

“Una trágica elección”: la Corte Suprema sobre la prohibición de opción

01 de Julio del 2020



Sergio Rojas Quiñones

Miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y profesor universitario

El pasado 10 de marzo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema profirió una nueva sentencia icónica en materia de responsabilidad[1]. Con ponencia de Ariel Salazar Ramírez, el tribunal se pronunció sobre la tradicional distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual y la denominada “prohibición de opción”, de una manera revolucionaria -y, vale decirlo, necesaria- frente a la que ha sido la postura inveterada de la Sala en esta materia.

Los hechos del caso

La parte demandante, integrada por una pasajera víctima directa de una lesión física permanente como consecuencia de un accidente de tránsito, y su hijo (como víctima de rebote), reclamaron la responsabilidad civil del conductor del vehículo y de la cooperativa de transporte a la que dicho vehículo estaba adscrito.

No obstante, formularon todas sus pretensiones bajo el sistema de la responsabilidad extracontractual, lo que condujo a que las sentencias de primera y segunda instancia desestimaran la demanda, al considerar que el régimen correcto, al menos para la víctima directa, era el contractual, lo que configuraba una prohibición de opción que impedía la prosperidad de la acción[2].

La postura de la sentencia

Con independencia de algunas consideraciones marginales en relación con otros temas, la sentencia se refiere a la distinción entre los regímenes de responsabilidad y la discusión acerca de la subsistencia de estos, para indicar que:

- La diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual parte de rasgos distintivos esenciales que impiden el monismo o la unicidad de regímenes. En efecto, la sentencia advierte que, en su criterio, la dualidad de regímenes no obedece a aspectos puramente accidentales o secundarios, como lo ha sostenido una parte de la doctrina, sino a verdaderas diferencias estructurales en temas como el daño (y el alcance del principio de reparación integral), la culpa, la prescripción, la solidaridad e, incluso, el nexo de causalidad.

- En este contexto, la Corte considera que sí es fundamental que las pretensiones sean resueltas con base en el régimen sustancial que efectivamente les es aplicable. Por tal razón, contrario a lo que se ha dicho en ciertos escenarios académicos, la sentencia preserva la figura de la prohibición de opción, toda vez que entiende que no se puede

escoger indistintamente la responsabilidad contractual o extracontractual para resolver una *litis* particular, sino que dicha resolución debe hacerse conforme a la naturaleza real de cada daño analizado.

- No obstante, la novedad de la sentencia es que advierte que la adecuación al régimen de responsabilidad verdaderamente aplicable no es una tarea reservada a las partes, sino un deber que le corresponde al juez. Por tratarse de un asunto de derecho, la aplicación del *iura novit curia* impone que “cuando el demandante se equivoca en la elección del tipo de acción sustancial que rige el caso, el juez tiene que adecuar la controversia al instituto jurídico que corresponde, pues esa es una de sus funciones (...). La prohibición de opción está dirigida al juez y no a las partes”. La sentencia pretende incorporar un cambio sustancial, consistente en exiliar la gravosa consecuencia que hasta ahora se aplicaba al demandante que esquivaba la elección del régimen por el cual formulaba su demanda y que consistía en la pérdida de la pretensión, toda vez que, si se acogiera esta *ratio decidendi*, el juez ahora podrá adecuar la demanda al régimen jurídico que le resulte afectivamente aplicable y corregir así el destino jurídico del libelo.

- La distinción entre regímenes de responsabilidad no es algo que pueda reducirse a las fuentes de las obligaciones. Para el ponente, esto supone entonces que habrá interacciones jurídicas que involucran elementos de uno y otro régimen de responsabilidad, como sucede precisamente en el caso de la responsabilidad del transportador que resuelve la Corte en este fallo particular.

- El asunto de la prohibición de opción no es (ni debe confundirse) con una prohibición de acumulación. Así, un mismo proceso puede reunir pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual, por ejemplo, porque involucre relaciones sustanciales o daños diferentes, sin que haya nada de irregular en ello.

Una trágica o fatal elección

Enhorabuena llega esta sentencia. En efecto, determinar cuándo una responsabilidad es contractual no es una tarea sencilla. Desde el momento en que se entendió que este régimen se aplicaba, no ante la existencia de un contrato, sino de un vínculo jurídico, previo, singular y concreto, se incorporó una noción abierta e indeterminada que es difícil de individualizar en la práctica. Así, desde aquella modificación, proliferan casos grises de muy compleja resolución, como, por ejemplo, la responsabilidad precontractual (¿son los deberes precontractuales un vínculo previo, singular y concreto?), o la derivada de la violación del deber de seguridad (si alguien entra a un supermercado sin intención de hacer una compra y le cae un estante encima, respecto de esa víctima ¿se violó un vínculo previo, singular y concreto o un deber genérico de seguridad?).

En tales escenarios difíciles, la interpretación tradicional de la prohibición de opción implicaba, en términos prácticos, que si el juez no coincidía con la opinión jurídica del abogado demandante en cuanto al régimen invocado en la demanda, la consecuencia fatal era la desestimación de la pretensión.

¿Cuál era la justificación para tan gravosa consecuencia? El *pacta sunt servanda*. Se decía que no podía permitirse a una parte invocar el régimen de responsabilidad equivocado, porque, de hacerse así, se podría demandar lo contractual como extracontractual y, con ello, se permitiría el desconocimiento del vínculo surgido entre las partes.

Pero este raciocinio partía de una falacia insalvable: la protección del *pacta sunt servanda* se lograría igualmente si (i) se preserva la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, pero, (ii) ante un error en la invocación del régimen apropiado, el juez, en desarrollo de sus deberes, adecúa la demanda al régimen apropiado. En este escenario, lo contractual se resolvería bajo el régimen contractual y lo extracontractual bajo el sistema que le es propio, con lo que se tutela el *pacta sunt servanda*, sin imponer la fatal consecuencia de la pérdida de la pretensión, inhibiendo al juez para hacer la corrección pertinente.

Además, bien cuestionable es la postura de aquellos que indican que, con una adecuación tal, el juez viola la congruencia. Y decimos que es cuestionable en tanto la calificación del régimen de responsabilidad aplicable no parece ser un asunto fáctico,

sino, en realidad, un problema de derecho originado en determinar si existe un vínculo jurídico previo, singular y concreto. Así, la aplicación del *iura novit curia* autorizaría la intervención del sentenciador en estos aspectos.

Por eso, llega en buena hora la *ratio decidendi* de la sentencia. Sin desdibujar la distinción entre lo contractual y lo extracontractual (solución que, además de distanciarse de las normas nacionales, sí podría subvertir el principio de normatividad), permite la adecuación jurídica de las pretensiones formuladas por el demandante, cuando las mismas se han encausado por un régimen que no corresponde al aplicable. Con ello evita la fatal consecuencia de la desestimación de la pretensión que, además de desproporcionada e innecesaria, poco contribuye a la realización efectiva de la administración de justicia.

Sin embargo, y a pesar de lo aconsejable de la reflexión, no puede afirmarse que la posición de la sentencia constituya un verdadero cambio en la jurisprudencia de la Corte. Y no puede decirse que sea así porque las consideraciones fueron objeto de reparo por parte de cuatro de los seis magistrados que integraron la sala de decisión (dos aclaraciones y dos salvamentos de voto). Tales reparos, al menos en la información que se conoce hasta la fecha de publicación de este comentario, se refirieron explícitamente a la interpretación que el ponente hizo de la prohibición de opción. Es más: de forma paradójica, uno de los salvamentos le reprocha a la sentencia que no comulgue con la postura inveterada de la Corte y con el criterio de todos. Si eso fuera necesario, ¿cómo podría la jurisprudencia avanzar según las necesidades que la realidad impone?

Un llamado a la regulación procesal

La resistencia de la Sala Civil a resolver un problema que, más allá de las disquisiciones teóricas, es realmente una trágica situación de los demandantes en los procesos de responsabilidad, obliga probablemente a que el legislador intervenga con una regulación que, además, complemente aspectos que la Corte misma no puede abordar por el alcance limitado de los fallos de casación.

Así, por ejemplo, incluso si se acogiera la aconsejable posición de la sentencia bajo examen, aspectos como la oportunidad procesal para adecuar las pretensiones al régimen correcto son cruciales, a fin de que tal adecuación no aparezca sorpresivamente en una etapa en la que la preclusión de las oportunidades probatorias de las partes les impida reaccionar adecuadamente, o, desde el punto de vista del derecho de defensa, convendría regular la contradicción que podrían ejercitar los sujetos procesales frente a la decisión de adecuación. Todos estos aspectos requieren de la intervención del legislador.

En fin, la sentencia comentada pone sobre la mesa un tema que estaba en mora de ser abordado. Esperemos que la senda de la jurisprudencia sepa asimilar un clamor que, en el litigio cotidiano, se viene dando de tiempo atrás.

[1] CSJ, S. Civil, Exp. 18001-31-03-001-2010-00053-01, mar. 10/20.

[2] La prohibición de opción instruye que, frente a un mismo daño, un demandante no puede elegir indistintamente el régimen de responsabilidad -contractual o extracontractual- invocado, sino que debe demandar conforme al régimen aplicable a ese daño en específico, so pena de que sean desestimadas sus pretensiones.

Fuente: *Ámbito Jurídico* –**LEGIS** (01-07-2020)