el siguiente aparte doctrinario:

Principiamos señalando que la congruencia se manifiesta como correlación entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del Tribunal, y para que ella aparezca afectada, el error deberá estar direccionado al análisis de mérito de los elementos, ora de la pretensión, ora de la oposición...La congruencia se erige al tenor de la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como exteriorización puntual y basal del derecho a ser escuchado²⁶.

²⁶ ENDERLE, Guillermo. La Congruencia Procesal. Roma: Culzoni, 2007. p. 15

El punto neurálgico de la discusión, gira en que debido a la omisión de parte del actor, consistente en no identificar el origen del daño ni la clase de responsabilidad invocada (que técnicamente equivale a la omisión de un hecho fundante de la pretensión), eventualmente afectaría la estructuración del derecho de defensa, ya que, al momento de que el demandado de respuesta a la demanda, no tuvo la oportunidad de determinar si la litis planteada por la demanda conocía un origen contractual o si por el contrario, ésta es de carácter extracontractual. Máxime cuando la estructura de la defensa, en algunos casos puede diferir sustancialmente si se trata de otra responsabilidad, por ejemplo, nulidades relativas que sólo el demandado podría alegar, cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad que sólo él estaba interesado en proponer.

Recordamos que es con base en las diferencias legales y puntuales arriba explicadas, que la jurisprudencia ha elaborado el principio de prohibición de acumulación, ya que, permitir que el demandado escoja entre cualquiera de las responsabilidades implica que éste también disponga de las normas relativas a la capacidad, a la solidaridad y a la prescripción, así como de las normas procesales, y que en últimas desconozca la fuerza vinculante del contrato, aspecto que también le está proscrito al juez, máxime en su calidad de sujeto imparcial no titular de los derechos subjetivos en disputa.

Ahora bien, frente al principio de no acumulación de responsabilidades, establece el Dr. Tamayo, lo siguiente, premisa que compartimos en su integridad: “Si nos hemos detenido en algunas diferencias es porque, dado que de hecho ellas existen, la jurisprudencia y la doctrina han discutido largamente sobre la posibilidad cuando entre las mismas partes se debate la indemnización de un mismo daño. Si el problema ya está de por sí confuso en casi todas las legislaciones, la verdad es que en nuestro ordenamiento jurídico adquiere dimensiones caóticas imposibles de resolver, pues el asunto no ha sido ni siquiera bien planteado, ya que, nuestros autores y tribunales han interpretado en forma

confusa el término “acumulación”, lo que ha dado lugar a mezclar fenómenos de derecho sustantivo con otros de tipo procesal, generando terribles injusticias en un ritualismo procesal que cada día merma la posibilidad de que las víctimas sean indemnizadas”

Para el Dr. Tamayo, el siguiente es el sustrato conceptual, que indica la necesidad de mantener el principio de prohibición de acumulación:

Quando el Código Civil expresa que el contrato es ley para las partes, está significando que desde el punto de vista del contrato, las partes necesariamente deben regirse por los principios contractuales. El principio que rige el trasfondo de todo el contrato es el de convenir que todos los derechos y obligaciones que se deriven del contrato se regirán exclusivamente por la responsabilidad contractual- Sería absurdo que las partes pudiera, a su gusto, sustraerse del contrato para ubicarse en el marco extracontractual²⁷.

En últimas podemos decir, que subsiste en relación con el mantenimiento del principio de prohibición de acumulación, las mismas razones dadas en relación con la necesidad de distinguir entre la responsabilidad contractual, toda vez que permitir la opción, necesariamente conllevaría a hacer nugatoria la libre autonomía de la voluntad privada, principio que hoy se entiende como una verdadera manifestación de potestad normativa a la que el deudor e incluso el juez se encuentran sometidos.

²⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la Responsabilidad Civil. Bogotá: Legis, 2007. p. 138

Pese a lo anterior, la problemática en torno al principio de acumulación de responsabilidades, indica el Dr. TAMAYO, ha llevado a la jurisprudencia a tres crasos errores que evidencia mediante la transcripción de diferentes decisiones, las cuales apuntan en el siguiente sentido²⁸:

- Prohibición de cobrar dos veces el mismo daño, premisa correcta pero erradamente aplicada en la siguiente sentencia, pues en realidad se trataba de una misma persona cobrando dos daños diferentes a responsables diferentes: C.S.J, cas. civ. 30 Marzo 1951.
- Prohibición de demandar por un mismo daño a un responsable contractual y a otro extracontractual, aspecto que al no ser discutido entre las mismas partes, evidencia confusión frente al verdadero alcance del principio*.
- Prohibición de acumular la acción hereditaria y la acción personal²⁹, aspecto errado, toda vez que, siempre y cuando los herederos de la víctima se legitimen adecuadamente, se trata de dos daños totalmente diferentes, el primero, dado por el perjuicio sufrido por el muerto durante la lesión y la muerte y que pese a haber sufrido, no lo puede reclamar por haber cesado su existencia legal con la muerte, pero que puede ser cobrado por sus herederos como continuadores de la personalidad jurídica. Y el segundo, relativo al daño personal o de rebote que sufren los herederos en virtud de la muerte de la víctima directa. Como evidencia del error, el Dr. Tamayo cita las siguientes sentencias: C.S.J. cas.civ.11 Junio 1974 y C.S.J. cas.civ. 12 Agosto 1984.

²⁸ Ibid., p. 142

* En la obra se cita la sentencia siguiente: T. S. M, Sala Civil. 28 de Septiembre de 1983.

²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 161

Pese a los errores en que han incurrido algunas sentencias, lo cierto es que el principio de no acumulación rige por vía jurisprudencial en el derecho colombiano pese a no tener una consagración legal expresa, e incide a nuestro juicio de manera directa, a la hora de perfeccionar los actos procesales de afirmación en cabeza del pretensor, según pasamos a explicar.

3. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DIFERENCIACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES

Diferenciar los regímenes aplicables a sendas responsabilidades, así como plantear de manera adecuada el ámbito de aplicación del principio de no acumulación, conlleva a importantes implicaciones procesales que pasamos a desarrollar en detalle, y que implican que la determinación del origen del daño es una carga en cabeza del pretensor, que al omitirse o ser errada afecta de manera clara el normal desenvolvimiento del proceso:

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

Es por todos conocido que afirmar la existencia de acciones contractuales, extracontractuales, reivindicatorias, de pertenencia, etcétera, no es más que una impropiedad forense, ya que, la acción sólo es una consistente en el derecho de acudir a la jurisdicción para obtener un pronunciamiento suyo respecto a un litigio que se proyecta y que requiere ser hetero-compuesto por el juez, como sujeto investido de jurisdicción, es pues, diferente referirse a la pretensión, toda vez que habrá tantas pretensiones cuantos intereses jurídicos estén en juego y cuantos derechos se pretenda reclamar.

Frente a este punto, resulta ilustrativo el siguiente aparte doctrinario, del maestro italiano del derecho procesal CHIOVENDA

La acción es un poder frente al cual el adversario no está obligado a cosa alguna, ya que si la acción tutela un derecho subjetivo, la obligación de satisfacer el derecho subjetivo tutelado forma, como antes, el contenido de este; mientras que también, como veremos, puede darse en ciertos casos acción sin derecho subjetivo...La acción así entendida existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya...³⁰.

Desde este punto de vista, la responsabilidad contractual se deduce mediante la pretensión de responsabilidad contractual y lo propio ocurre con la extracontractual, lo que ocurre es que el proceso constructivo de la sentencia, le muestra al juez, la necesidad de verificar la existencia de los presupuestos procesales de la pretensión, camino obligado, para efectos de proferir una sentencia de mérito o de fondo (realmente el análisis es más precoz aún, esto es, mediante el auto admisorio de la demanda, por lo que sólo realizarlo antes de proferir sentencia, resulta contrario a la economía procesal).

Entre los aspectos objeto de examen se encuentra la afirmación del actor y la legitimación procesal, esto es, si quien pretende empleó los actos de afirmación indicativos de su interés y si éste es el llamado a afirmarlos y a ser afectado con la sentencia.

Recordamos que la legitimación procesal, consiste en la idoneidad del sujeto, respecto al litigio, para recibir los efectos de la sentencia, en términos del maestro FRANCESCO CARNELUTTI:

La legitimación representa, en cambio, dicha idoneidad inferida de su posición respecto al litigio...No hacen falta muchas reflexiones para comprender que quien se

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de derechos. Bogotá: Temis, 1986. p.19.

encuentra en mejor condición para ejercitar la acción, es el propio titular del interés en litigio, puesto que nadie mejor que él puede sentirse estimulado a servir de médium entre los hechos y quien los haya de valorar³¹.

Lo anterior, quiere decir que quien pretende en el proceso, debe ser la persona llamada a recibir los efectos de la sentencia, por afirmar y ser titular del interés en litigio. Por lo cual, resaltamos que la legitimación procesal tiene dos aspectos:

- La afirmación por parte del pretensor, como acto típico de afirmación de titularidad de la parte, según explicaremos, en acápite posterior.
- La titularidad del interés jurídico en disputa.

En razón de lo anterior, y con relación a lo expuesto, resulta claro que quien resulta ser una víctima contractual y omite indicar su calidad o afirma otra distinta, se legitima inadecuadamente, por fallar tanto en la afirmación como en la titularidad del derecho que se reclama, por lo que se puede concluir, que el principio de no acumulación y la actitud tomada por el pretensor frente al origen del daño resulta determinante, para efectos de la legitimación procesal y de la observancia del principio dispositivo, por eso cuando el pretensor guarda silencio (afirmación) o no resulta ser una víctima contractual como afirma serlo (titularidad del interés en litigio) estamos frente a un caso de ausencia de legitimación, que no puede ser solucionado con un acto del oficio judicial, sin estar realizando actos propios de parte y sin desconocer el principio dispositivo.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. La Composición del Litigio. Buenos Aires: Uteha, 1944. p. 733

Recordemos, que debido a que nuestro sistema procesal civil es predominante de naturaleza impositiva, las afirmaciones de la demanda y las excepciones de la contestación son el límite de la competencia del juez, por regla general.

Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

En atención al principio dispositivo que inspira el proceso civil, la competencia del juez está restringida de modo general a los temas delineados en la demanda y en la contestación, como también a las excepciones y todo otro asunto que la ley permita reconocer de oficio o mande a decidir sin ruego. Por tanto, el juez no puede abandonar el camino trazado en la demanda y la contestación, tampoco dejar de decidir un asunto que haya sido expresamente sometido a su examen, pues al proceder así usurpa la iniciativa que sólo corresponde al ciudadano, único que puede dar dimensión al daño que recibe e identificar su fuente³².

Lo anterior, a primera vista, parecería una exigencia desproporcionada, puramente formal y sin sentido alguno, pero en realidad, es la máxima manifestación del respeto al principio de autonomía de la voluntad, de legalidad y de debido proceso, quienes propugnan por un papel exageradamente activo por parte del juez, desconocen que en un Estado de Derecho, los poderes están expresamente reglados, por lo que las autoridades públicas sólo están llamadas a realizar aquellos actos que expresamente se consagran en la ley, y los particulares, por el contrario, todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Precisamente en razón de esta formulación del principio de legalidad consagrada en el artículo 6 de la Constitución Nacional, es que resulta coherente y claro entender que sólo al pretensor, en cuanto titular del derecho subjetivo de acción,

³² BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Cas.civ. 22 Marzo 2007. Bogotá: El autor, 2007.

le está dado indicar la fuente de sus pretensiones y los derechos sustanciales cuya defensa procura, según pasamos a explicar:

3.2 CARGA DEL PRETENSOR-ACTO DE PARTE

El proceso, es un constructo complejo de actos, provenientes tanto del oficio judicial como de las partes y terceros del proceso, básicamente podemos entender al proceso como un conjunto seriado de actos, cuyo objeto es componer justamente el litigio proyectado por las partes. Para ello, los distintos sujetos procesales llevan a cabo actos de afirmación, de notificación, de documentación, instrucciones procesales, etc.

El acto procesal pues, abarca una posición trascendental en el proceso, toda vez que, mediante éste intervienen los distintos sujetos e intereses jurídicos, cuestión determinante para concluir la legitimación y competencia para su manifestación e introducción válida al proceso. Es decir, para quien es parte, habrá ciertos actos, los de afirmación, necesarios para indicarle al juez, el ámbito respecto al cual transcurre el litigio que se desenvolverá en su presencia, mientras que para quien es juzgador, esto es, sujeto imparcial, habrá unos actos de gobierno procesal respecto a las partes y demás intervinientes, que permite concluir que éste se encuentra sobre puesto a éstas, nunca actos de afirmación del litigio por parte del juez.

Por lo anterior, si se descompusiera el proceso, para examinar de qué está hecho, llegaríamos a la conclusión, de que está conformado por el cúmulo de actos procesales, entramados entre sí, en virtud de la relación procesal tridimensional, que indica que son las partes, en razón de su conflicto de interés, quienes proyectan el litigio, y el juez, como sujeto superpuesto a éstas, el llamado a

resolverlo, en razón del interés difuso del Estado, consistente en la justa composición del litigio.

Así las cosas, las distintas etapas del proceso están diseñado por el legislador, en virtud del principio de libre configuración normativa, para la recepción de ciertos actos, en ciertos momentos, todo lo cual, con una finalidad procedimental clara y establecida en la ley, tales actos se encuentran diseñados previamente como un modelo en el procedimiento, al que se deben adecuar las partes, para conseguir los efectos procesales consagrados en tales normas.

Así las cosas, en el Código de Procedimiento Civil, el legislador en ejercicio de la potestad de libre configuración normativa, regula la demanda, como acto procesal modelo, norma de orden público y no susceptible de desconocimiento por parte del juez mismo o de las partes en litigio, con el objeto de resultar beneficiado. En voces del numeral 5 del artículo 75, nuestro estatuto procesal civil establece:

La demanda con que se promueva todo proceso, deberá contener:

1. (...)

5. Lo que se pretenda expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones que se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82.

6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones debidamente determinados, clasificados y numerados...

Frente a la teoría del acto procesal y las partes llamadas a realizarlos, resulta pertinente el siguiente aparte de la obra del profesor chileno JUAN COLOMBO CAMPBELL:

Los actos jurídicos procesales singulares, atendiendo al sujeto que los realiza en el proceso, se clasifican en actos procesales emanados del tribunal, de sus funcionarios auxiliares, de las partes y los producidos por terceros legitimarios para actuar por él. El acto jurídico privativo e inherente al ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal es la resolución judicial, ella es la forma normal y habitual que el tribunal tiene de manifestar su voluntad en el proceso.

Pero el tribunal de manera excepcional puede realizar otro tipo de actos procesales como por ejemplo, intervenir personalmente en la generación de ciertos medios de prueba como la inspección ocular, la confesión cuando la parte pide que se rinda ante él. La Ley ha reglado en cada oportunidad sus formalidades y si eficacia como actos procesales bajo el nombre de resoluciones judiciales. Bajo el nombre de resoluciones judiciales, compréndase actos muy distintos entre sí, ya van desde lo que Chiovenda denomina resolución principal hasta las simples providencias. Las resoluciones judiciales son actos jurídicos que le permite al juez conocer, resolver y hacer cumplir lo juzgado. El primer grupo de estos actos está destinado a que el proceso comience, adquiera impulso y continúe su curso hasta el final...agrega que en cuanto a la sentencia, en cuanto al fondo, la expresión de la voluntad del juez recae tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación e interpretación de la norma decisoria de la litis. Puede decirse que la sentencia como juicio lógico expresado, comprende un análisis razonado. En su íntima convicción motivada y fundada en los hechos del proceso previamente alegados y probados por las partes, lo que debe reproducir el juez en la sentencia. Ellos se fijan en un marco de referencia del que no puede salirse, si lo excede, su sentencia infringe la ley procesal, al violentar su competencia específica viciando su voluntad e incurriendo en una sanción de nulidad por vicio ultra petita e infracción del artículo 160 del C. de P.C. que consagra el C. de P.C.³³.

³³ CAMPBELL COLOMBO, Juan. Los actos procesales. Tomo II. Chile: Jurídicas de Chile, 1997. p. 334.

Nótese lo afirmado por el mismo autor, frente a los actos de parte:

Partes son las personas vinculadas al proceso por una relación jurídica procesal. Estas pueden ser principales o directas y terceros partes. El actor ingresa cuando el juez acogiendo el ejercicio de la acción abre proceso y el pasivo, cuando es emplazado en juicio. Los actos procesales emanados de las partes persiguen objetivos fundamentales que resulta útil precisar. 1) El actor invoca y alega en la demanda los hechos en que fundamenta sus peticiones o pretensiones y el demandado se defiende oponiendo sus excepciones, contrapretensiones, defensas, traspassando su versión del conflicto al proceso. 2) Las partes deben probar durante la estación legal que indiquen la norma de procedimiento, los hechos invocados en apoyo de sus peticiones de decisión favorable, ya que, de lo contrario precluirá el derecho para hacerlo. 3) Debe invocar ante el juez en apoyo de sus planeamientos las normas legales o de equidad que califican el conflicto. Es el fundamento de derecho que le da relevancia jurídica y en que sustentan sus peticiones. Las partes al realizar sus actos procesales tendrán que ajustarse a los requisitos generales de todo acto procesal y a los especiales que para cada acto determine la ley...Se llaman afirmaciones a las manifestaciones hechas por una de las partes al Juez respecto al conocimiento de los hechos o del derecho y que están destinados a producir la providencia solicitada. Las afirmaciones son simples comunicaciones de conocimiento y requieren ser de conocimiento propio y no ajeno. Las afirmaciones sobre hechos y a veces sobre derecho. Así pueden ser la fundamentación del derecho que se pretende tener por ejemplo, afirmación de la propiedad sobre el fondo que se va a reivindicar³⁴.

Es que no debemos olvidar que la jurisdicción, es una manifestación de potestad pública, atribuida por regla general a los órganos del Estado, según lo indica el artículo 228 de la Constitución Nacional -y excepcionalmente diferida a los

³⁴ Ibid., p. 355

particulares, cuando actúan previamente investidos por las partes, como ocurre en el arbitraje- por lo que, al igual, que todo poder administrativo, éste está sujeto al principio de legalidad, por lo que no se ejerce de manera indiscriminada, en búsqueda de una supuesta interpretación de la actuación de los particulares sino que está limitado, ya que, sólo puede realizarse aquello expresamente permitido en la ley.

En materia procesal, sucede que el límite de las competencias del juez, además de estar sujetas a las normas procedimentales diseñadas por el legislador, se encuentra igualmente sujeta a las afirmaciones que sobre hechos realicen las partes y a la prueba de éstos, razón por la cual, si el juez excede o ignora las afirmaciones de parte, su competencia se ve afectada por el vicio de la incongruencia, y ello además de implicar diversas consecuencias procesales, afecta el derecho al debido proceso, en su modalidad de bilateralidad de audiencia.

La razón de lo anterior, es la siguiente: recordemos que la sentencia es un acto de autoridad, que a diferencia de lo que ocurre con la ley, una vez es ejecutoriada se petrifica y permanece inmune al influjo de las restantes fuentes, que aún cuando siendo jerárquicamente superiores, no afectan la firmeza del mandato en ella contenido, es decir, hacemos referencia al fenómeno de la cosa juzgada. En razón de este efecto particular, resulta determinante la diferenciación entre los actos llamados a ser proferidos por la parte, y los llamados a ser producidos por el oficio judicial.

Destacamos que sólo partiendo del papel estelar de la pretensión, como acto proyectivo del litigio, puede concluirse que la determinación del origen del daño es una carga exclusiva del pretensor-víctima, y que incide directamente en la estructuración del derecho de defensa de la parte demandada, básicamente por las siguientes razones:

- La formulación de la pretensión, sus fundamentos y afirmaciones constituyen el núcleo típico de los actos de parte nunca del oficio judicial, pues la disposición y formulación de los intereses disputados, incumbe exclusivamente al particular titular del derecho que se reclama, es esta la mayor manifestación de respeto a la autonomía de la libertad privada y a la libertad, toda vez que, que implica el reconocimiento de la titularidad privada de los derechos subjetivos, lo cual implica la posibilidad de su libre disposición.
- Sólo quien se encuentra inmerso en el conflicto, es el llamado a proyectarlo, no puede el juez, afirmar él mismo el pleito o conflicto de interés que imparcialmente está llamado a enjuiciar. Recordemos, que el proceso es el mecanismo racional para la resolución justa de los litigios, interés externo y difuso del Estado, razón por la cual el ejercicio de la jurisdicción como potestad pública se encuentra limitado por la manifestación de parte.
- Permitir que por vía de la sentencia (acto exclusivo y excluyente del oficio judicial) se defina el origen del daño, frente al cual o se guardó silencio a sabiendas o se erró en la demanda, equivale a pretermittir la defensa del demandado en torno a dicho punto, toda vez que de conformidad con el artículo 92, éste sólo tenía la carga de pronunciarse frente a los hechos y pretensiones indicados expresamente en la demanda, como lo preceptúa el artículo 75 del C. de P.C.

Siguiendo la obra de CARNELUTTI³⁵, para efectos de concluir este capítulo, resulta necesario, indicar las siguientes características fundamentales en torno al proceso y su composición, especialmente en cuanto al papel de la pretensión, ya que, sólo así, se comprende el alcance, efecto y finalidad de los actos de parte:

³⁵ CARNELUTTI, Op. Cit., p. 5

- El proceso consiste en llevar al juez o al oficio procesal, el litigio y por tanto desenvolverlo en su presencia. Por eso proceso y litigio aunque distintos tiene un estrechísimo contacto. La diferencia es: el proceso no es el litigio sino que se encarga de reproducirlo o presentarlo ante el oficio procesal (el litigio no es el proceso pero está en el proceso si el proceso ha de servir para componerlo)
- No pueden conocerse los elementos del proceso sin que antes se conozcan los elementos del litigio porque éste es presupuesto del proceso y el objeto de los actos en que el proceso consiste. El litigio supone conflicto de intereses, para que éste exista se necesitan 2 personas y un bien. Para que un conflicto de intereses sea un litigio es necesario que una persona formule contra la otra una pretensión y ésta otra oponga resistencia.
- Se debe distinguir entre los elementos genéricos del conflicto de intereses (personas y bien) y los elementos específicos del litigio (pretensión-resistencia). Porque el litigio supone conflicto de intereses necesariamente hay dos personas por eso se habla de parte. Con el término parte indicamos la posición antes que individualidad.
- La parte del litigio es tanto quien tiene titularidad del interés como la declaración de voluntad en qué consiste la pretensión. Como el conflicto se transforma en litigio por una actitud específica de las partes: pretensión y resistencia, recordar que la pretensión es la exigencia de subordinación de un interés ajeno a uno propio.
- Es claro que existe una cierta dependencia de la relación procesal a la sustancial e igualmente la autonomía del derecho subjetivo sustancial del derecho subjetivo procesal. La pretensión es un acto no un poder, es lo que el titular del interés hace y no lo que tiene.

- La pretensión incluso no supone un derecho, porque efectivamente puede proponerse por quien sí es titular del derecho o por quien no lo es. Es que la pretensión sin derecho por eso no deja de ser tal, lo que se afecta es la razón de la pretensión porque ésta se define como la conformidad de la pretensión con el derecho (objetivo)
- Corresponde distinguir entre los motivos y las conclusiones de la pretensión, los primeros son la indicación de los hechos jurídicos que sustentan la pretensión. Los segundos, la indicación de los efectos que le correspondan.
- En el proceso yace también un interés externo que consiste en la justa composición de los conflictos, por eso se ha de tutelar el interés de una de las partes. Es decir, no sólo se trata de afirmar, sino que la afirmación resulta susceptible de tutela por el ordenamiento. Para alimentar el movimiento del proceso basta la razón procesal sin que sea necesario para éste, la razón procesal.

De lo narrado podemos concluir que a diferencia, de cómo parece entenderse en la práctica forense, la pretensión en nada tiene que ver con el derecho sustancial que se pretende reclamar, pues quien no es titular del derecho subjetivo puede pretender, aún cuando al final del proceso obtenga una sentencia desfavorable. La pretensión es pues, un acto, más concretamente un acto de parte, excluyente de ésta y esencial para determinar la existencia del litigio (el conflicto de intereses jurídicos) y por ende el proceso.

Así las cosas, es el pretensor el único llamado a identificar el origen de su daño y el demandado el llamado a resistirlo, por lo que, cuando se omite o erra, en el fondo se manipula la carga de respuesta y controversia del demandado. Al afirmar lo anterior, simplemente hemos definido la titularidad de la carga de determinación

de la responsabilidad, pero no necesariamente estamos sosteniendo que por la omisión o el error en la calificación, la víctima pierda su derecho a ser indemnizada, lo que se está afirmando es la imposibilidad de que sea el juez quien asuma el acto de parte, pero que finalmente el procedimiento civil, aunado con la aplicación del principio de proporcionalidad de linaje constitucional, le brindan al juzgador y a la víctima una serie de herramientas, dirigidas a hacer efectivo su derecho sustancial sin quebrantar la formalidad entendida como garantía necesaria para efectos de la salvaguarda del debido proceso. Pasamos a explicar esto, más en detalle:

4. LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL Y DISPOSITIVO POR VÍA DE LA OPCIÓN ENTRE LAS RESPONSABILIDADES Y LA DETERMINACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR

El derecho procesal moderno, propio de los Estados Constitucionales, no considera que la justa composición del litigio sea un tema absolutamente irrelevante para la sociedad³⁶, ni que sólo vincule los intereses particulares de los intervinientes, ni mucho menos, deja la composición del litigio a fórmulas mágicas, a adivinación, a juicios inversos o a la pura arbitrariedad³⁷, ni tampoco, lo hace a formulismos absurdos, donde es la forma por la forma, con carencia total de instrumentalidad.

El derecho procesal del Estado Constitucional, entiende que el debido proceso es de aquellos principios comunes a la sociedad pluralista³⁸, garantía fundamental³⁹ para los administrados y que irradia toda actuación administrativa o judicial, al componerse de tres pilares fundamentales, a saber:

- La legalidad de formas y procedimiento.
- La Bilateralidad de audiencia
- Juez Natural

Atendiendo a ello, a partir de la Constitución de 1991, los operadores jurídicos empiezan a redimensionarse los principios tradicionales del derecho procesal con

³⁶ Ibid., p. 12

³⁷ TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 296

³⁸ ZAGREBLESKY, Gustavo. El derecho dúctil. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 150

³⁹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-620/96. Bogotá: El autor, 1996.

el propósito de hacer un análisis profundo a las formas procesales, para determinar cuáles de ellas son formulismos (carecen de instrumentalidad en relación con el derecho sustantivo) y cuáles son verdaderas formas (tienen una clara finalidad instrumental), con el propósito de dar cumplimiento a las formas, como aplicación del primer pilar del derecho fundamental al debido proceso, denominado legalidad de formas y procedimiento.

A contrario sensu, de cómo algunos pretenden mostrarlo, no es que con la Constitución de 1991 se halla desformalizado el derecho procesal, sino que éste cobró un mayor ímpetu, pues tanto el juez de tutela como el ordinario, evaluaron la importancia de mantener sólo aquellas formas, que tiene una finalidad instrumental en relación con el derecho subjetivo que se reclama, porque de lo contrario, se violaría el derecho fundamental al debido proceso*.

No obstante, llaman la atención dos cosas:

- El sector tradicional de la doctrina procesal especializada, nos referimos preferentemente a la italiana, liderada por Carnelutti, siempre estableció la instrumentalidad del derecho procesal como característica fundamental y sobresaliente, pese a ello, el contexto colombiano extrañamente era rígidamente formalista, y poca o ninguna reflexión se hacía en torno al verdadero papel del derecho procesal (como prueba de ello, se encuentran las normas derogadas relativas al pago previo de las sumas que se pretendiera discutir en la demanda, la errada dimensión que en ocasiones se dio al principio de congruencia procesal, etc.)

Partiendo de este contexto, la Constitución de 1991, consagra por un lado en la parte dogmática de la Constitución, el debido proceso como derecho fundamental,

* Como ejemplo del fenómeno al que hacemos referencia resultan ilustrativas las siguientes sentencias: C-472, 586 Y 592 de 1992, C 070, 125 Y 543 de 1993, C-095, 098 Y 1178 de 2001.

y a su paso, como una clara manifestación del constitucionalismo negativo*, la consagración instrumental del derecho procesal, en la parte orgánica, en voces del artículo 228:

La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado...

Así también, se consagra en norma seguida, en voces del artículo 229, el derecho de acceder libremente a la jurisdicción, el cual ha tenido importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios. A lo que se suma, que por vía jurisprudencial, se reasume el papel del juez, como un verdadero paladín de la protección de los derechos fundamentales, desarrollo que como se sabe, empezó en épocas tempranas a la Constitución, mediante la sentencia T -406 de 1992.

- Lo que ocurrió, con ocasión de la Constitución de 1991, no fue la abolición de las formas procesales ni el fin del derecho procesal, sino la confirmación acerca de su instrumentalidad, esto es, la reafirmación del derecho procesal como una dogmática que aunque autónoma e independiente, existe con la finalidad de ser instrumento para hacer efectivos los derechos sustanciales de los justiciables.

Disentimos parcialmente de lo indicado por el Dr. Ricardo Zuluaga Gil, quien ha sostenido: “Es más me atrevo a pensar que un análisis más detenido debe

* Recordemos que el constitucionalismo negativo, corresponde al fenómeno en donde los grupos sociales plasman en la constitución, normas que por su naturaleza no deberían estar allí, por la desconfianza de los poderes políticos creadores de la norma de inferior jerarquía.

conducir necesariamente a concluir que el desafortunado artículo 6* del C. de P.C. ha sido derogado por la Constitución de 1991. Ello es, sin lugar a dudas, una auténtica revolución, en tanto la disposición significa una nueva concepción de la función de administrar justicia en un país que tradicionalmente ha estado impregnado de concepciones extremadamente formalistas y procesalistas que han imperado y siguen imperando en funcionarios judiciales...Debe comenzarse por afirmar que en virtud de lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, se ha constitucionalizado el principio de interpretación según el cual la ley procesal debe interpretarse teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley⁴⁰. Ya que, si bien consideramos que el derecho procesal ha sido constitucionalizado en virtud de la instrumentalidad, no por ello la formalidad ha desaparecido ni ha sido derogado, precisamente porque una interpretación como la referida, es inconstitucionalidad como claro desconocimiento de las garantías de legalidad, igualdad y debido proceso.

Partiendo de sendas consideraciones, resulta claro que tanto la congruencia procesal como el principio dispositivo continúan vigentes en el ordenamiento colombiano, incluso con mayor fuerza, al estar estrechamente vinculadas al derecho de libre acceso a la jurisdicción y al debido proceso, según pasamos a explicar:

* “Las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”

⁴⁰ ZULUAGA GIL, Ricardo. La función judicial en la Constitución Colombiana de 1991. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Medellín. Vol. 1, No. 1, (Sep.-Dic. 1997); p. 117

5. EL CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA PROCESAL Y DISPOSITIVO DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Según lo reconoce la doctrina tradicional, de manera previa al fenómeno de constitucionalización, la congruencia procesal era entendida como el apego literal y expreso a los términos y palabras usadas por el demandante, por lo que en ocasiones, la aplicación del principio llevaba al absurdo y la inaplicación de los derechos contenidos en la ley, circunstancia que llevó al redimensionamiento del principio en comento.

El binomio conceptual construido por la doctrina, al redimensionar el principio, consistió en entender que el proceso debido requiere salvaguardar la congruencia, pero que ésta debe entenderse en un sentido razonable y flexible, que permita pasar de la literalidad y formulismo, al contenido y a lo discutido.

Veamos lo indicado por el profesor argentino GUILLERMO ENDERLE, frente al punto

Entendemos por fin, que el ajuste preciso a los parámetros señalados por la congruencia no deparará per se un pronunciamiento en mérito justo, sino que a través del respeto al principio y sus flexibilizaciones en el marco del proceso debido, nos podrá conducir a una sentencia de fondo que se adecue a parámetros razonables de justicia en la decisión. Como se ha señalado la jurisprudencia procesal civil, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta o literal, sino ajustar a lo discutido y no a las palabras, vocablos con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre, claro, está sin desmedro de la defensa en juicio⁴¹.

⁴¹ ENDERLE, Op. Cit., p. 16.

Como se observa, la balanza de la congruencia estaría avocada por la necesidad de garantizar el derecho de defensa y por flexibilizar el principio en búsqueda de la justicia de la decisión, es ésta la situación en la que se encuentra todo juzgador en casa caso en concreto, y lo que se debate en este trabajo, en el sentido de establecer si cumplir o no con la carga de determinar el origen contractual o extracontractual del daño resulta ser una excesiva consideración de la congruencia, o si por el contrario es una garantía básica y límite a la competencia del juzgador.

Ahora bien, si bien la congruencia procesal es una manifestación del principio dispositivo, resulta determinante indicar de manera separada lo siguiente:

El proceso civil moderno, bien estadual o arbitral, sin importar el sistema procesal de que se trate, se encuentra sometido al principio dispositivo, es decir, a la libre disponibilidad de las partes para la determinación del litigio, tanto en su iniciación como fijación, límites y objeto de discusión, aspecto que no sólo se concluye de la redacción misma de las normas procedimentales contenidas en el Código de Procedimiento Civil (Art 1, 6, 76, 88, 89, 92, 99, 177 y 305 del C. de P.C), sino que se derivan de la misma naturaleza del derecho de acción y de la necesidad de garantizar la igualdad de las partes procesales, la competencia del juez y en últimas, el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional⁴².

Frente al concepto del principio dispositivo, debemos decir que se trata de una garantía en virtud de la cual las partes del proceso, mediante los actos idóneos para ello, trazan el contorno del litigio que se somete a decisión del juez, de manera autónoma y excluyente. Resulta ilustrativo el siguiente aparte doctrinal:

⁴² QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. El derecho procesal en la Constitución de 1991. En: Revista Temas Procesales. Medellín. Vol. 2, No. 16, (May. 1993); p. 79

Conceptualmente, el principio dispositivo pivota alrededor de las partes, como verdaderos actores dentro del proceso, proporcionando el material y fundamento para llegar a la sentencia poseyendo, en consecuencia facultades para iniciarlo, fijar los hechos concernientes al objeto, desarrollarlo y poder renunciar a distintos actos, limitando las funciones del juez a la dirección y decisión del conflicto, no pudiendo éste conceder, negar o alterar algo que no le haya sido solicitado. Pero no se trata sólo del hecho exterior de que el proceso debe ser iniciado por la parte: es la estructura misma de la acción, su esencial bilateralidad, por la cual, al decir de Satta, la exigencia de juicio se plantea en términos de contradicción, entre dos posiciones jurídicas, y por ende entre dos sujetos, lo que hace dispositivo al proceso... Por su parte, en el inquisitivo, como contracara, es el juez quien actúa per se investiga y decide en plenitud sin quedar constreñido por facultad alguna de las partes...⁴³.

Mucho menos hay lugar a considerar que el deber de dirección del juez y la búsqueda de la supuesta efectividad de los derechos sustanciales, sean argumentos para desconocer el alcance del principio en comento, ya que, ello implica un claro desconocimiento del alcance y concepto no sólo del principio dispositivo, sino de la naturaleza misma del derecho de acción y del límite que conoce el ejercicio de la competencia del juez, en virtud de la afirmación de las partes. Repetimos, invocar a la defensa objetiva del interés del proceso no es un argumento suficiente para que el juez entre a realizar los actos de la parte, en contravía del principio dispositivo, sin que las garantías mínimas de la contraparte interviniente se vean afectadas y la competencia del juzgador gravemente viciada.

Sostener lo contrario, implica una clara nulidad objetiva de carácter constitucional, porque es claro, que la naturaleza de las normas procesales es la de ser garantías mínimas de igualdad y manifestaciones del derecho fundamental al

⁴³ ENDERLE, Op. Cit., p. 23

debido proceso. Dicho aspecto ha sido tratado en detalle por la doctrina procesal así:

El principio dispositivo –señala Calamandrei- es, en sustancia, la proyección en el campo procesal de aquella autonomía privada en los límites señalados por la ley, que encuentra su más enérgica afirmación en la tradicional figura del derecho subjetivo, mientras la legislación sustantiva reconozca (aún cuando sea para coordinarla cada vez mejor a los fines colectivos) tal autonomía, el principio dispositivo deberá ser coherentemente mantenido en el proceso civil como expresión insuprimible del poder reconocido a los particulares de disponer de la propia esfera jurídica. No obstante mantener su gravitación en los ordenamientos adjetivos civiles el mismo debe ser conciliado con el de publicización del proceso, porque al decir de Lacano, aparentemente existe incompatibilidad entre ambos valores directivos, el uno tiene en cuenta la voluntad y acción de las partes cuyo interés parecería contemplar únicamente; el otro, destaca la intervención que el Estado tiene en la vida judicial en vista del interés público.

No es sacar a los Tribunales de su posición de juzgadores, ni de sustituir a las partes en el ejercicio de derechos que sólo a ellas corresponden, sino simplemente de reconocer al órgano poderes propios tendentes al mejor cumplimiento de su función. La satisfacción de ambos intereses –agrega- se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso, Siguiendo a Carnelutti, sostiene que la litis es asunto privado, el proceso en cambio pertenece al derecho público.

Concluye que el principio dispositivo no es incompatible con la naturaleza pública del proceso, sólo confundiendo o identificando el pleito con el proceso se puede sostener lo contrario y si bien el uno es el continente y el otro el contenido, ambos tiene esferas de acción propias.

Prescindir de las partes para intervenir en el conflicto mismo importaría violar los derechos subjetivos que reconoce el orden jurídico actual y cuya tutela se procura por medio del proceso. Por consiguiente, y en virtud de lo expresado, el

principio dispositivo se confía a la actividad de las partes, tanto en el estímulo de la función judicial como en la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez, su vigencia se manifiesta en la iniciativa, la disponibilidad del derecho material, el impulso procesal, la delimitación del tema decidendum, la aportación de los hechos y de la prueba...⁴⁴.

Finalmente, debemos destacar que la existencia del principio dispositivo no es una mera exigencia formal o un mero formalismo procesal, como algunos pretenden mostrarlo, sino que toca de manera directa con la imparcialidad del juzgador, recordemos, que el papel del juez es la de ser un tercero imparcial investido de jurisdicción, mientras que son las partes, quienes se encuentran en conflicto (litigio), quienes son los protagonistas de la relación subyacente y por ende los únicos llamados a realizar los actos proyectivos del conflicto (demanda y contestación). A la luz de lo expuesto, cuando el juez afecta, incide o decide usurpar el papel de las partes, para inmiscuirse en la forma en que éstas deben presentar el litigio o trabar el conflicto entre tales, no sólo desconoce flagrantemente el principio dispositivo y el debido proceso, sino que compromete su imparcialidad, aspecto inaceptable a la hora de administrar justicia.

Frente a lo expuesto en torno al principio dispositivo, resulta ilustrativa la siguiente sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

La posibilidad de concurrir ante la autoridad jurisdiccional para pretender determinado pronunciamiento, entraña la convergencia de dos conceptos fundamentales inmersos dentro del derecho procesal, tratados a espacio con arreglo a profundos exámenes y discusiones jurídicas, como lo son el derecho de acción y la pretensión. Entiéndese por esta última, 'lato sensu' –dada su conexión con el asunto 'sub-examine'–,

⁴⁴ Ibid., p. 25.

la solicitud formulada por una de las partes, o más específicamente una manifestación de voluntad particular enderezada a obtener una determinada decisión jurisdiccional que, para el efecto, se funda en diversos soportes fácticos. Esta petición se encuentra, pues, individualizada por diferentes elementos que, a su vez y obedeciendo a finalidades de granada importancia, son los que permiten identificar la controversia objeto del proceso. Es así como, cada litigio será dueño de su propia singularidad, estereotipada por la pretensión; por los sujetos relacionados o vinculados con ésta, y por los fundamentos jurídicos esgrimidos, específicamente, para sostener la causa para pedir. Al respecto, ha manifestado la Sala que “Sujetos, objeto y causa son, pues, los elementos de toda pretensión por cuyo conductor se obtiene la individualización del contenido litigioso de cada proceso civil en particular, y en cuanto al tercero de esos elementos concierne, debe tenerse presente que lo constituye el conjunto de hechos de relevancia jurídica en que el actor ha fundado la ameritada pretensión, constituyendo en consecuencia uno de los ‘factores esenciales del libelo’ (G. J, Ts. LIX, pág. 818, y LXXV, pág. 158) que en la sentencia no pueden ser alterados, toda vez que en este ámbito, como lo tiene definido la jurisprudencia con sólido respaldo en las normas de rango legal, “...la facultad del juez queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la causa petendi uno de los límites que se establecen en la litis contestación...” (G. J, T. XXVI, pág. 93).” (sentencia del 19 de febrero de 1999, expediente 5099) (El subrayado es ajeno al texto) 2.-

Desde tiempos inmemoriales, el juez halla sometida su actividad a variados límites de diferente entidad y naturaleza.

En primer término, por vía de ejemplo, no puede proferir sentencia –por regla general- sin que exista una demanda de parte, de conformidad con lo señalado en el artículo segundo del Código de Procedimiento Civil, fiel reflejo de la milenaria máxima del derecho romano, recordada por el maestro Chiovenda^[i], según la cual “no se puede juzgar de oficio; no se puede juzgar sin actor” (ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore). En segundo término, y en línea de principio, el fallador no puede decidir nada distinto

de lo que las partes le han sometido, es decir no puede exceder ni las pretensiones formuladas, ni los medios de defensa propuestos, ni la causa petendi que soporta a éstas y aquellas. En otras palabras, no puede desconocer el principio de la congruencia, claro está que teniendo en cuenta las facultades de pronunciamiento oficioso reconocidas por la ley. En tercer lugar, entre otras exigencias, está obligado a respetar el contenido y las formas previstas para el fallo de fondo. Ahora bien, con relación al límite objetivo referente a la extensión de la decisión jurisdiccional, debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno, trazó la 'causa petendi', génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su real pertinencia- por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo del celeberrimo principio de “iura novit curia”, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de la congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, 'a posteriori', deberá el fallador inscribir su resolución⁴⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a explicar brevemente el verdadero efecto de la congruencia procesal en torno a la competencia del juzgador.

5.1 EL ACTO DE PARTE COMO LÍMITE MATERIAL Y FORMAL DE LA CONGRUENCIA PROCESAL

Lo primero que debemos indicar es que la congruencia procesal, se erige como un límite especial en materia procesal, desde el punto de vista material y formal, para

⁴⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Cas. civ. 4 de septiembre de 2000 Bogotá: El autor, 2000.

el ejercicio de la función jurisdiccional. Ahora bien, nos preguntamos que hechos, normas o afirmaciones determinan el ámbito de la congruencia, o sea si lo que se pretende es que la aplicación del derecho en cabeza del juez, o mejor, la aplicación de la responsabilidad correcta quede sujeta al planteo del pretensor.

Lo primero que hay que decir, es que una cosa es la función de aplicación del derecho, que desde el punto de vista de la fisonomía del proceso, consiste en proveer a las partes en litigio una voluntad justa a la luz del ordenamiento y que se impone como acto de autoridad y de manera autárquica, y otra, la titularidad del conflicto discutido. Mientras que la función de proveer la decisión es una función pública, el trazo del litigio es un acto que atañe al conflicto y que se desarrolla en la órbita de la autonomía de la voluntad privada, es decir, en la pretensión.

Específicamente los hechos y pretensiones que le sirven de fundamento hincan sus raíces en el reconocimiento de la titularidad privada de los derechos subjetivos, lo cual implica la posibilidad de su disposición.

Esta diferenciación es a su vez, una consecuencia de la distinción existente entre litigio y proceso a la que nos referimos antes, citando a CARNELUTTI, ya que, frente al litigio son las partes las facultades para su determinación, por tratarse de asunto privado, mientras que en el proceso, la aplicación de la norma mediante sentencia, es un asunto que pertenece a la función de la jurisdicción, luego está en la órbita del derecho público, y se concreta en el interés del Estado en la justa composición del litigio, como medio para lograr la paz social.

En razón de dicha consideración, el límite principal a la decisión del juzgador es la afirmación de parte del pretensor, es decir, la autoatribución del derecho que se invoca, así como la defensa que proponga el demandado, mediante simples

medios defensivos o mediante hechos exceptivos*, así como lo que de éstas afirmaciones resulte probado.

Es pues, el litigio exclusivamente proyectado por las partes el límite para el pronunciamiento del juez y en ello, precisamente se resuelve el principio de congruencia procesal, al ser las partes quienes aportan el sustrato de la decisión, esto es, el conflicto, al proceso mediante los actos procesales de afirmación (principalmente la demanda y la contestación).

De esta manera resulta claro que cuando se erra o se omite la calificación correcta de la responsabilidad, y el juez pretende subsanar dicha falencia, invade inexcusablemente un núcleo central de la pretensión, cual es la causa, la cual se encuentra íntimamente relacionada con el concepto de hecho en sede procesal:

Así lo expresa, el profesor ALVARADO VELLOSO:

Esta concepción unitaria se descompone en dos subelementos cuando se le analiza respecto de la pretensión procesal; el primero de ellos, está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual, se convierte en la base o fuente del derecho pretendido, el segundo, es la impugnación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho, por ejemplo, Juan sufre un daño al ser chocado por un ómnibus conducido por un dependiente de su propietario por su simple carácter de tal: un mismo hecho puede producir imputaciones jurídicas diferentes...

* Para mayor claridad del lector, consideramos pertinente clarificar lo siguiente: Lo dispuesto en el artículo 305 del C. de P.C. relativo a que el Juez puede declarar en sentencia las excepciones que no obstante no ser afirmadas resulten probadas, salvo las de nulidad relativa, prescripción y compensación, no desconoce ni desfigura ni el principio de congruencia procesal ni su fundamento teórico, toda vez, que en este caso particular el legislador, en ejercicio del principio de libre configuración normativa, creó una fuente adicional de competencia diferente a la afirmación de la parte, ya que, en virtud de esta norma, si una excepción impropia resulta no afirmada pero probada el juez debe reconocerla, por lo que lo contrario a la congruencia procesal, es precisamente que siendo no alegada pero probada el juez no la declare en sentencia.

Llamamos la atención del lector, en la posición planteada por el profesor ALVARADO, de cara al derecho argentino, la cual coincide plenamente con lo que hemos venido exponiendo y que nos da herramientas teóricas de carácter procesal para concluir la improcedencia de la teoría de la unidad de causas, sostenida por algún sector de la doctrina civil:

La distinción que propicio conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa es sólo el hecho y no la imputación jurídica (argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad). Así es como se afirma por ejemplo, “si en la pretensión por indemnización de daños y perjuicios se ha invocado la culpa aquiliana (Cod. Civ. Art.1109), la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de responsabilidad contractual, porque, en tal hipótesis, la causa de la pretensión está representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor”. No comparto esta interpretación que conduce directamente a la violación a la regla procesal de congruencia y, además, a la merma del derecho de defensa de por lo menos una de las partes en litigio. Para aceptar esta afirmación, adviértase que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente de acuerdo con las diversas imputaciones que puede hacer el actor en una demandada...Véanse ahora las consecuencias prácticas de la interpretación criticada: si la víctima del daño demanda a los tres años del hecho la única defensa de prescripción posible (2 años), no creo que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación efectuada a base de él, debe aplicarse una prescripción mayor (la de diez años)⁴⁶.

Corolario de lo expuesto, debemos afirmar que, el contorno litigioso, concretamente los hechos que dan lugar a la imputación, como la imputación

⁴⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Buenos Aires: Culzoni, 2006. p. 103

misma es siempre planteada por las partes al juez y es ésta afirmación el límite para su pronunciamiento y decisión. Por lo que, si analizamos el caso en que se omiten calificaciones en la demanda o se erra con el binomio de la congruencia, al que hemos hecho referencia encontramos que:

- La exigencia de determinar el origen del daño no es simplemente de carácter formal sino que afecta de manera determinante el derecho de defensa, básicamente, porque debido a la forma en que está regulado el procedimiento civil, al demandante se le exige (artículo 75 numeral 5 y 6) indicar de manera detallada y clara lo que se pretende, así como los hechos y los fundamentos jurídicos, y de manera correlativa, el demandado (artículo 92 numeral 2 C de P.C.*) le corresponde dar una respuesta expresa sobre los hechos y pretensiones de la demanda, pero sólo frente a esos, so pena de indicio grave (artículo 95 C de P.C.).

Lo anterior, evidencia que si el juez cambia la calificación en sentencia, cuando ya precluyeron las etapas procesales de afirmación **, porque nada dijo el pretensor en la demanda o invocó otra diferente, nunca hubo pronunciamiento ni defensa de parte del demandado contra esta nueva categoría, básicamente porque éste sólo tenía la carga legal de pronunciarse frente a lo indicado expresamente en las pretensiones de la demanda.

Si proponemos ejemplos en este sentido, podríamos pensar en aquel caso en donde el demandante afirmó responsabilidad extracontractual para evadir la prescripción, así planteó los hechos y pretensiones de la demanda y el

* Artículo 92. La contestación de la demanda contendrá (...)2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan. En caso de constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así.

** Resulta obvio que en este caso, ni siquiera hay posibilidad de acudir a la teoría del hecho sobreviniente, para cambiar el pronunciamiento, toda vez que no se trata de un hecho nuevo y ocurrido durante el trámite del litigio, que tenga la virtualidad de alterar la pretensión, hasta hacerla ineficaz, sino un cambio intempestivo, mediante el cual el juzgador asume actos de parte.

demandado dio respuesta a esos hechos y a esas pretensiones como lo impone el artículo 92 del C. de P.C. y resulta que el juez consideró que la responsabilidad correcta era la contractual, por lo que el demandado nunca tuvo oportunidad para proponer la excepción propia de prescripción (que al ser propia no puede ser reconocida de oficio) sino que fue sorprendido con la sentencia, en donde el juez decidió proyectar un nuevo conflicto de interés frente al cual no hubo discusión, con el agravante de que en la segunda instancia no se introducen afirmaciones nuevas al proceso, sino razones de disenso en contra de la sentencia, por lo que, en el fondo respecto a esa nueva pretensión medió una pretermisión de la instancia.

Pensemos, igualmente en el caso en donde la víctima que afirma responsabilidad extracontractual, cuando la correcta era la contractual, y así lo considera el juez en sentencia, pero como el demandado sólo se pronunció, como era su obligación, frente a las pretensiones de la demanda, no pudo alegar la nulidad relativa del contrato, que sólo él estaba llamado a proponer.

Pensemos también, en la hipótesis donde el pretensor guarda silencio a propósito para evitar calificar la responsabilidad y el juez, mediante sentencia termina aplicando a responsables contractuales, normas extracontractuales y viceversa, cuando frente a unos responsables habría responsabilidad directa al ser contractual, frente a otros extracontractual y frente a algunos otros ni siquiera habría lugar a considerar una u otra.

En el derecho argentino, por vía jurisprudencial, se ha considerado que incluso se presenta incongruencia cuando el juez concede una “acción” (pretensión) diferente a la invocada por el demandado. Veamos:

Al momento de sentenciar debe tenerse en especial consideración el principio de congruencia establecido por el artículo 63, inciso 6, y reiterado por el artículo 262 del Código Procesal Civil y Comercial, que significa que, como regla general, debe existir correspondencia perfecta entre la acción promovida y la decisión que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las demandas sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos...1) El juzgador no puede basarse en hechos no alegados aunque su existencia resulte de la prueba, dado que esta como principio sólo puede versar sobre los extremos oportunamente invocados. 2)

La sentencia no puede decidir acerca de una acción no ejercida en los escritos introductorios del proceso, o conceder, excediendo el límite del reclamo ni omitir la consideración de la que fue planteada, puesto que se estaría en presencia respectivamente de sentencias dictadas extra petita partium, ultra petita partium y citra petita partium. Y en lo que concierne a la causa (o título) es decir, la concreta situación de hecho invocada para delimitar los términos de la pretensión u oposición, el juez tampoco puede hacer mérito a alguna distinta a la tratada (CN Civ.de la Capital Federal, sala E, 27-3-2001, "C.,H,F, c/l., C.L.")⁴⁷.

En nuestro derecho, la jurisprudencia no se ha ocupado de analizar detalladamente el principio de congruencia procesal, pese a estar expresamente consagrado en el texto del artículo 305 del C. de P.C., más bien se ha abierto paso una teoría según la cual, el juez debe interpretar las demandas, la cual explicaremos más adelante.

⁴⁷ ENDERLE, Op. Cit., p. 67.

Para finalizar este capítulo, destacamos que no es en vano, que la necesidad de indicación de los hechos de la pretensión sea un requisito de admisibilidad de las demandas en el derecho procesal comparados. Veamos frente a este punto, lo indicado por el profesor FALCON:

Los hechos en que se funde la demanda deberán ser explicados claramente. El Código ha establecido el principio de sustanciación de los hechos, esto es, la relación histórica de las situaciones entre actor y demandado que fundamentan la pretensión. Relato que debe ser congruente, lógico y pormenorizado en la medida necesaria para anotar al juez de lo sucedido⁴⁸.

Por todo lo expuesto, es necesario analizar cuál es el verdadero papel del acto del oficio judicial, de cara al principio dispositivo:

5.2 EL ACTO DEL OFICIO JUDICIAL COMO MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Según se explicó arriba, existen actos que procesalmente, sólo están llamados a ser proferidos o manifestados por el juez, aquellos que genéricamente, en la obra del profesor CHAMPBELL, se denominan resolución judicial, ya que, sería absurdo considerar que la parte decida las peticiones que ella misma fórmula o que profiera sentencia dentro del conflicto en el que ella misma tiene un interés.

Entonces si dijimos que los actos de afirmación del litigio, están llamados exclusivamente a ser adelantados por las partes, y que la determinación de la responsabilidad corresponde entonces al pretensor, resulta claro que el acto

⁴⁸ FALCON, M. Enrique. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 235

excluyente del oficio será la aplicación de las normas jurídicas respectivas, tanto las afirmadas en el fundamento jurídico de la demanda, como las que el juez considere pertinentes*, de conformidad con el principio “iura novit curia”. No obstante aquí el límite es sutil y tenue pero existe y resulta determinante para efectos de concluir si la actuación del oficio se ajusta o no al principio dispositivo, y es éste: la función consiste en aplicar las normas respectivas, de cara al tipo de pretensión que ejerció el actor, y que se individualiza por lo consignado, en voces del artículo 75, “con precisión y claridad” en el acápite de las pretensiones, en las normas sustanciales invocadas y en los hechos narrados, pero no, en asumir la falencia en este sentido o corregirla para determinar aplicar la norma respectiva.

Definir una o otra actuación resulta determinante para efectos de concluir su medió o no una incongruencia violatoria del principio dispositivo y del debido proceso.

Precisamente en razón de lo tenue del lindero y de las consecuencias diferenciadas, pasamos a analizar en concreto detalle lo siguiente.

* Destacamos que la carga de indicar el fundamento jurídico de la demanda, contenido en el numeral 5 del artículo 92 del C. de P.C. tiene como finalidad individualizar la pretensión, ya que, si se afirman las normas que consagran el derecho sustancial reclamado, el juez tendrá no sólo claridad frente a los derechos que se invocan sino a los supuestos de hecho que se pretende probar, para analizar así la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios, al momento del decreto respectivo. Es este un caso de formalidad con clara finalidad instrumental

6. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LA VÍCTIMA O EL JUZGADOR

Sin ánimo de ser repetitivos, y para evitar extendernos aún más en el desarrollo del asunto, consideramos pertinente exponer los puntos críticos de la discusión propuesta:

- Ya hemos sentado hasta la saciedad el contenido, razón, elementos y fundamento de los principios de congruencia procesal y dispositivo, indicando que al contrario de cómo generalmente se muestra, estos no son un formulismo carente de sentido de justicia, sino la mayor manifestación de respecto a la libre autonomía privada que rige la formulación del litigio, al límite de competencias, sano en toda democracia, al debido proceso.
- También hemos ejemplificado y analizado lo que ocurre en los casos en que el pretensor, a sabiendas o no, omite calificar el origen de su daño o lo presenta de manera equivocada, a la luz de la manera en que nuestro legislador ha diseñado el procedimiento civil, en ejercicio de la potestad de libre configuración normativa (artículos 75 y 92 del C. de P.C.) y las eventuales violaciones al derecho de defensa, que en ciertas ocasiones tendría lugar cuando el juez sin que se le haya propuesto, al margen de que haya sido probado o no, entra a establecer la causa omitida o erradamente planteada por el pretensor.
- Pese a ello, consideramos que imponer como un requisito sine qua non para la condena al responsable el que la víctima establezca sin lugar a ninguna duda desde el momento mismo de la presentación de la demanda, el origen contractual o extracontractual de la responsabilidad, resulta en

ciertos casos desproporcionado e irrazonable, ya que, hay casos límite en los cuales, no es clara la causa del daño, ni siquiera para el legislador o para el juez, por lo que en el fondo, al imponerle ésta carga al pretensor, eventualmente se conduciría a desmaterializar la instrumentalidad del proceso, como medio para hacer efectivos los derechos sustanciales. No obstante lo anterior, tampoco resulta ajustado a la constitución entrar a desconocer el debido proceso del demandado, imponiéndole en todos los casos, el deber al juez de cumplir verdaderos actos reservados para la parte.

Ambas hipótesis, resultan contrarias al principio de proporcionalidad de estirpe constitucional, y requieren una respuesta equilibrada y razonable, propia del pluralismo del Estado Constitucional, que repetimos le interesa una justa indemnización, como también la guarda de las formas procesales.

Nuestra propuesta, parte de la aplicación de los principios constitucionales de utilidad, de libre configuración normativa y de proporcionalidad, así como del papel del juez dentro del Estado derecho, para concluir, que en un escenario previo, el juez está dotado de una serie de alternativas que le permiten instar a la parte para que proyecte el litigio de manera adecuada o por lo menos estratégicamente, sin violentar la parcialidad ni recaer prejuzgamiento, ni violentar el derecho de igualdad y de congruencia procesal. Propuesta que desarrollaremos en la parte segunda de éste tópico.

Para iniciar y captar las reales implicaciones prácticas del tema que se ha venido discutiendo consideramos pertinente, referirnos a dos teorías, sostenidas en su orden por la doctrina y la jurisprudencia, y nuestras razones de disenso con relación a cada una de ellas.

En su obra, el profesor TAMAYO JARAMILLO, titula el aparte dedicado a este tema de la siguiente manera: “¿El problema de la prohibición de acumular pertenece al juez o al demandante?”⁴⁹, en dicho aparte, el mencionado profesor sostiene:

Como se ve es angustiante, para el abogado demandante saber en un momento determinado si ejerce acción contractual o si más bien, ejerce la extracontractual. Desgraciadamente por una diferente interpretación de los hechos o por un simple defecto de técnica jurídica en la denominación de la acción se han producido a través de la jurisprudencia colombiana enormes injusticias con las víctimas (...) Esta situación nos lleva a plantearnos la pregunta de si el problema de la prohibición de acumular o de optar entre las dos responsabilidades es un problema que pertenece al demandante, o si más bien, pertenece al fallador. La solución depende de la concepción que se tenga sobre la causa petendi, en los procesos de responsabilidad civil (...) en cambio si se acepta como lo hacemos nosotros la teoría de la unidad de causas, en el ejemplo planteado en los párrafos anteriores, el juez podrá y deberá aplicar la responsabilidad correcta, así el demandante se haya equivocado en la denominación de la misma o haya citado varias proposición contradictorias o, incluso, haya guardado silencio en cuando a la responsabilidad aplicable. La causa petendi es el hecho dañoso y la denominación jurídica carece de importancia en la medida en que ello no mengua el derecho de defensa del demandado. Por ello, si se invoca la responsabilidad extracontractual, pero la aplicable es la contractual, el juez deberá acoger las pretensiones del demandante siempre y cuando los demás elementos procesales y sustanciales se hallen acreditados⁵⁰.

Con todo respeto, y teniendo en cuenta que existen ciertas sentencias que sostienen lo planteado arriba, consideramos lo siguiente:

⁴⁹ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 146.

⁵⁰ Ibid., p. 147

La posición indicada olvida que precisamente para estos casos, de pretensiones contradictorias, el legislador ha diseñado la acumulación de pretensiones por vía principal y subsidiaria y que en todo caso, no es el juez el llamado a resolver los problemas de “diferente interpretación” o de “defecto en la técnica jurídica”, ni mucho menos debe ser el demandado el llamado a asumir las consecuencias de la eventual confusión que se le presente al demandante frente al origen del daño, y que cambiar la teoría de la causa petendi, mediante su ampliación, en nada modifica el tema relativo a la congruencia y al principio dispositivo.

De aplicar esta teoría a otras pretensiones, tendríamos que cuando en materia contractual, el demandante tiene una duda frente a la real incidencia de un vicio redhibitorio en el uso de la cosa, simplemente se cambia la causa, y el juez entraría a subsanar la “diferente interpretación” o “el error de técnica”, sin que esté llamado a hacerlo y en claro detrimento de la congruencia procesal y el principio dispositivo.

Así pasaría, en los pleitos reivindicatorios, en donde existe duda frente al ánimo de señor y dueño del poseedor, todo pleito, sin importar que esté vinculado o no a la responsabilidades sufre vicisitudes que hacen crear dudas en el pretensor, y en cualquiera de ellos, es susceptible de ocurrir o una “interpretación diferente” o “un defecto de técnica”, sin que por éste hecho, el juez esté avocado a realizar actos reservados para la parte, en virtud de un supuesta reformulación de la causa petendi, contrario al texto expreso del artículo 75 y 305 del C. de P.C.

Por otro lado, la respuesta a la pregunta de si el problema pertenece al pretensor o el fallador, es claro que tiene una respuesta expresa en el artículo 75 del C.de P.C. y por si fuera ello poco, también la tiene en la Teoría General del Proceso, específicamente en lo referido a actos atinentes al litigio. Sin duda alguna, que es al pretensor a quien corresponde afirmar la responsabilidad correcta, principal o

subsidiariamente, al momento de la presentación de la demanda o mediante una sustitución o reforma a la misma.

Adicionalmente, la ampliación de la causa petendi que propone el Dr. Tamayo, olvida que si bien es cierto que ambas responsabilidades tengan los mismos elementos genéricos (conducta, daño y nexo de causalidad), cada una de ellas tiene unos principios e instituciones propias y excluyentes, luego es en virtud de la diferenciación en la regulación que se enmarca la causa petendi y no sólo en el hecho de padecer un daño. A lo largo de este escrito, explicamos que el daño resulta ser un elemento determinante, que admite en razón de su origen, la clasificación contractual o extracontractual, que implicaría incluso que en ciertos casos haya perjuicios indemnizables a la luz de lo contractual y nunca indemnizables a la luz de lo extracontractual.

La posición en comento, igualmente contraria que son los hechos, entendidos como la afirmación de la parte frente a una modificación de la realidad exterior, quienes sirven de sustento típico a la pretensión y que no establecer la responsabilidad correcta u omitir hacerlo, equivale a privar a la pretensión de un elemento estructural, que sólo el actor está llamado a realizar, nunca el juez.

Así también, consideramos de manera respetuosa, que no es que sea “un problema del juez” y no de la parte, determinar el origen del daño, porque el principio de prohibición de acumulación de responsabilidades rige para la parte pretensora, para la resistente y para el juzgador mismo, según hemos explicado como una salvaguarda de la causa contractual, entendida como manifestación de potestad normativa.

El deber de interpretación de las demandas, sostenido por la Corte Suprema de Justicia, diferentes sentencias, siendo ilustrativa la siguiente:

Precisamente, en materia de interpretación de la demanda, ha sostenido de manera uniforme y reiterada y uniforme la Corte que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene porqué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte. En el punto tiene declarado la doctrina de la Corporación que “son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción, si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores en las súplicas⁵¹.”

Frente a la posición expresada, consideramos lo siguiente:

- Si se observa con atención, la Corte confunde el tema de la congruencia procesal con la formulación, del principio *iura novit curia*, desde luego, que el deber de congruencia no implica que el juez esté atado por las normas afirmadas en la demanda, “por cuanto los jueces son soberanos en la aplicación de la norma que sirve de apoyo normativo a sus pronunciamientos”⁵², si es a esto a lo que se refiere la Corte no hay desacuerdo alguno.

Ahora bien, lo que si le está proscrito al juzgador, es entrar a variar la discusión planteada inicialmente por la parte pretensora, asumiendo su papel y entrando a subsanar sus errores, porque estaría creando un supuesto de indefensión a la parte demandada, como lo sostiene el profesor ENDERLE: “En consecuencia, el juzgador no puede so color de *iura novit curia* modificar los hechos o variarlos, si así lo hiciese estaría violando principios procesales limitares y normas constitucionales dado que no habría existido debate ni contradicción, y por ende, abierta indefensión”.

⁵¹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. Mayo 7/1979. Bogotá: El autor, 1979.

⁵² ENDERLE, Op. Cit., p. 238

Para mayor claridad del lector destacamos que toda incongruencia implica un estado de indefensión, pero que no toda indefensión es incongruencia, ya que, podemos pensar en situaciones procesales en donde se excluya el acceso de una parte, sin que necesariamente estemos en una causal de incongruencia^{*}, por lo que en caso de variar las normas invocadas en la demanda en los casos en donde rige el principio *iura novit curia*, hasta el punto de proponer una nueva discusión no dada por las partes, estamos frente a un caso de indefensión, que no necesariamente constituye a su vez incongruencia.

En todo caso, resaltamos que la jurisprudencia señala es antiquísima, se refiere a finales de los 70, mientras que ha habido sentencias posteriores, que sostienen una argumentación contraria⁵³.

Adicionalmente, destacamos que la tesis de la interpretación de la demanda, es de carácter excepcional, es decir, su *ratio decidendi* en cuanto precedente, sólo se refiere a algunos casos puntuales pero a la generalidad de los procesos de responsabilidad civil. Generalmente este tipo de teorías, surgen para casos incluso anteriores a la Constitución de 1991, en los que, como explicamos en este escrito el ritualismo procesal y el apego irrazonable a la congruencia producían consecuencias absurdas y excesivamente gravosas, que pudiesen haberse subsanado mediante el mismo procedimiento, pero que, como generalmente en nuestros despachos, los procesos sólo suelen ser estudiados a fondo al proferir sentencia, resulta necesario, implementar constructos teóricos que reafirmen la instrumentalidad del proceso.

Hoy, con las herramientas procedimentales, tales como la proposición principal o subsidiaria, así como el desarrollo constitucional de la congruencia y el desarrollo

* Por ejemplo, el juez que pretermite pronunciarse frente a las pruebas pedidas por el demandado, u omite correr traslado para alegatos o no vincula a un litisconsorte necesario, etc., son todas hipótesis de indefensión, no constitutivas de incongruencia.

⁵³ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Cas. Civ. 4 de septiembre de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

jurisprudencial del principio de no acumulación, no sólo es un deber del pretensor indicar los hechos que le sirven de fundamento sino la clase de responsabilidad que pretende, so pena de las consecuencias que hemos explicado en detalle.

6.1 LA AFIRMACIÓN DEL ORIGEN DEL DAÑO COMO TÍPICO ACTO DE PARTE, NO SUSCEPTIBLE DE SER ELABORADO POR EL JUZGADOR

Sin ánimo de ser repetitivos, consideramos necesarios indicar de manera breve lo siguiente:

Mientras los hechos (entendidos como el enunciado que de un sustrato empírico realiza la parte), valga la redundancia, son el objeto de procesamiento del proceso, los actos son aquello en que el proceso consiste, ya que, ellos son el movimiento del proceso, y éste es por esencia movimiento, de partes del oficio, de los intervinientes.

Dentro el variado inventario de actos procesales a que hay lugar, en cuyo catálogo no nos detendremos, hay ciertos actos que de manera excluyente son proferidos por la parte y otros que sólo pueden serlo por el oficio judicial. La pretensión, según explicamos no es un derecho ni una posición de ventaja, sino un acto, algo que se hace, no que se tiene, y cuyo objeto es la introducción de hechos al proceso, y que en virtud del artículo 75 del C. de P.C. y la Teoría General del Proceso, es un acto reservado exclusivamente para el pretensor, así como en general, los actos de afirmación sólo están llamados a ser realizados por las partes del conflicto de interés, por encontrarse dicho conflicto, en el ámbito propio de sus intereses particulares. Por estas razones y las restantes que se han explicado arriba, es el pretensor y no el juez el llamado a identificar el origen de su daño.

A diferencia de cómo suele entenderse este tema, la afirmación en cuanto el origen de la responsabilidad es desde el punto de vista procesal un HECHO y no una consideración de forma, por lo cual cuando el sentenciador cambia o determina motu proprio el origen del daño, o está introduciendo, careciendo de aptitud para ello, un nuevo hecho al proceso o variando una ya discutido por las partes, de ahí, que necesariamente esta conducta conlleve a una afectación del debido proceso, de la exclusión de la indefensión y de la congruencia procesal, según se explicó.

Frente al concepto de hecho en materia de Teoría General del Proceso, resulta contundente el aporte del profesor TARUFFO:

La idea básica es que un litigio surge de ciertos hechos y se basa en ellos, que tales hechos son disputados por las partes que esa disputa tienen que ser resueltos por el tribunal y que la solución de esa disputa tiene que ser resuelta por el tribunal y que esa solución de la “controversia sobre los hechos” se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de disputa (...) En ocasiones también aparecen otras dudas debido a las dificultades relacionadas con la definición de “hecho”. Surge por ejemplo, cierta incertidumbre a raíz del problema tradicional de diferenciar entre las “controversias de hecho” de las “controversias de derecho” (...) Aquí merece la pena hacer una observación importante acerca de los “hechos” y las maneras como se determinan. En realidad los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material, en general ya han ocurrido y por lo tanto, pertenecen al pasado...

De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente... Por otro lado, esos enunciados no están dados a priori ni son determinados objetivamente por nadie: los enunciados fácticos son constructos lingüísticos definidos por las partes y por el juez... Desde este punto de vista la construcción de los enunciados fácticos es cuestión

de elección, formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones⁵⁴.

Lo anterior, es suficiente para considerar que cuando el juez cambia o establece el origen del daño, lo que hace es introducir un hecho nuevo, mediante la sentencia que no fue objeto de discusión por las partes, y para el cual, sólo resultaban aptas las partes del litigio.

6.2 MEDIOS PROCEDIMENTALES QUE LE PERMITEN AL JUZGADOR INSTAR LA ACTUACIÓN DE LA PARTE, COMO ALTERNATIVA CONSTITUCIONAL PARA LA VÍCTIMA PRETENSORA

En virtud del panorama que hemos estudiado, nos permitimos presentar una eventual propuesta de solución, que sólo se encuentra referida a la hipótesis en la cual, es presentada la demanda y el pretensor u omite o erra, no se refiere a aquellos casos en los que el proceso ha avanzado a la etapa de decreto de pruebas y subsiguientes, en razón de la inevitable preclusión de la etapa procesal de la afirmación.

El fundamento de nuestra posición, está dado por los principios de proporcionalidad, utilidad y congruencia procesal, cuya formulación o sustentación es la siguiente:

- **El principio de utilidad normativa**

La doctrina ha concluido que en los artículos 1621 a 1624 del Código Civil se encuentra consagrado el principio de utilidad normativa, en virtud del cual, el operador jurídico debe interpretar los enunciados normativos de tal manera que

⁵⁴ TARUFFO, Op. Cit., p. 21.

éstos produzcan algún efecto, es decir, en caso de enfrentarse a diversas posibilidades normativas que llevarían al absurdo o a la no producción de efecto alguno, el interprete debe atribuir un significado que conduzca a que la norma produzca algún efecto legal.

Mediante este principio, pretendemos darle una interpretación sistemática a los artículos 75, 92, 83, 88, 89, 101, 305 y 399 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de concluir que en los casos donde el pretensor omite calificar el origen o indique uno errado, y así aparece desde el momento de presentación de la demanda, el juez, con fundamento en el principio de tutela judicial efectiva y en las normas trascritas, puede hacer uso de la inadmisión para instar al actor subsanar, o de la fijación del litigio en la audiencia del 101.

Así como el actor puede hacer uso de la acumulación de pretensiones, del traslado respectivo y de la sustitución o reforma a la demanda.

- **El principio de proporcionalidad**

En los Estados Constitucionales de Derecho, el principio de proporcionalidad es de carácter esencial y denota un límite negativo al ejercicio de las funciones públicas, aún a la potestad de libre configuración normativa en cabeza del legislador hasta llegar a la administración pública, bien sea de asuntos reglados o discrecionales.

En virtud del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, el ejercicio de toda potestad pública debe hacerse exclusivamente, en razón de las finalidades para las cuales ha sido atribuida y salvaguardando, en cuanto a intervención de derechos subjetivos se refiere, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La utilidad práctica de lo expuesto, es que de llegarse a verificar que la administración afecta un derecho subjetivo en cabeza del administrado, de una manera excesiva y sin que medie una razón necesaria y razonable que justifique su intervención, se ha incurrido en una violación de las disposiciones constitucionales de rango superior y podría hablarse de una nulidad objetiva de orden supralegal.

Frente a lo expuesto, la jurisprudencia constitucional es clara y reiterada no sólo en cuanto a la existencia y fundamento del principio de proporcionalidad, sino también en cuanto a su utilidad y función como limitante al ejercicio de potestades públicas. Veamos la siguiente sentencia:

...El legislador goza de una potestad amplia de configuración normativa, que le permite crear o excluir conductas punibles, fijar la naturaleza y la magnitud de las sanciones, lo mismo que las causales de agravación o de atenuación de éstas, dentro del marco de la política criminal que adopte. Igualmente, la Corte Constitucional ha indicado que dicha potestad no es, sin embargo, ilimitada, ya que está sometida a los límites establecidos por los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, en particular, por el principio de proporcionalidad⁵⁵.

Destacamos que el exceso en el ejercicio de las competencias administrativas o en los fines por los cuales éstas han sido otorgadas por la ley, no sólo afectan la validez de los actos jurisdiccionales sino que también afectan de manera directa la confianza legítima de los administrados, el principio de proporcionalidad y el debido proceso.

⁵⁵ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-238/05. Bogotá: El autor, 2005.

A la luz de lo anterior y con el objeto de evitar una intervención desproporcionada a los derechos sustanciales de la víctima, y el de libre acceso a la jurisdicción, resulta necesario indagar por una solución que a la vez de salvaguardar el debido proceso del demandado, le permite a la víctima tener alternativas para la defensa de su derecho, en aquellos casos en que es dudoso el origen de su daño. De esta manera se evita que situaciones límite donde no aparece claro el origen de la responsabilidad la víctima no pierda el derecho a ser indemnizada por no individualizar adecuadamente sus pretensiones.

- **El principio de congruencia procesal**

Remitimos al lector, a lo dicho con relación con éste principio en la sección segunda de este escrito.

A la luz de los principios en comento, el juez al percatarse mediante el examen in LIMINE bien de la omisión o del origen errado de la responsabilidad, debe dar aplicación a los artículos 75 y 86 del C. de P.C., que en su orden disponen:

Artículo 75. “La demanda con que se promueva todo proceso deberá contener:

(...)

5. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82”

Artículo 86. “El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”

De esta manera el juez, al establecer que no se cumple el requisito contenido en el numeral 5 del artículo 75, al no indicar con claridad la pretensión debe proceder con la inadmisión, de esta manera se asegura el derecho de acceso a la jurisdicción, pero no es el juez quien entra a realizar los actos de la parte. Incluso en caso de que motuo propio se percate el pretensor, tiene la posibilidad de sustituir la demanda y formular la responsabilidad correcta, o acumular las pretensiones como principales o subsidiarias en los términos del artículo 82 del C. de P.C.

Incluso en caso de no percatarse de ésta situación en dicho momento, subsiste mediante el traslado de las excepciones de fondo, la eventual oportunidad de que el pretensor se percate de su error y proceda con la reforma a la demanda. Aún cuando tampoco en este escenario, se percate, el artículo 101 del C. de P.C, establece que una de las finalidades de esta audiencia es la fijación del litigio (Parágrafo 6).

Como se observa, el escenario ante el cual se encuentran el juez y las partes, mediante el procedimiento implica una serie de garantías para los sujetos procesales, que aún cuando haya dudas ininteligibles frente al origen de la responsabilidad, el legislador le permite al pretensor, para no correr riesgos de incongruencia, la posibilidad de deducir en un mismo escrito pretensiones contradictorias, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, pero que en todo caso evidencia, que dando aplicación a los tres principios en comento, las formas procedimentales que se han propuesto rodean de garantías tanto a la víctima como al responsable, en cuanto a la primera le permiten determinar el origen del daño incluso de manera plural (pretensiones subsidiarias) y al responsable demandado, conocer durante la etapa de fijación del litigio, durante la cual, aún puede introducir hechos al proceso, los extremos sobre los cuales ha de versar la sentencia.

7. CONCLUSIONES

Ya hemos sentado hasta la saciedad el contenido, razón, elementos y fundamento de los principios de congruencia procesal y dispositivo, indicando que al contrario de cómo generalmente se muestra, estos no son un formulismo carente de sentido de justicia, sino la mayor manifestación de respecto a la libre autonomía privada que rige la formulación del litigio, al límite de competencias, sano en toda democracia, al debido proceso.

- También hemos ejemplificado y analizado lo que ocurre en los casos en que el pretensor, a sabiendas o no, omite calificar el origen de su daño o lo presenta de manera equivocada, a la luz de la manera en que nuestro legislador ha diseñado el procedimiento civil, en ejercicio de la potestad de libre configuración normativa (artículos 75 y 92 del C. de P.C.) y las eventuales violaciones al derecho de defensa, que en ciertas ocasiones tendría lugar cuando el juez sin que se le haya propuesto, al margen de que haya sido probado o no, entra a establecer la causa omitida o erradamente planteada por el pretensor.
- Pese a ello, consideramos que imponer como un requisito sine qua non para la condena al responsable el que la víctima establezca sin lugar a ninguna duda desde el momento mismo de la presentación de la demanda, el origen contractual o extracontractual de la responsabilidad, resulta en ciertos casos desproporcionado e irrazonable, ya que, hay casos límite en los cuales, no es clara la causa del daño, ni siquiera para el legislador o para el juez, por lo que en el fondo, al imponerle ésta carga al pretensor, eventualmente se conduciría a desmaterializar la instrumentalidad del proceso, como medio para hacer efectivos los derechos sustanciales. No

obstante lo anterior, tampoco resulta ajustado a la constitución entrar a desconocer el debido proceso del demandado, imponiéndole en todos los casos, el deber al juez de cumplir verdaderos actos reservados para la parte.

Ambas hipótesis, resultan contrarias al principio de proporcionalidad de estirpe constitucional, y requieren una respuesta equilibrada y razonable, propia del pluralismo del Estado Constitucional, que repetimos le interesa una justa indemnización, como también la guarda de las formas procesales.

Nuestra propuesta, parte de la aplicación de los principios constitucionales de utilidad, de libre configuración normativa y de proporcionalidad, así como del papel del juez dentro del Estado derecho, para concluir, que en un escenario previo, el juez está dotado de una serie de alternativas que le permiten instar a la parte para que proyecte el litigio de manera adecuada o por lo menos estratégicamente, sin violentar la parcialidad ni recaer prejuizamiento, ni violentar el derecho de igualdad y de congruencia procesal.

Mediante la aplicación de dichos principios, debe darse una interpretación sistemática a los artículos 75, 92, 83, 88, 89, 101, 305 y 399 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de concluir que en los casos donde el pretensor omite calificar el origen o indique uno errado, y así aparece desde el momento de presentación de la demanda, el juez, con fundamento en el principio de tutela judicial efectiva y en las normas trascritas, puede hacer uso de la inadmisión para instar al actor subsanar, o de la fijación del litigio en la audiencia del 101. Así como el actor puede hacer uso de la acumulación de pretensiones, del traslado respectivo y de la sustitución o reforma a la demanda, solucionándose para éste tipo de actos, el problema planteado en sede de congruencia procesal.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad civil en el derecho civil chileno. Chile: Imprenta Universal, 1969.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal. Buenos Aires: Culzoni, 2006.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. La transformación de la causa en el derecho de los contratos francés. En: Revista Universitas. Bogotá. No. 111, (Ene. Jun. 2006); p. 227-243.

BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Cas. Civ. 4 de septiembre de 2000
Bogotá: El autor, 2000.

----- . Cas. Civ., 30 Marzo 1951. Bogotá: El autor, 1951.

----- . Cas.civ. 22 Marzo 2007. Bogotá: El autor, 2007.

----- . Sent. Mayo 7/1979. Bogotá: El autor, 1979.

----- . Sentencia C-238/05. Bogotá: El autor, 2005.

----- . Sentencia del 19 de Febrero de 1999. Exp.5099. Bogotá: El autor, 1999.

----- . SU-620/96. Bogotá: El autor, 1996.

CAMPBELL COLOMBO, Juan. Los actos procesales. Tomo II. Chile: Jurídicas de Chile, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II. La Composición del Litigio. Buenos Aires: Uteha, 1944.

CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de derechos. Bogotá: Temis, 1986.

ENDERLE, Guillermo. La Congruencia Procesal. Roma: Culzoni, 2007.

FALCON, M. Enrique. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires: Astrea, 2005.

GAVIRIA GUTIERREZ, Juan Carlos. Razón de ser y Ámbito de la Responsabilidad Contractual. Conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Privado. (Cartagena de Indias: 2007)

HOHFELD, W.H. Conceptos jurídicos fundamentales. Traducción de Genaro Carrió de la obra: "Some fundametal legal conceptions as applied to judicial reasoning". Paris: Fontamara, 1968.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

LE TORNEAU, Philippe. Responsabilidad civil profesional. Bogotá: Legis, 2006.

LEXBASE. [En línea] Bogotá: Lexbase, 2009. <Disponible en: <http://www.lexbase.com>> [consulta: Oct. 2009].

LÓPEZ MESA, Marcelo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 629. (Colección Internacional).

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1990.

MAZEUD, Henry, LEON Y, Jean. Lecciones de Derecho civil. La Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1960.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Bogotá: Externado de Colombia, 2007.

SENTIS MELENDO, Santiago. El juez y el derecho (iura novit curia). Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1957.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la Responsabilidad Civil. Bogotá: Legis, 2007.

TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZAGREBLESKY, Gustavo. El derecho dúctil. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

ZULUAGA GIL, Ricardo. La función judicial en la Constitución Colombiana de 1991. En: Revista Colombiana de Derecho Constitucional. Medellín. Vol. 1, No. 1, (Sep.-Dic. 1997); p. 117