

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE
LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES
COLATERALES DE CONDUCTA***

**THE JURIDICAL NATURE OF CIVIL
RESPONSIBILITY AS DERIVED
FROM THE INOBSERVANCE OF
COLLATERAL CONDUCT DUTIES**

*Mariana Bernal Fandiño***

fecha de recepción: 22 de febrero de 2013

fecha de aceptación: 22 de marzo de 2013

Para citar este artículo / To cite this article

Bernal Fandiño, Mariana, La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta, 126 Universitas, 39-64 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<39:NJRCDI>2.0.TX;2-X

* El presente artículo corresponde a una contribución al proyecto de investigación “*Interpretación y aplicación del derecho privado contemporáneo*” del grupo de investigación en derecho privado de la Universidad Javeriana.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Máster 2 en Derecho Comercial y Máster 2 en Derecho Internacional privado de la Universidad de París II. Doctora en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, líder del grupo de investigación en derecho privado de la misma universidad. Actualmente es profesora investigadora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

RESUMEN

En virtud de la función de integración del principio general de la buena fe, existen deberes que deben asumir las partes, aun sin haberlos pactado de forma expresa, como el deber de información, de lealtad, de reserva, de coherencia, de colaboración, entre otros. En este artículo se pretende determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de estos deberes dadas las distintas posiciones que se presentan tanto en el derecho comparado como en la doctrina y jurisprudencia nacional. El estudio se realiza teniendo en cuenta las fases del contrato y las dificultades prácticas y conceptuales que se presentan en cada una de ellas.

Palabras clave autora: Buena fe, deberes colaterales de conducta, culpa *in contrahendo*, responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual.

Palabras clave descriptores: Deber, culpa jurídica, responsabilidad civil, responsabilidad contractual, buena fe (Derecho), conducta social.

ABSTRACT

In virtue of the integrative function of the general principle of good faith, there are duties that must be assumed by the parts, even if they have not committed to it expressly, such as the duties of disclosure, loyalty, confidentiality, coherence and collaboration, among others. The present paper intends to determine the juridical nature of civic responsibility derived from the failure to comply with such duties, bearing in mind the different positions presented by comparative law and by national doctrine and jurisprudence. The study takes into account the phases of the contact and the practical and conceptual difficulties present in each of them.

Keywords author: *Good faith, collateral conduct duties, culpa in contrahendo, pre-contractual, contractual and extra-contractual responsibility.*

Keywords plus: *Duty, guilt (law), civil liability, contractual liability, good faith (Law), social behaviour.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES COLATERALES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL.- *A. La culpa in contrahendo.- B. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? .- C. La tesis del tertium genus.- D. La naturaleza de la responsabilidad precontractual en Colombia.-* II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES COLATERALES EN LA ETAPA CONTRACTUAL.- *A. Redefinición de la responsabilidad contractual.- 1. Posición expansiva.- 2. Posición reduccionista.- 3. Sistema opcional.- B. Unificación de los regímenes de responsabilidad.-* CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El principio general de la buena fe se ha considerado una regla de conducta basada en la necesidad de corrección, lealtad, honestidad y coherencia en el comportamiento. Este principio cumple una importante función en la integración de los contratos, pues a las partes se les exigen ciertos deberes de conducta durante las diferentes esferas del negocio, para otorgarle la debida efectividad según la finalidad perseguida¹.

Se busca a través de estos deberes (que deben ser observados tanto por el deudor como por el acreedor²) no solamente evitar un perjuicio en el otro contratante sino además permitir la satisfacción del interés del contrato de la mejor manera posible. Se encuentran entonces, además de los deberes de prestación, otros deberes vinculados con las prestaciones principales que hubieren acordado las partes y que se integran en virtud del principio general de la buena fe al contrato, aun a falta de estipulación expresa al respecto. A estos deberes se les conoce como deberes colaterales de conducta³, dentro de los cuales encontramos deberes de protección o de finalidad negativa que buscan defender a las partes de posibles daños en su persona o patrimonio, y deberes complemento de la prestación o de finalidad positiva que posibilitan el cumplimiento de la misma⁴.

La jurisprudencia colombiana, al referirse a los deberes colaterales de conducta, se ha detenido principalmente en los deberes

- 1 Arturo Solarte, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, *Revista Universitas*, No. 108, 301 (2004, dic.). Sobre los deberes secundarios de conducta en la etapa precontractual ver Vladimir Monsalve Caballero, *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*, *Revista de derecho*, No. 30, Universidad del Norte, Barranquilla (2008).
- 2 El acreedor también debe asumir deberes como el de reserva o el de información. Carlos Gustavo Vallespinos & Federico Ossola, *La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor*, Hammurabi, Buenos Aires, 102 y 109 (2010). O en circunstancias especiales deberes como el de mitigar el daño, el deber de adaptación o el deber de tolerancia. Édgar Cortés, “Los deberes del acreedor”, en *Obligaciones, contratos, responsabilidad*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 203 y ss. (2011).
- 3 Ramón Pizarro & Gustavo Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Tomo I, 2ª reimp. de la 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 53 (2006).
- 4 Sobre esta clasificación ver Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos-parte general*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 393 (2004). Carneiro Da Frada, “Los deberes de protección II”, en: AA.VV., *Derecho de las relaciones obligatorias*. trad. Leysser León, Ed. Jurista, Lima, 157 (2007). Antonio Cabanillas Sánchez, “Introducción al estudio de los deberes de protección”, en: *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, 175 (2002).

complemento de la prestación tales como el deber de información, de lealtad, de colaboración, de reserva, entre otros⁵.

La temática de los deberes colaterales de conducta es muy extensa dada la variedad de los mismos, por lo que en este artículo nos limitaremos a estudiar una problemática concreta y poco explorada en el derecho colombiano, que es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento. Si bien la noción misma de naturaleza jurídica ha sido considerada poco clara, para efectos de este artículo entendemos como naturaleza jurídica la categoría a la que pertenece una institución, que determina sus características y efectos jurídicos, o incluso si se trata de una figura *sui generis*⁶. Así, independientemente de las discusiones sobre la conveniencia o no de la unicidad de la responsabilidad civil, dadas las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y extracontractual, es necesario establecer el régimen aplicable en caso de inobservancia de los deberes que se derivan del contrato aun sin haberse pactado de forma expresa. ¿Se trata de una responsabilidad contractual aunque no se hayan acordado explícitamente tales deberes? ¿Se puede equiparar a la responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito en el que las partes involucradas no habían tenido ningún tipo de contacto anterior? ¿Se aplicará uno u otro régimen dependiendo de la fase contractual? ¿O deberá regir una normatividad durante las negociaciones y otra durante la ejecución del contrato?

Se pretende con este texto contestar a estos interrogantes, analizando en primer lugar la naturaleza de los efectos por la violación de los deberes colaterales en la etapa precontractual (I) para luego analizarlos durante la etapa contractual (II).

5 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 7 de febrero de 2008, Sentencia del 19 de abril de 1999, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Sentencia del 2 de agosto de 2001 y Sentencia del 4 de noviembre de 2009.

6 Atilio Alterini, Oscar José Ameal & Roberto López Cabana, *Derecho de Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 19 (2008).

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES COLATERALES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Las partes deben comportarse de acuerdo con los estándares de la buena fe en todas las etapas contractuales, incluyendo la negociación del acuerdo. La etapa precontractual comprende el recorrido de los futuros contratantes previamente a la celebración del contrato, a la aceptación de la oferta, pues a partir de ese momento se inicia la etapa contractual como tal. El inicio de la etapa precontractual puede presentarse con ocasión de una oferta pública o privada, o incluso, antes de la oferta, con simples acercamientos entre las partes para determinar sus necesidades y posibilidades para concretar el negocio⁷.

Es necesario tener claridad sobre el alcance de la responsabilidad civil de quien cause perjuicios a otro durante la fase previa al contrato, ya sea por la celebración de un contrato inválido o por generar una confianza acerca de la celebración del contrato, prolongando de forma contraria a la buena fe unas negociaciones que resultarían frustradas⁸. Existen distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil en esta etapa, y según la opción, la normatividad aplicable es diferente. Si el contrato no se forma o resulta nulo, se discute si la responsabilidad es contractual o extracontractual o si en realidad existe un género autónomo de responsabilidad.

A. La culpa *in contrahendo*

A través del estudio del derecho romano, Ihering desarrolló la teoría de la culpa *in contrahendo* bajo tres supuestos: la incapacidad del sujeto, la falta de idoneidad del objeto y la ausencia de fiabilidad de

7 Jorge Mosset Iturraspe & Miguel Piedecabras, *Responsabilidad Precontractual*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 106 (2006).

8 Rubén S. Stiglitz & Gabriel A. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 20 (1992).
Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, trad. de Sentís y Volterra Fontanarrosa, Ed. Ejea, Buenos Aires, 309 (1986).

la voluntad contractual⁹. Este autor analizó el caso de un contrato de compraventa en el que se habían causado daños al vendedor por un error en el acuerdo y el vendedor carecía de acción contractual para exigir la indemnización por los perjuicios causados, puesto que el contrato se encontraba viciado de nulidad, pero tampoco se adecuaba a los supuestos de la responsabilidad extracontractual del ordenamiento jurídico alemán. Ihering analizó entonces los casos en los que el contrato era nulo y estimó que existía una responsabilidad civil, pero no estudió aquellos casos en los que se podía incurrir en responsabilidad aunque el contrato no se formara¹⁰.

En un sentido amplio, hoy en día la culpa *in contrahendo* comprende diversas hipótesis¹¹ que ha desarrollado la doctrina, como la falsa representación, la nulidad del contrato, la ruptura injustificada de las negociaciones y el incumplimiento de los deberes colaterales de conducta tales como el deber de coherencia, el deber de reserva, el deber de información, entre otros. Sin embargo, se discute la naturaleza del régimen aplicable a los daños ocasionados por la culpa *in contrahendo*, pues ha sido un tema tratado de forma distinta en distintos países.

B. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

Para algunos autores, en la etapa precontractual, a pesar de no existir un contrato formado, o si el contrato resultó nulo, existe entre quienes participaron del proceso preparatorio una relación de la que se derivan deberes, que al ser incumplidos pueden generar daños y se les debe aplicar la normatividad de la responsabilidad contractual¹². Al tratarse de la violación de deberes jurídicos concretos,

9 Rudolf Von Ihering, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. de Federico Procchi, Ed. Jovene, Napoli, 113 y ss. (2005).

10 María Medina Alcoz, *Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Ed. Forum, Perú, 44 (2006).

11 Sobre las distintas hipótesis en el derecho contractual contemporáneo en Europa ver Gema Tomás Martínez, *Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea*, 17 *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 1, 189 (2010).

12 Pier Giuseppe Monateri, "La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano", en: *Estudios sobre el contrato en general*, trad. Leysser León, 2ª ed., Ed. Ara, Lima, 525 (2004). Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la Responsabilidad Civil*, trad. Ángel Martínez, Ed. Bosch, Barcelona, 168 (1975); R. Von Ihering, op. cit., 5 y ss.; Andreas Von

entre personas determinadas, la indemnización correspondiente debería seguir entonces las reglas de este tipo de responsabilidad¹³. En este sentido se ha afirmado que durante la etapa de negociaciones el sujeto pasivo está perfectamente determinado y se encuentra frente a una verdadera obligación que de incumplirse da origen a un daño contractual¹⁴.

Siguiendo esta idea, se ha considerado que la llamada culpa *in contrahendo*, aunque no surge propiamente de un contrato, sí se genera por la relación entre quienes entran a negociar un contrato. Por tratarse de personas determinadas, con deberes concretos derivados del principio general de la buena fe, y no de un deber genérico —*neminem laedere*— como el propio de la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento de tales deberes implica una responsabilidad que se corresponde con la llamada responsabilidad contractual¹⁵.

El derecho alemán ha reconocido que durante la etapa de negociación surgen deberes de conducta¹⁶ y se incorpora normatividad que sanciona sus transgresiones¹⁷. Se ha señalado que en el derecho alemán la traslación a la esfera precontractual de las normas que se aplican al contrato tiene su origen en las decisiones judiciales adoptadas en el conocido caso del linóleo¹⁸. En este caso, una persona entró a un almacén y le comunicó al empleado del establecimiento su deseo de adquirir una alfombra de linóleo. Cuando el empleado sacó el rollo solicitado, dejó caer otros que le ocasionaron lesiones tanto a la posible compradora como a su hijo¹⁹. Desde entonces se

Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, trad. W. Roces, Ed. Comares, Granada, 114 (2007); Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 104 (2006); entre otros.

13 A. De Cupis, op. cit., 168-169.

14 *Ibid.*

15 Juan David Palacio, “La Responsabilidad precontractual ¿se aproxima a la responsabilidad contractual?”, en: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, Tomo I, Ed. Díké – Pontificia Universidad Javeriana – Universidad Pontificia Bolivariana, Bogotá, 98-99 (2011).

16 Jorge Oviedo, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, 115 *Revista Universitas*, Bogotá, 105 (ene.-jun., 2008).

17 Albert Lamarca I. Marquès, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, en: *Indret*, Barcelona, 5 (2002). Disponible en: www.indret.com (1º de noviembre del 2012).

18 Antonio Cabanillas Sánchez, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Ed. Civitas, Madrid, 26-27 (2000).

19 Mariano Alonso Pérez, *La responsabilidad precontractual*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 485, 910 (jul.-ago., 1971). Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad->

ha discutido mucho acerca de la naturaleza de esta responsabilidad, pues resulta difícil calificarla como contractual por no haberse incumplido la obligación que surge de un contrato, pero tampoco se trata propiamente de un supuesto de carácter extracontractual, como los que surgen de la violación de un deber genérico de respeto, pues entre las partes que inician una negociación ya existe una relación interpersonal y, por lo tanto, un deber jurídico concreto²⁰.

Se ha criticado la tesis contractualista, en particular en los supuestos de nulidad, señalando que el contrato se declara nulo para autorregular las relaciones entre las partes, pero se incurre en la ficción de aceptar su existencia como fuente de responsabilidad²¹. Discrepamos de esta crítica, pues es importante establecer la diferencia entre los elementos para la existencia de un contrato y los elementos para su validez, de manera que partiendo de esa distinción, un contrato nulo existe, solo que no resulta válido y por ello no puede generar los efectos deseados por las partes, pero al haber nacido a la vida jurídica puede generar efectos jurídicos en otros campos, como consecuencia de la frustración de su finalidad, en aspectos tales como las restituciones mutuas, los frutos, las mejoras, o las correspondientes indemnizaciones.

Para los partidarios de la tesis extracontractualista, si no existe aún un contrato perfeccionado, solo se podría aplicar la responsabilidad aquiliana respecto de los daños que se ocasionen en la fase de las tratativas. Los autores que ubican en este tipo de responsabilidad los perjuicios causados durante la etapa precontractual, tienen diferentes visiones en cuanto al fundamento jurídico para llegar a tal conclusión. Así, algunos consideran que se debe aplicar el régimen extracontractual, pues constituye el derecho común de la responsabilidad; otros encuentran que la comisión del daño representa, en general, un ilícito civil, y, finalmente, otro sector estima que el régimen es el de la responsabilidad aquiliana porque se viola un deber genérico de no causar daño a otro²².

precontractual-338379 (15 de enero del 2012).

20 Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo 1, trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 89-90 (1969).

21 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Thomson – Civitas, Madrid, 318 (2007).

22 Mariano Yzquierdo, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 88 (2001). Para Renato Scognamiglio en la etapa precontractual la responsabilidad aquiliana debe aplicarse, pues se responde por la transgresión de deberes genéricos de con-

Desde otro ángulo, algunos estiman que solamente la ruptura intempestiva e injustificada de un precontrato da origen a responsabilidad de carácter contractual, mientras que la ruptura de las tratativas precontractuales genera responsabilidad extracontractual pues el contrato no se ha perfeccionado²³. En similar sentido, en Francia se ha indicado que si bien la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia francesa se han inclinado por la aplicación de la responsabilidad extracontractual durante la etapa precontractual, existen casos en los que se ha aplicado por parte de los tribunales el régimen contractual, particularmente cuando se constata la existencia de un contrato preliminar²⁴.

La tesis extracontractualista critica la posición contractualista, pues sus partidarios estiman que los deberes genéricos se concretan en comportamientos debidos frente a la vida en relación y, por lo tanto, entre personas con las cuales se entra en contacto, sin que por ello se genere una relación obligatoria²⁵. En ese sentido, se ha señalado que admitir la existencia de una relación obligatoria en tales supuestos presenta un gran inconveniente por la indeterminación de su contenido²⁶. En nuestra opinión, estas críticas pueden ser matizadas, ya que durante la etapa de negociaciones el contacto es en primer lugar voluntario y, además, generador de deberes concretos de respeto en virtud del principio de la buena fe, sin que ello implique una obligatoriedad para contratar. El contenido de la relación en la etapa precontractual está dado por deberes de conducta que tienen un carácter relativo, pues solamente estas partes deben observarlos y no se trata de un deber genérico; al contrario,

ducta que no se pueden equiparar a obligaciones propiamente dichas. Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, trad. Fernando Hinestrosa, 2ª reimp., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 96 (1996). En igual sentido, afirma Bianca que “*la responsabilidad precontractual se ubica dentro de la genérica responsabilidad extracontractual*”. Massimo Bianca, *Derecho Civil, El Contrato*, Tomo 3, trad. Fernando Hinestrosa, y Edgar Cortés, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 177 (2007).

23 Jorge Mosset Iturraspe & Miguel Piedecabras, *Responsabilidad Precontractual*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 127 (2006).

24 Geneviève Viney, *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad*, trad. Fernando Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 419 (2007).

25 M. Bianca, op. cit., 178.

26 Antonio Cabanillas Sánchez, *El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 628, 752 (mayo-jun., 1995). Disponible en: [http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237?ix_resultado=4.0&query\[q\]=cabanillas%20sanchez%20culpa%20in%20contrahendo](http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237?ix_resultado=4.0&query[q]=cabanillas%20sanchez%20culpa%20in%20contrahendo) (15 de febrero del 2013).

están claramente establecidos el acreedor y el deudor. En sentido similar, un sector de la doctrina, aunque considera que la naturaleza de la responsabilidad en esta etapa es extracontractual, estima que el incumplimiento de los deberes de conducta durante las tratativas presenta analogías con lo que ocurre en el contrato, pues no se trata de la observancia de deberes respecto de extraños absolutos sino de sujetos con los cuales existe una relación negocial²⁷. Otros argumentan que en las tratativas no se forma una relación jurídica sino que existe una relación social, como se ha descrito por autores alemanes, de la cual se derivan deberes de información, de protección, de confidencialidad y, en general, el deber de actuar de buena fe, en el cual se encuentra comprendido el no romper las negociaciones de forma contraria al principio de la buena fe²⁸. No obstante, para algunos el daño causado por la ruptura abrupta de las negociaciones es claramente extracontractual, pues el contrato nunca se celebra²⁹.

Compartimos particularmente la crítica que se ha realizado a los fundamentos de la tesis extracontractualista, pues la responsabilidad extracontractual supone un acto ilícito o antijurídico, y, como tal, no puede ubicarse en un campo en el que las personas se comportan en un contexto de libertad, de manera que al aludir al deber del *neminem laedere* no se explica cómo se puede sostener en tales supuestos que exista una lesión injusta³⁰.

C. La tesis del *tertium genus*

Las críticas y los debates que se han presentado sobre la aplicación de los regímenes de la responsabilidad contractual o extracontractual a los daños causados durante el periodo precontractual, han llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de solucionar dicha problemática a través de la creación de un sistema autónomo de responsabilidad civil. En ese orden de ideas, se ha explicado que la relación que se forma en la etapa precontractual entre las par-

27 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimp. 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1004 (2009).

28 L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, op. cit., 312.

29 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª reimp., Legis, Bogotá, 558 (2010).

30 L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, op. cit., 319.

tes es sui generis, una relación precontractual, también llamada “precontractual de carácter preparatorio” o derivada de un contacto social³¹. Aunque, como ya lo hemos señalado, para algunos partidarios de la posición contractualista, en la formación del contrato se presenta una convención o pacto tácito de garantía, al tratarse del producto de una ficción, coincidimos en que resulta más adecuado referirse en estos eventos a una relación precontractual que tiene como origen un contacto social. Otros explican que las tratativas constituyen el elemento objetivo de una relación jurídica pre-negocial y, como esta relación se encuentra regida por el principio general de la buena fe, se genera la obligación de indemnizar si se ocasionan daños por la violación de los deberes de conducta que de él surgen³².

Se ha optado entonces por referirse a la responsabilidad que se origina por los daños causados durante esta etapa como responsabilidad precontractual³³, en lugar de contractual o extracontractual, pues si el contrato no llega a perfeccionarse o se considera nulo, la responsabilidad no sería estrictamente contractual, pero, a la vez, si las partes quisieron acercarse para celebrar un contrato y han expresado su voluntad en ese sentido, es claro que allí se generan vínculos que no se pueden desconocer y, de esa forma, la situación no se podría enmarcar en una responsabilidad extracontractual propiamente dicha.

No obstante, estimamos que aunque se le llame precontractual a la responsabilidad por los daños causados antes del perfeccionamiento del contrato, en el momento de aplicar las normas pertinentes se tendrá que optar por uno u otro régimen a falta de una normatividad específica en materia precontractual, lo que reconduce la discusión a alguna de las dos opciones inicialmente analizadas.

31 Ibid.

32 M. Alonso Pérez, op. cit., 920.

33 Eduardo Aznar Giner, *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 96 (2010); Álvaro Pérez Vives, *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 7-8 (1957).

D. La naturaleza de la responsabilidad precontractual en Colombia

En el derecho colombiano, si bien la doctrina está dividida al respecto³⁴, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en diversas ocasiones como partidaria de la tesis extracontractualista. En efecto, explicó la Corte respecto de la responsabilidad civil que se debería aplicar a los daños causados en la fase de negociación de un contrato de obra³⁵, que en varias sentencias esa Corporación ha considerado que en la etapa anterior a la celebración del contrato las partes pueden incurrir en responsabilidad y que esta es de naturaleza extracontractual³⁶.

Sin embargo, en otras oportunidades la Corte ha expresado que la fase precontractual comprende no solamente la oferta, sino también, según el avance de las negociaciones, una serie de relaciones y contactos entre las partes que puede dar origen a una relación vinculante³⁷. Esto significa que si la Corte ha aceptado que durante las tratativas puede surgir una relación vinculante, según la doctrina y la misma posición de la Corte en sentencias anteriores³⁸, podría aplicarse en tales eventos el régimen de la responsabilidad contractual, pues esta deriva no solamente de un contrato sino de la existencia de un vínculo previo, una relación entre las partes, incluso antes de la celebración del contrato.

En oportunidad más reciente, la Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto de una acción de grupo instaurada por los adquirentes de un proyecto inmobiliario contra la constructora, por los daños que habrían sufrido como consecuencia de una pu-

34 En efecto, autores como Santos Ballesteros defienden la tesis contractualista, mientras que otros como Tamayo Jaramillo consideran que en las tratativas debe aplicarse la responsabilidad aquiliana. J. Santos Ballesteros, *op. cit.*, Tomo I, 104. J. Tamayo Jaramillo, *op. cit.*, 558.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 12 de agosto de 2002. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez.

36 En esta sentencia la Corte se refiere a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 11 de mayo de 1970, 28 de junio de 1989 y del 27 de junio de 1990.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Manuel Ardila.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 11 de mayo de 1970, Gaceta Judicial 2326, 2327 y 2328, p. 124. Según esta sentencia, la denominación tradicional de la responsabilidad contractual resulta impropia, pues esta especie de responsabilidad surge de eventos en los que existe un vínculo jurídico concreto anterior entre las partes, no necesariamente un contrato, que en caso de ser incumplido genera daños a la otra parte. En este mismo sentido ver Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de mayo de 1983, Gaceta Judicial 2411, p. 75.

blicidad que consideraron engañosa. En dicho pronunciamiento, la Corte señaló que durante los tratos preliminares el asunto debía ubicarse en el ámbito de la responsabilidad civil precontractual o extracontractual, pues en ese momento no se había celebrado aún el contrato respectivo con los sujetos que actuaron incentivados por la propaganda para adquirir lo que se les ofrecía³⁹. Indica también la sentencia que si el contrato se había celebrado efectivamente, la acción que se generaba era entonces una acción de naturaleza contractual y, entre otras posibles consecuencias, la publicidad engañosa podría llegar a viciar el consentimiento.

Ahora bien, aunque en el derecho contemporáneo se pretende acercar los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, e incluso se busca terminar con estas diferencias haciendo alusión, por ejemplo, a expresiones como la “unidad de la culpa civil”, la discusión sobre el carácter o la naturaleza de la responsabilidad en la etapa precontractual tiene un interés práctico en la medida en que, si bien la responsabilidad civil es una sola, subsisten diferencias de distinta naturaleza, particularmente por el régimen que establece el ordenamiento positivo, tales como el relacionado con la prueba de la culpa, si esta se presume o si será necesario probarla⁴⁰, o la constitución en mora que opera solamente en el ámbito contractual. Sobre este último punto, Santos Ballesteros explica que los deberes que deben observarse durante las tratativas, derivados del principio de la buena fe al que se refiere el artículo 863 del Código de Comercio, son deberes jurídicos concretos y su inobservancia implica el incumplimiento de una obligación de no hacer—que él estima es la de no actuar abusivamente en ese periodo—, razón por la cual, en opinión de este autor, la responsabilidad que se aplica en estos casos tiene naturaleza contractual, y al tratarse de obligaciones de no hacer, no se requiere de la constitución en mora, de conformidad con el artículo 1614 del Código Civil⁴¹.

Adicionalmente, respecto de las diferencias prácticas que se presentan en cuanto a la aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual, existen problemas procesales como el supuesto en

39 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 1° de noviembre de 2011. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz.

40 J. Oviedo, op. cit., 107.

41 J. Santos Ballesteros, op. cit., Tomo I, 103.

el que la acción se plantee como contractual y para el juez se trate de un caso de responsabilidad extracontractual, y se desestimen las pretensiones de la demanda para evitar que se presente un vicio de incongruencia en la decisión⁴², o por las reglas de competencia establecidas en el Código de Procedimiento Civil que, de acuerdo con el artículo 23, numerales 5 y 8 de ese estatuto, varían según el tipo de responsabilidad.

Si bien se ha analizado la posibilidad de aplicar a los daños causados durante la etapa de formación del contrato las normas propias de ambos regímenes, contractual y extracontractual⁴³, a falta de claridad en las normas aplicables a los distintos supuestos que, repetimos, no se limitan a la ruptura de las tratativas, resulta más favorable optar por alguno de los dos regímenes tradicionales, y en nuestra opinión la opción debe corresponder al régimen de la responsabilidad civil contractual, pues los sujetos ya están determinados, se genera entre ellos una relación concreta y tienen la intención de celebrar un contrato específico.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES COLATERALES EN LA ETAPA CONTRACTUAL

Aunque en nuestro concepto parece lógico entender que el régimen de responsabilidad aplicable por la inobservancia del deber de coherencia durante la ejecución o terminación de los contratos es el de la responsabilidad contractual, deben tenerse en cuenta, en particular, dos aspectos que pueden influir en esta apreciación. El primero es el relacionado con las discusiones existentes alrededor de la redefinición de la responsabilidad contractual (A) y el segundo el relativo a la tendencia unificadora de los sistemas (B).

42 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, 258-259 (1999). Respecto de este importante aspecto de las relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual, la posición actual de la jurisprudencia civil colombiana está recogida en la sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de 16 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Pedro Munar.

43 A. Cabanillas Sánchez, *El ámbito...*, op. cit. Este autor critica la posición intermedia de un tercer género de responsabilidad, pues a pesar de las ventajas generaría inseguridad jurídica.

A. Redefinición de la responsabilidad contractual

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta es un tema que está ligado a las nuevas tendencias en cuanto a la delimitación de la responsabilidad contractual. La problemática que revela la indeterminación acerca del campo de la responsabilidad contractual, incide en cuanto a la responsabilidad que debe aplicarse al incumplimiento de los deberes colaterales de conducta. En efecto, existe una posición expansiva del ámbito de la responsabilidad contractual (1), una posición, por el contrario, reduccionista del mismo (2) y, finalmente, el que se ha llamado sistema opcional (3).

1. Posición expansiva

Una primera visión ha pretendido incluir dentro del campo de aplicación de la responsabilidad contractual no solamente los daños derivados del incumplimiento de los contratos, sino también los daños que se derivan del incumplimiento de otras obligaciones previamente existentes entre partes determinadas, como el caso del condominio⁴⁴, o, en general, las derivadas de las relaciones antiguamente conocidas como cuasicontractuales, e incluso las denominadas obligaciones legales. Siguiendo esta posición, en la medida en que exista un vínculo jurídico previo entre las partes se ha considerado que no se debe aplicar la responsabilidad extracontractual, sino las reglas de la responsabilidad contractual. Desde este punto de vista, la responsabilidad impropriamente llamada contractual se convertiría en una responsabilidad obligacional o concreta, en oposición a una responsabilidad abstracta, que se aplicaría a los daños causados en los encuentros sociales desafortunados entre personas que no tienen vínculos entre sí.

Dentro de esta concepción amplia de la responsabilidad contractual se encuentran incluidos también los supuestos en los que surge un vínculo jurídico similar al que se deriva de un contrato, y cuyos efectos jurídicos se producen por los mismos hechos o por la ley. Nos referimos a las denominadas relaciones contractuales

44 L. Díez-Picazo, *Derecho de...*, op. cit., 264.

de hecho⁴⁵. Este tipo de relaciones se entienden moldeadas según el contenido de un determinado contrato, pero no provienen de un acuerdo de voluntades sino de hechos socialmente relevantes⁴⁶. Nacen por la ejecución de un comportamiento eminentemente fáctico, como, por ejemplo, el estacionamiento de un vehículo, la utilización del transporte público o el empleo de máquinas automáticas dispensadoras de productos⁴⁷.

En ese contexto, según esta posición, a los daños causados por la violación de los deberes colaterales de conducta se les aplicarían las reglas de la responsabilidad contractual, pues si se trata de una responsabilidad que se deriva de la inobservancia de un vínculo jurídico previo, es evidente que los deberes que surgen con ocasión de la negociación de un contrato, aunque no hayan sido expresamente pactados, se entienden derivados de dicho vínculo.

Se ha indicado al respecto que el principio general de la buena fe ha aumentado su operatividad en el derecho privado al constituirse en generador de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, y en caso de transgresión de los mismos, al tratarse de una violación de un deber específico derivado de una relación concreta entre las partes, ello conduce a una responsabilidad de carácter contractual⁴⁸.

De esta manera, la responsabilidad contractual va más allá de la responsabilidad por el incumplimiento de un deber de prestación de carácter principal, pues se generan efectos por el daño que ocasiona quien se encuentre ligado a otro por un vínculo obligatorio aunque el interés no sea necesariamente el interés de la prestación, sino el “*interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte*”⁴⁹.

En Colombia, por ejemplo, en la justicia arbitral, en el caso conocido como *Gilinski-Bancolombia*⁵⁰, el tribunal de arbitramento se

45 La noción se le atribuye a Günter Haupt con su obra *Über faktische Vertragsverhältnisse* de 1941.

46 M. Bianca, op. cit., 60.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de junio de 2010. Magistrado Ponente: William Namén.

48 Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 31 (1987).

49 *Ibid.*

50 Laudo arbitral *Gilinsky contra Bancolombia S.A.*, del 16 de mayo de 2006. Árbitros: José Alejandro Bonivento, César Hoyos y Jorge Santos.

refiere al cumplimiento de los contratos en virtud del principio general de la buena fe, y a la forma en que en virtud de este principio las partes se obligan, además de las prestaciones principales, a observar una serie de deberes accesorios de conducta que, en caso de que no se cumplan y con ello se causen daños a la otra parte, se incurriría en responsabilidad contractual. Con base en ese planteamiento, el Tribunal analizó el comportamiento del banco demandado en el proceso de capitalización que se había convenido y consideró que no se encontraba ajustado al postulado de la buena fe, porque no se había actuado de acuerdo con el profesionalismo propio de su actividad, pues la capitalización se realizó en un monto inferior al que se había previsto, así como a la mayor obtención de créditos externos que impactaron la posición económica de los vendedores y que incidió en el valor del banco que resultó luego de un proceso de fusión. Este caso ilustra la posición que se adoptó en la justicia arbitral en esta decisión sobre el incumplimiento de los deberes colaterales de conducta y la forma en que su violación conduce a una responsabilidad contractual.

2. Posición reduccionista

Una segunda visión aumenta el espectro de la responsabilidad extracontractual restringiendo la aplicación de la responsabilidad contractual⁵¹. Desde esta perspectiva, los daños que se causen y sean extraños al contenido propiamente dicho del contrato, se consideran comprendidos dentro de la responsabilidad aquiliana. Siguiendo esta misma línea, se ha llegado al extremo de afirmar que el contenido del contrato se limita a lo estrictamente pactado por las partes⁵².

De acuerdo con esta segunda posición, el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados por la inobservancia de un deber colateral de conducta sería el de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque al tratarse de deberes que se derivan

51 L. Díez-Picazo, *Derecho de...*, op. cit., 265.

52 Díez-Picazo critica el argumento y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que lo ha acogido, por considerar que va en contra del Artículo 1258 del Código Civil español, según el cual "*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*" (Ibid.).

del principio de la buena fe, ellos deben ser observados así no se pacten en forma expresa; frente a su incumplimiento, según esta postura, se aplicarían las normas de la responsabilidad aquiliana, pues tales deberes no se considerarían como parte del contenido estrictamente contractual.

Encontramos esta visión criticable, pues va en contra del entendimiento del concepto de obligación como relación jurídica compleja. En efecto, la obligación no se limita a un vínculo específico entre acreedor y deudor para la realización del deber de prestación, sino que, como relación jurídica, se complementa con una serie de deberes colaterales. En este sentido, siendo parte de una relación jurídica compleja, los deberes colaterales se deben entender comprendidos en el contenido del contrato. Se ha señalado al respecto que del principio general de la buena fe se derivan deberes colaterales de conducta que integran el contenido del contrato, aunque exorbiten los deberes pactados⁵³. La relación obligacional compleja incorpora no solo el deber de prestación, sino también otros deberes que no se dirigen a establecer el qué sino el cómo debe realizarse la conducta debida⁵⁴. Se ha observado igualmente que dentro de la noción del contrato existen una variedad de factores de atribución de los efectos obligacionales, pues estos pueden surgir no solo de la voluntad, sino también de la apariencia o de la buena fe, sin que por ello pierda la autonomía privada su rol preponderante⁵⁵. Adicionalmente, esta posición restrictiva va en contra de lo dispuesto en el Código Civil colombiano, en particular, de su artículo 1603, según el cual, los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por lo tanto, obligan no solamente a lo que se acordó en forma expresa sino a “*todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”. De esta manera, es el

53 Antonio Rinessi, *El deber de seguridad*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 59 (2007).

54 Judith Martins-Costa, “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en: Marcos Córdoba, *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomo II, 2ª reimp., Ed. La Ley, Buenos Aires, 112 (2009).

55 Ricardo Luis Lorenzetti, *Problemas actuales de la teoría contractual*. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artlorenzettiacademia>, (5 de enero del 2013). En este sentido este autor explica que “*La contratación actual, como la sociedad, evoluciona hacia múltiples subsistemas autónomos; el supuesto de hecho único, el “ideal” del contrato está fragmentado: hay relaciones por adhesión, de consumo, mega contratos entre grandes empresas, relaciones con las pequeñas y medianas empresas, los vínculos internacionales, y muchos otros.- Frente a esta diversificación, no es sensato mantenerse en la simplicidad, porque ello conduce a la esterilidad e ineficacia de las herramientas jurídicas*”.

propio Código Civil el que indica que el contenido del contrato no se limita a lo pactado en forma expresa por las partes. En efecto, la buena fe integra el contenido negocial y está presente a través de los deberes secundarios de conducta que permiten que la buena fe se concrete en cada caso en particular⁵⁶.

En el derecho alemán, un sector de la doctrina, analizando los deberes de protección, propone que se apliquen analógicamente las normas de responsabilidad contractual previstas en la ley⁵⁷. Se ha desarrollado adicionalmente en Alemania la responsabilidad por lesión contractual positiva, que consiste en cualquier vulneración de un deber que proviene de una relación obligatoria, pero que no corresponde a un caso de mora ni de imposibilidad de cumplimiento⁵⁸. Dentro de este tipo de lesiones se encuentran el cumplimiento defectuoso del deber de prestación, la violación de los deberes de protección y lo que nos interesa particularmente en nuestra investigación: la violación de los deberes accesorios de conducta⁵⁹. Se ha determinado que la consecuencia central de la lesión contractual positiva es la de indemnizar los daños y perjuicios causados y tratándose de contratos bilaterales podría implicar la resolución⁶⁰. No se duda de que en caso de violación de los deberes de protección se deba aplicar la responsabilidad contractual, en especial si estos representan un soporte para la realización cabal de la prestación⁶¹. De esta manera, en nuestra opinión, los daños causados por la inobservancia del deber de coherencia en los contratos generan una responsabilidad contractual, pues en virtud del principio general de la buena fe los deberes colaterales se integran al contenido del contrato.

56 J. Santos Ballesteros, op. cit., Tomo II, 235.

57 A. Cabanillas Sánchez, *Los deberes...*, op. cit., 436. Este autor se refiere a la propuesta principal de Staub, que fue en su momento acogida por la doctrina y jurisprudencia alemanas.

58 *Ibid.* 437.

59 *Ibid.* 438.

60 *Ibid.* 439. El autor destaca la diferencia con los deberes de prestación cuyo cumplimiento si puede exigirse coactivamente.

61 Arturo Solarte, *La buena fe...*, op. cit., 312.

3. Sistema opcional

Además de las posiciones reduccionista y expansionista, también existe un sistema llamado opcional, según el cual si un hecho dañoso viola simultáneamente una obligación contractual y un deber general como el *neminem laedere*, se yuxtaponen la responsabilidad contractual y la extracontractual, y podrían ejercitarse distintas acciones en forma alternativa o subsidiaria⁶². Se le objeta a este sistema que para establecer la culpa cuando existe un vínculo obligatorio previo se deben analizar las reglas que del mismo se desprenden, más aun si las partes pactaron la distribución de los riesgos o los posibles daños que se podrían ocasionar durante la ejecución del contrato⁶³.

Para resolver esta problemática de la aplicación de los regímenes de responsabilidades, contractual y extracontractual, se debe entender que si las partes celebraron un contrato y el daño es producto del incumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes o de los deberes colaterales de conducta que se desprenden del principio general de la buena fe, la responsabilidad es contractual y los jueces deben aplicar esta normatividad aplicando la regla *iura novit curia*⁶⁴.

B. Unificación de los regímenes de responsabilidad

Las diferencias de régimen jurídico entre los dos tipos de responsabilidad se manifiestan tanto en aspectos sustantivos como procesales. Entre los aspectos sustantivos se encuentran, entre otros elementos, los grados de culpa que se le pueden exigir al autor del daño, la constitución en mora, la legitimación para reclamar indemnización, el régimen de prescripción, y la extensión de los daños indemnizables. Dentro de los aspectos procesales, se mencionan la competencia judicial o la carga de la prueba⁶⁵. En la práctica, los problemas por la aplicación de uno u otro sistema se reducen a “*la existencia de pactos de modificación de la responsabilidad, la com-*

62 L. Díez-Picazo, *Derecho de...*, op. cit., 266.

63 *Ibid.*, 266-267.

64 *Ibid.*, 268.

65 F. Reglero, *Conceptos...*, op. cit., 106.

petencia judicial, la naturaleza de la acción ejercitada y la aplicación del principio de congruencia, y el régimen prescriptivo"⁶⁶.

Un sector de la doctrina sostiene que en los casos de responsabilidad contractual el juez suele ser más severo y sanciona gravemente los daños, pues se incumple la palabra dada, mientras que frente a una situación litigiosa que envuelva responsabilidad extracontractual, se concentra en la forma de resarcir a la víctima teniendo presente que se está frente a la materialización de un riesgo social⁶⁷. Esta situación, para algunos, separa los dos sistemas de responsabilidad y por ello "*la identificación global de los dos sistemas oscurece el entorno conceptual para el juez y no permite adentrarse en la naturaleza profunda de las distintas situaciones*"⁶⁸.

Sin embargo, otra visión ha estimado que las diferencias entre los dos regímenes, aunque existen, no son fundamentales, y que tal distinción no está justificada pues una vez producido un daño, este debe repararse por su autor, de ser posible atribuírselo, independientemente de su origen contractual o extracontractual⁶⁹. No resulta lógico, entonces, que para pedir la indemnización por unos mismos daños se aplique un régimen jurídico diferente, lo que genera además inseguridad jurídica, en particular si no existe homogeneidad jurisprudencial sobre el tema⁷⁰.

Por estas razones se ha considerado conveniente unificar el régimen de responsabilidad civil, incluso algunas codificaciones han optado por un sistema unificado⁷¹. Sin embargo, la distinción, aunque atenuada, continúa siendo relevante, pues está consagrada en la mayoría de los códigos vigentes y en Colombia, además, sigue siendo la posición de la jurisprudencia.

66 Ibid. 106-107.

67 Fernando De Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988)*, Tomo II, 5ª ed., Temis, Bogotá, 330 (2000).

68 Ibid., 330-331.

69 F. Reglero, *Conceptos...*, op. cit., 109.

70 Ibid.

71 Los códigos suizo, polaco, cubano y holandés, entre otros. Édgar Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 42 (2001).

CONCLUSIONES

Existen distintas posiciones acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta en las distintas etapas del contrato. Se han adoptado diversas soluciones que varían, entre otras circunstancias, de la fase contractual que se trate. En la etapa precontractual, en las hipótesis en las que el contrato aún no se haya formado, o haya sido declarado nulo, se discute si la violación de los deberes colaterales corresponde a una responsabilidad contractual, extracontractual o incluso a una responsabilidad *sui generis*. Aunque la jurisprudencia colombiana se ha inclinado por calificar la responsabilidad en esta fase como responsabilidad extracontractual, un sector de la doctrina e incluso la jurisprudencia han explicado que la responsabilidad contractual no se limita exclusivamente a aquella derivada de un contrato, sino de la existencia de un vínculo previo. Consideramos que a falta de una normatividad específica para la responsabilidad civil en la etapa precontractual, la opción debe corresponder a la visión contractualista, pues los sujetos ya están determinados, a través de una relación concreta, respecto de un contrato específico, ya sea por celebrar o viciado de nulidad.

En la etapa contractual, la dificultad radica en que los deberes colaterales de conducta obligan a las partes, aunque no se hayan pactado expresamente, y en caso de ser inobservados se discute si la responsabilidad civil que se deriva debe ser contractual o extracontractual. Después de analizar las posiciones respecto del campo de aplicación de los regímenes de responsabilidad civil e incluso de la conveniencia de la unificación de los mismos, resulta adecuado en el ordenamiento jurídico colombiano aplicar la responsabilidad contractual, pues en virtud del principio general de la buena fe, los deberes colaterales se integran al contenido del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Adriano De Cupis, *El daño, Teoría general de la Responsabilidad Civil*, trad. Ángel Martínez, Ed. Bosch, Barcelona (1975).
- Álvaro Pérez Vives, *Teoría General de las Obligaciones*, 2ª ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá (1957).
- Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, trad. W. Rocés, Ed. Comares, Granada (2007).
- Antonio Cabanillas Sánchez, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Ed. Civitas, Madrid (2000).
- Antonio Rinesi, *El deber de seguridad*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires (2007).
- Atilio Alterini, Oscar José Ameal, & Roberto López Cabana, *Derecho de Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires (2008).
- Carlos Gustavo Vallespinos & Federico Ossola, *La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor*, Hammurabi, Buenos Aires, (2010).
- Édgar Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2001).
- Eduardo Aznar Giner, *Las negociaciones o tratos preliminares al contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia (2010).
- Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo 1, trad. José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1969).
- Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, reimp. 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile (2009).
- Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, trad. de Sentís y Volterra Fontanarrosa, Ed. Ejea, Buenos Aires (1986).
- Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid (1987).
- Geneviève Viney, *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad*, trad. Fernando Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 419 (2007).
- Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª reimp., Legis, Bogotá (2010).
- Jorge Mosset Iturraspe & Miguel Piedecabras, *Responsabilidad Precontractual*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires (2006).
- Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2006).
- Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid (1999).
- Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid (2007).

- María Medina Alcoz, *Responsabilidad Precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Ed. Forum, Perú (2006).
- Mariano Yzquierdo, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid (2001).
- Massimo Bianca, *Derecho Civil, El Contrato*, Tomo 3, trad. Fernando Hinestrosa & Edgar Cortés, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2007).
- Ramón Pizarro & Gustavo Vallespinos, *Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones*, Tomo I, 2ª reimp. de la 1ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires (2006).
- Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, trad. Fernando Hinestrosa, 2ª reimp., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1996).
- Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos-parte general*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires (2004).
- Rubén S. Stiglitz & Gabriel A. Stiglitz, *Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información*, Abeledo Perrot, Buenos Aires (1992).
- Rudolf Von Ihering, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. Federico Procchi, Ed. Jovene, Napoli. (2005).
- Vladimir Monsalve Caballero, *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*, *Revista de derecho*, No. 30, Universidad del Norte, Barranquilla (2008).

Contribuciones en obras colectivas

- Antonio Cabanillas Sánchez, “Introducción al estudio de los deberes de protección”, en: *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, 175 (2002).
- Carneiro Da Frada, “Los deberes de protección II”, en: AA.VV., *Derecho de las relaciones obligatorias*, trad. Leysser León, Ed. Jurista, Lima, 157 (2007).
- Édgar Cortés, “Los deberes del acreedor”, en *Obligaciones, contratos, responsabilidad*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 203 y ss. (2011).
- Juan David Palacio, “La Responsabilidad precontractual ¿se aproxima a la responsabilidad contractual?”, en: *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, Tomo I, Ed. Diké – Pontificia Universidad Javeriana – Universidad Pontificia Bolivariana, Bogotá, 98-99 (2011).
- Judith Martins-Costa, “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en: Marcos Córdoba, *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomo II, 2ª reimp., Ed. La Ley, Buenos Aires, 112 (2009).
- Pier Giuseppe Monateri, “La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Estudios sobre el contrato en general*, 2ª ed., trad. Leysser León, Ed. Ara, Lima (2004).

Revistas

- Albert Lamarca I. Marquès, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, en: *Indret*, Barcelona, 5 (2002). Disponible en: www.indret.com (1° de noviembre del 2012)
- Antonio Cabanillas Sánchez, *El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 628, 752 (mayo–jun., 1995). Disponible en: [http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237?ix_resultado=4.0&query\[q\]=cabanillas%20sanchez%20culpa%20in%20contrahendo](http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/precontractual-culpa-in-contrahendo-326237?ix_resultado=4.0&query[q]=cabanillas%20sanchez%20culpa%20in%20contrahendo) (15 de febrero del 2013).
- Arturo Solarte, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, *Revista Universitas*, No. 108, 301 (2004, dic.).
- Gema Tomás Martínez, *Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea*, 17 *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 1, 189 (2010).
- Jorge Oviedo, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, *Revista Universitas*, N° 115, Bogotá, 105 (ene.-jun., 2008).
- Mariano Alonso Pérez, *La responsabilidad precontractual*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 485, 910 (jul.–ago. 1971). Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-precontractual-338379> (15 de enero del 2012).

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 11 de mayo de 1970, Gaceta Judicial Nos. 2326, 2327 y 2328
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 21 de mayo de 1983, Gaceta Judicial No. 2411, p. 75.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Manuel Ardila.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 12 de agosto de 2002. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Pedro Munar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de junio de 2010. Magistrado Ponente: William Namén.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 1° de noviembre de 2011. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz.

Laudos arbitrales

- Laudo arbitral *Gilinsky contra Bancolombia S.A.*, del 16 de mayo de 2006. Árbitros: José Alejandro Bonivento, Cesar Hoyos y Jorge Santos.