

LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

*Arturo Solarte Rodríguez**

RESUMEN

El estudio que se presenta a consideración del lector pretende profundizar en el principio de buena fe, en sus aspectos más generales, para luego derivar el análisis a la que se ha denominado como “buena fe contractual”, dado el campo particular en el que ella actúa. En relación con esta última, que cumple importantes funciones en todo el derecho de las obligaciones y de los contratos, se destaca la función que ella desempeña en la integración del contenido contractual, particularmente en cuanto, ante el silencio de las partes, la buena fe incorpora en el programa de derechos y deberes derivados del contrato, todos aquellos que surgen de la naturaleza misma de la relación o los que resultan ordinarios en la regulación de la figura típica de la que se trate (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio). Finalmente, en el estudio se realiza un recuento sobre el origen y las más destacadas manifestaciones de los que se han denominado como “deberes secundarios de conducta”, los cuales constituyen una de las más importantes y cotidianas expresiones del efecto integrador que tiene la buena fe respecto del contenido contractual.

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2004

* SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en legislación financiera de la Universidad de los Andes. Estudios de doctorado en derecho en la Universidad de Salamanca. Profesor investigador del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: buena fe, integración del contenido contractual, deberes secundarios de conducta.

ABSTRACT

The study that is presented for consideration of the reader tries to go into depth in the Good Faith Principle, in its most general aspects to later derive the analysis to which has been named “contractual good faith”, due to the particular field in which it acts. In relation to the latter, which fulfills important functions in all the obligations and contracts law, the function stands out in which it carries out in the integration of the contractual contents, particularly as to, due to the silence of the parties, the good faith includes in the program of rights and duties derived from the contract, all those that rise from the nature itself of the relation or those who turn out as ordinary in the regulation of the typical figure dealt about (articles 1603 of Civil Code and 871 of the Commerce Code). Finally, in the study a recount is done about the origin and the most outstanding manifestations of those that have been named “secondary conduct rights”, which constitute one of the most important and daily expressions of the integration effect that the good faith has with respect to the contractual contents.

Key words: *good faith, integration of the contractual contents, secondary conduct rights.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO DE BUENA FE
 - 2.1. Nociones generales
 - 2.2. La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva
 - 2.3. La buena fe contractual
3. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

4. CONCEPTO DE INTEGRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO. RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN Y LA CALIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO
5. EL PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO
 - 5.1. La integración y las normas imperativas
 - 5.2. La integración y las normas dispositivas
 - 5.3. La integración y la costumbre
 - 5.4. La integración y la buena fe
6. ¿CUÁL ES LA FUENTE DE LOS DEBERES QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DE LA INTEGRACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL?
7. LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA
 - 7.1. Antecedentes
 - 7.2. Clases de deberes secundarios de conducta
 - 7.2.1. El deber de protección
 - 7.2.2. El deber de información
 - 7.2.3. El deber de consejo
 - 7.2.4. El deber de fidelidad
 - 7.2.5. El deber de reserva o secreto
 - 7.3. Incumplimiento de los deberes secundarios de conducta. Régimen de responsabilidad aplicable
8. CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la buena fe es un tema clásico en el derecho y también uno de los que mayor vigencia tiene en la actualidad. Uno de los aspectos más interesantes que se desarrollan a su alrededor, y que es el que constituye el objetivo inicial de nuestro estudio, es el relacionado con el importante papel que desempeña en la contratación y, en particular, en la integración del contenido del contrato. Asimismo, por tratarse de un tema estrechamente relacionado con el anterior, he considerado conveniente profundizar en los que se denominan actualmente como “deberes secundarios de conducta”, según la denominación más extendida, dada la trascendencia que éstos han ido adquiriendo en el tráfico jurídico, así como por las vacila-

ciones que la doctrina especializada ha tenido en relación con la determinación de su verdadero origen y efectos.

2. EL CONCEPTO DE BUENA FE

2.1. Nociones generales

El concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, pues se trata de una de las nociones que mayor amplitud y alcance ha adquirido desde que fue concebida y desarrollada por los juristas de Roma¹. No obstante su complejidad, es menester reconocer de antemano que la importancia de la buena fe es hoy en día de tal magnitud que ella es la base de un *principio general de derecho*, que incluso se ha llegado a calificar por la doctrina como “supremo” y “absoluto”², con una trascendencia tal que codificaciones de vanguardia como el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetz Buch*, o abreviadamente *BGB*) han “instalado el principio de la buena fe en la *cúspide del derecho de obligaciones*...”³.

Asimismo, se debe destacar que el principio de buena fe es utilizado como eje del sistema de obligaciones y contratos en la regulación de los contratos internacionales y en los proyectos de armonización legislativa que recientemente se han propuesto en Europa, tal y como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 7°), los Principios *UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales (art. 1.7) o con los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) preparados por la comisión presidida por el profesor OLE LANDO, (art. 1:201).

- 1 Se señala que la noción de buena fe surgió en el derecho romano, a propósito de la *emptio*, y se extendió en relación con ella a figuras como la posesión y la usucapión. Por otra parte, se indica que la buena fe en el cumplimiento de los contratos surgió a propósito del mecanismo de funcionamiento de los contratos innominados. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, pág. 81 y sigs. Algunos ven su origen en la distinción de las acciones, que posteriormente se extendió a los contratos, entre *bonae fidei* y *stricti iuris*, pues en las primeras el juez atemperaba el rigor de las formas del derecho civil, atendiendo a criterios de equidad y teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones, para efectos de determinar su contenido, particularmente cuando aquéllas surgían de contratos con obligaciones recíprocas. Finalmente, se señala también que el concepto adquirió gran desarrollo, por obra del pretor, a través de la creación y la extensión de la *exceptio doli*.
- 2 ENNECERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLF, MARTIN, *Tratado de derecho civil*, t. II, vol. I, Derecho de obligaciones, Librería Bosch, Barcelona, 1933, pág.19.
- 3 MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, 1ª edición en español, traducción de ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona. 1993. pág. 74. Señala de fondo que el artículo 242 del BGB, que consagra el principio de buena fe en esa codificación, es considerado como el “rey del Código Civil”. LANDO, OLE. El derecho contractual europeo en el tercer milenio. *Revista derecho de los negocios*, año II, n°116, mayo de 2000, pág. 16, Editorial La Ley, Madrid.

Debe indicarse que el concepto de buena fe es utilizado en el derecho privado en instituciones muy diversas, que pueden ser bastante disímiles y que van desde la posesión de las cosas hasta el matrimonio putativo o la ejecución contractual.

Señala un importante sector de la doctrina⁴, que los artículos de los códigos civiles en los que se hace alusión a la buena fe, se pueden clasificar en tres grupos claramente diferenciados, a saber:

- a) En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad el mismo es irregular y antijurídico. Un ejemplo de este grupo de normas es el que hace referencia al matrimonio nulo contraído de buena fe, cuando alguno de los contrayentes ha ignorado la existencia del vicio que ocasiona su invalidez y ha expresado su consentimiento con la convicción de la plena validez del acto. La consecuencia que se presenta en estos eventos es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería.
- b) En un segundo grupo la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquél. Es el caso, por ejemplo, del papel que la buena fe desempeña en la adquisición de cosas muebles por la compra que de ellas se realiza en establecimientos comerciales, cuando el vendedor no es el verdadero propietario de las mismas, caso en el cual, en algunas legislaciones, el derecho protege al adquirente, al impedir que en tal evento sea factible entablar la acción reivindicatoria⁵. En estos supuestos se ampara la confianza del sujeto de derecho en la apariencia jurídica y la

4 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963. pág. 136 y sigs. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe...*, pág. 41. BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 74 y sigs. Hemos acogido la clasificación que al respecto realiza DÍEZ-PICAZO. Debe precisarse que EMILIO BETTI divide el tercer grupo de normas en dos conjuntos de disposiciones: por una parte, las que mencionan a la buena fe como lealtad en la conclusión y ejecución del contrato, y por otra, las que consagran a la buena fe como actitud de cooperación para la satisfacción de las expectativas de prestación de la otra parte, *op. cit.*, pág. 82.

5 Código Civil colombiano, artículo 947. Aunque el tema es bastante discutible, se podría considerar que esta norma consagra un evento de *adquisición a non domino*, como una importante excepción que la buena fe introduce en los efectos del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transmitir a otro más derecho del que tuviere).

buena fe sirve de presupuesto para la adquisición o para el ejercicio de un derecho subjetivo.

- c) En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, ésta “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”⁶.

Estas disposiciones, entre otros efectos, contribuyen a integrar el contenido contractual, con fundamento en que la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas le da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la vida de una particular relación contractual.

Teniendo en cuenta el panorama que se ofrece al jurista sobre las distintas aplicaciones que en el ordenamiento se realizan sobre la buena fe, y que nos indicarían que ésta, en todo caso, tiene su fundamento en la actitud o comportamiento honesto y recto del sujeto⁷, resulta importante señalar que el orden jurídico y, particularmente, el orden jurídico privado, no está fundamentado en el “personalismo ético” sino que es imprescindible contar con un elemento ético-social, el cual se logra incorporar al ordenamiento por la vía de la buena fe. Siguiendo a KARL LARENZ en este punto, podemos señalar que la buena fe descansa en la consideración de que la convivencia social se conseguirá cuando la confianza que se deben dispensar las partes en una relación, no será defraudada sino, por el contrario, confirmada. “El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código Civil en la exigencia de observar la ‘buena fe’”⁸.

En todo caso, es conveniente reiterar que, por lo general, el concepto de buena fe no hace referencia a una percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, la buena fe es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados.

6 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los actos propios...*, pág. 137.

7 En relación con el concepto de buena fe y su aplicación, DE LOS MOZOS señala que existe unidad conceptual pero diversidad técnica. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe...*, pág. 81. En el mismo sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, t. 1, directores: ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS y SOTO, CARLOS ALBERTO, Palestra Editores y Editorial Temis, Lima y Bogotá, respectivamente, 2000, pág. 276.

8 LARENZ, KARL, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1978, pág. 59.

2.2. La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva

Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe⁹: por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico. Estas dos facetas de la buena fe han llevado a que la doctrina considere que, aunque en ambas nociones se advierte idéntico origen, en realidad existe un concepto subjetivo y un concepto objetivo de la buena fe, que corresponderían, respectivamente, a las dos descripciones anteriormente realizadas. Las dos clases de buena fe difieren en la forma en que ellas son aplicadas o por la manera como ellas funcionan: “una extiende o aplica una regla de conducta; la otra facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta (valorando la *intención* del sujeto, o su *creencia* o error), con lo que su *función* es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por ello, difieren también en la forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tiene de presentarse el derecho: como normativa y como facultad”¹⁰.

En relación con la buena fe subjetiva se ha distinguido entre la concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad¹¹.

Ahora bien, en relación con la buena fe objetiva es importante precisar¹² que ésta, corresponde, por una parte, a un concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, noción ésta que co-

9 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe...*, pág. 39 y sigs.

10 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pág. 230. Sobre este tema puede verse la sentencia de casación civil del 2 de agosto de 2001, expediente 6146, MP: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

11 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, prólogo a la obra *El principio general de la buena fe* de FRANZ WIEACKER, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, págs. 14 y 15.

12 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, prólogo..., págs. 11 y 12.

responde al concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas y, por otra, la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. Este último es un principio “dogmático” o “sistemático”¹³, el *principio general de buena fe*, que debe irradiar la interpretación de todo el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, es, en algunas legislaciones, fuente de derecho, como principio general, tal y como ocurre, por ejemplo, en el régimen jurídico español de conformidad con el sistema de fuentes establecido en el artículo 1º del Código Civil de dicho Estado. Valga señalar que, aun cuando se hubiera podido considerar que el principio ya estaba inmerso en las normas del ordenamiento español, éste recibió consagración legal específica a través de la reforma efectuada al título preliminar del Código Civil, mediante Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y del texto aprobado por decreto de 31 de mayo de 1974, que incorporó al articulado del Código Civil, la siguiente disposición: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 7.1. del Código Civil español)¹⁴.

2.3. La buena fe contractual

La buena fe en sentido objetivo, que GALGANO considera se podría circunscribir a los términos de corrección o lealtad¹⁵, y que corresponde al tercer grupo de normas arriba reseñado, se manifiesta principalmente a través de la que se ha denominado como buena fe contractual. Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema

13 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas...*, pág. 231. En Colombia la Corte Constitucional ha señalado que “la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquéllos adelanten ante éstas’”. Corte Constitucional, sentencia C-982 del 22 de agosto de 2001, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL. Con esta sentencia se reafirman planteamientos anteriores similares, contenidos, entre otras providencias, en la sentencia T-460 del 15 de julio de 1992, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y la sentencia T-475 del 29 de julio de 1992, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

14 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Derecho civil. Método, sistemas...*, pág. 211 y sigs.

15 GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág.453.

legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social”¹⁶.

Aquí resulta oportuno indicar que para GALGANO¹⁷, las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad. Corresponderá al juez establecer dichas reglas con fundamento en el examen que realice de la costumbre, lo que puede conducir a un resultado que no coincida con su personal concepto de corrección o lealtad. En relación con esta opinión de GALGANO debemos señalar que buscar la buena fe en el comportamiento usual o reiterado, podría conducir a que se confundan dos fuentes de integración que son distintas a la luz de normas como el artículo 871 del Código de Comercio colombiano, como son, por una parte, la costumbre y, por otra, la buena fe, ya que este concepto más que a las prácticas reiteradas hace referencia a estándares de conducta que provienen de la ética jurídica¹⁸, pero no sólo de una ética individual o personal, sino de una ética basada en los valores morales que sirven de fundamento a la convivencia social¹⁹. En este punto resulta importante precisar también, siguiendo a JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, que el principio general de buena fe no se puede confundir con el principio de solidaridad social, entendido como un “límite a la actuación de los particulares en aras del superior interés social”, pues el principio de buena fe actúa en el campo de las relaciones intersubjetivas más que en un contexto de tipo social²⁰.

Según indica la doctrina uniformemente, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información. Asimismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño *in contrahendo*”. Por otra parte, y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para

16 GALGANO, FRANCESCO, *op. cit.*, pág. 454.

17 GALGANO, FRANCESCO, *op. cit.*, pág. 454.

18 WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977. WIEACKER señala que el concepto de buena fe reenvía “a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad”, pág. 49.

19 GODREAU, MICHAEL J., “Lealtad y buena fe contractual”, revista *Vniversitas*, n° 77, noviembre de 1989, pág. 72 y sigs.

20 DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas...*, pág. 224.

con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas. Respecto de este último aspecto, Díez-PICAZO hace referencia a algunos comportamientos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas han identificado como conductas que no se podrían ejecutar por contrariar la buena fe, tales como el ejercicio de un derecho cuando ya ha transcurrido mucho tiempo desde su exigibilidad, el abuso de la nulidad por motivos formales, la pretensión de cumplimiento ejercitada cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente e, incluso, la declaración de incumplimiento por una trasgresión insignificante del plazo pactado²¹. Finalmente, la buena fe también tiene importante aplicación en la extinción y “liquidación” de los efectos del contrato, como adelante tendremos oportunidad de comentar. Dado todo lo anterior, se comprende que la doctrina señale que, “[l]a buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ‘ejecución continuada’, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)”²².

En fin, el mayor protagonismo que ha adquirido en años recientes el principio general de buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como “cláusula general” o como “válvula”, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinados²³.

21 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, prólogo a la obra *El principio general de la buena fe* de FRANZ WIEACKER, págs. 21 y 22. En el mismo sentido MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, pág. 77. En el derecho colombiano, SERGIO MUÑOZ LAVERDE ha analizado con detenimiento las relaciones entre el principio de ejecución de buena fe y la aplicación de la teoría de la imprevisión. MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, *La buena fe contractual*, estudio no publicado, 2003. Sobre la relación entre el principio de buena fe y el abuso del derecho puede verse la sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1994, MP CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSIGS.

22 STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. I. Abeledo Perrot, S.A., e I., Buenos Aires, 1998, pág. 440.

23 WIEACKER, FRANZ, *op. cit.*, pág. 49 y sigs. WIEACKER señala que el principio de buena fe (parágrafo 242 del BGB), con una triple función que el autor le reconoce en el ordenamiento alemán, es el camino para introducir en el mismo un derecho de tipo judicial, pues el principio sirve para concretar el plan legal de ordenación establecido por el legislador (*officium iudicis*), representa una máxima de conducta ético-jurídica, y, finalmente, el parágrafo 242 es un medio para la ruptura ético-jurídica del derecho legal en situaciones extraordinarias. En el prólogo a la obra citada, el profesor Díez-PICAZO reseña las “abundantes dudas” que le suscita la introducción de un “derecho judicial”, las cuales compartimos, *op. cit.*, pág. 17 y sigs. Véase también sobre este tema: MEDICUS, DIETER, *op. cit.*, págs. 77 y 78.

3. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Con el perfeccionamiento de un negocio jurídico las partes contratantes buscan satisfacer una determinada necesidad de tipo práctico y establecen las principales reglas de conducta que habrán de regir en el futuro su particular relación. El negocio jurídico se celebra con el fin de producir unos determinados efectos que son intencionalmente queridos por las partes. Dicha regulación, por regla general, entrará en vigor inmediatamente se perfeccione el consentimiento o, excepcionalmente, lo hará en un momento posterior, al vencerse el plazo convenido o acaecer la condición suspensiva acordada. Lo convenido entre las partes será una “ley” para ellas (principio de normatividad), en el sentido de que las partes estarán constreñidas al cumplimiento, mas no en cuanto a una pretendida generalidad que sólo tiene la ley en sentido material, pues, como sabemos, la regulación contractual sólo afecta, en principio, el reducido círculo de las partes contratantes (principio de relatividad).

La regulación establecida por las partes en los contratos, esto es “lo que en ellos se expresa” en los términos del artículo 1603 del Código Civil²⁴, es una regulación que se puede llamar “autónoma”, en el sentido de que son las partes quienes en ejercicio del poder autorregulador que el ordenamiento les brinda determinan el contenido que en principio deben tener las reglas contractuales. Sin embargo, la citada regulación contractual realizada por las partes no tiene la aptitud para contemplar todos los aspectos y detalles de su futura relación. Ninguna capacidad de previsión podría contemplar la totalidad de eventos que se pueden presentar en la ejecución de una relación contractual, ni establecer, de antemano, las soluciones a toda posible controversia. Dada la citada circunstancia, debe acudir a otras fuentes de “reglamentación contractual”, éstas sí heterónomas, con las cuales se podrá integrar el contenido de la regulación que habrá de regir las relaciones de las partes. A través de este procedimiento se puede hallar el “contenido implícito” del contrato²⁵. En el proceso anteriormente descrito la autonomía de la voluntad se encontrará en “concurso” con otras fuentes de determinación del contenido del contrato, con las que, en algunas ocasiones, se podrá encontrar en posición subordinada, e, incluso, antagónica²⁶, lo que podría conducir a que la manifestación de

24 “Lo pactado expresamente”, según la redacción del artículo 871 del Código de Comercio.

25 LARROUMET CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. II, traducción de la segunda edición francesa por JORGE GUERRERO, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999, pág. 7.

26 BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO D. y NATOLI, HUGO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, 1ª edición en español, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, págs. 643 y 644.

voluntad sea depurada o corregida, “para mostrarse, entonces sí, en la plenitud de su alcance y pormenores”²⁷.

Al procedimiento a que nos hemos referido en párrafos anteriores se le denomina integración del negocio jurídico o integración del contenido contractual.

4. CONCEPTO DE INTEGRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO. RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN Y LA CALIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como se señaló anteriormente, la integración del negocio jurídico parte del supuesto de que, “la norma negocial en parte no puede (y, en parte, puede no querer) regular todos los aspectos de una relación jurídica [y, por tanto], se hace necesario determinar la total norma reguladora de esa relación, mediante la integración de la *Lex negotii* con las demás fuerzas normativas”²⁸.

Como señala también CARLOS LASARTE²⁹, la finalidad de la integración es “incardinar el contrato en un ambiente normativo” reflejado en la propia ley, la costumbre, la equidad natural y la buena fe.

La mayor parte de la doctrina que ha tratado estos temas se ha preocupado en caracterizar a la integración contractual y en distinguirla de fenómenos cercanos pero con los cuales tiene claras diferencias, como son la interpretación y la calificación del negocio jurídico³⁰.

En primer término se ha precisado que la interpretación del negocio jurídico se dirige a establecer la voluntad normativa de las partes o a investigar el *significado efectivo* del negocio³¹. Señala RENATO SCOGNAMIGLIO que, “la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a

27 FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

28 GARCÍA AMIGO, MANUEL, “Integración del negocio jurídico”, *Revista del Derecho Notarial*, Madrid, 1980, pág. 118.

29 LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pág. 50 y sigs.

30 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pág. 409 y sigs.

31 MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Doctrinas generales, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954, pág. 483.

su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares”³².

A través de este instrumento se pretende determinar el real alcance de la declaración de voluntad de los contratantes, el significado de sus manifestaciones³³, sobre todo cuando existen oscuridades o ambigüedades en las mismas. Tradicionalmente, se ha considerado a esta clase de interpretación como una interpretación subjetiva, pues tiene su fundamento en la voluntad de los sujetos contratantes. Por otra parte, se encuentra la interpretación objetiva, que es aquélla en la que se esclarecen las dudas a través de medios objetivos fijados por la ley, como ocurriría cuando se interpreta la cláusula de ambigüedad insuperable a favor del deudor (art. 1624 del Código Civil). Finalmente, debemos señalar que gracias a la influencia de los juristas alemanes, un sector de la doctrina ve en la labor de interpretación un reto de alcance mayor, pues considera que ella también puede estar presente cuando sea necesario completar la declaración de voluntad, llenando las lagunas de la *Lex negotii* a partir de una voluntad presunta de las partes, determinada con base en un procedimiento analógico, similar al utilizado en el caso de las lagunas legislativas. Se trataría de averiguar lo que las partes habrían declarado como *justo equilibrio de intereses* si dentro de sus acuerdos hubieran regulado el punto en cuestión, tomando en cuenta para ello la finalidad total del contrato, los imperativos de la buena fe y los usos del tráfico. Este procedimiento es denominado por la doctrina como “interpretación integradora” y LARENZ lo llama “interpretación complementaria del contrato”³⁴.

Es posible sostener que la creación de la figura de la interpretación integradora por la doctrina alemana encuentra su explicación en que en el *BGB* no existe un precepto como el artículo 1603 del Código Civil colombiano, y sus correspondientes en las legislaciones francesa, italiana o española, y a que en aquella codificación los preceptos sobre interpretación de los contratos son realmente escasos.

En la doctrina española, la mayoría de los autores considera que la figura de la interpretación integradora no es de recibo dentro del marco de su ordenamiento, pues estima que el concepto de “voluntad presunta” de las partes no corresponde al que la labor de interpretación debe tratar de hallar, que no es otro que la “voluntad real” de los contratantes. Además, se considera inexacto sostener que existen “lagunas del contrato” en un paralelismo con los problemas de las lagunas de la ley y

32 SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

33 STOLFI, GIUSEPPE, *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 285.

34 LARENZ, KARL, *op. cit.*, pág. 744 y sigs.

pretender que ellas sean llenadas a través de la analogía, cuando en realidad el ordenamiento ha previsto que en caso de ausencia de una particular expresión de voluntad, el contenido contractual se debe integrar con fuerzas normativas externas a las partes, de conformidad con lo previsto en España en el artículo 1258 del Código Civil³⁵. En relación con el derecho italiano, resulta oportuno mencionar que aunque autores de la talla de EMILIO BETTI defendieron en su momento la viabilidad en ese ordenamiento de la interpretación integradora³⁶, otros, como BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI señalan que, “parece del todo inoportuno contaminar el tema de la interpretación con el de la integración, hasta el extremo de hablar, como a veces se hace, traduciendo expresiones análogas de la literatura alemana, de ‘interpretación integradora’”³⁷.

En relación con la “calificación”, debemos señalar que por ella entendemos aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato conforme a su contenido obligacional. Allí será necesario distinguir los elementos esenciales del contrato de aquéllos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Dentro de la labor de calificación el juez deberá determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, deberá determinar la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, deberá señalar que el acto es atípico y determinar la regulación que a él sea aplicable. Dado lo anterior, el juez tiene, incluso, el poder de modificar la calificación errónea que las partes hayan asignado al contrato por ellas celebrado. Señalan OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA que mientras la labor de interpretación es una cuestión de hecho, la labor de calificación es una cuestión de derecho³⁸.

Con base en las anteriores precisiones, es importante indicar que la secuencia en el análisis del contrato deberá comenzar con la interpretación de la voluntad de las partes, para efectos de eliminar las incertidumbres que puedan existir al respecto, luego se realizará la calificación del negocio jurídico y, finalmente, se determinarán las fuentes normativas externas que sean necesarias para integrar el contenido del contrato, como a continuación pasamos a precisarlo.

35 Se manifiestan contrarios a la figura de la interpretación integradora, entre otros, Díez-PICAZO, GARCÍA AMIGO y LASARTE. Ha defendido con vigor la viabilidad de la figura en el derecho español el profesor de la Universidad de Burgos CARLOS VATTIER FUENZALIDA, en “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1987, pág. 495 y sigs.

36 BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 243 y sigs.

37 BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCESCO D. y NATOLI, HUGO, *op. cit.*, págs. 977 y 978.

38 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 418.

5. EL PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como ya hemos señalado, la labor de integración del contenido del negocio jurídico, en particular del contractual, encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 1603 del Código Civil, de conformidad con el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

Sobre el origen de esta norma se ha indicado que ANDRÉS BELLO se fundamentó en el contenido de los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés. Se ha precisado al respecto que, “BELLO, con acierto, pasmó en el artículo 1545 del CC chileno, (que corresponde al 1602 de nuestro código) lo relacionado con el principio de normatividad, es decir, los dos primeros incisos del artículo 1134 del Código de NAPOLEÓN. Y reunió en un solo texto (1546 del código chileno, que corresponde al 1603 del colombiano) lo relacionado con el postulado de buena fe. Los comentaristas franceses sostienen que el art. 1135 del código francés no es sino una consecuencia del último inciso del art. 1134, sobre la ejecución de buena fe. Más técnica y precisa fue la estructura normativa dada por BELLO. Hay, sin embargo una interesante diferencia entre el texto chileno (art. 1546) y el colombiano (art. 1603). BELLO fue explícito en sostener que por el hecho de tenerse que ejecutar los contratos de buena fe, obligan a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre le pertenecen. El artículo 1603 del código colombiano no refiere lo atinente a la costumbre. Además debe tenerse en cuenta que ni el código chileno ni el colombiano refieren sobre el particular a la equidad”³⁹.

Principio similar al consagrado en el artículo 1603 del Código Civil se establece en el artículo 871 del Código de Comercio, en el cual, como ya se ha anticipado, no obstante la semejanza con el precepto del derecho común, se amplían las fuentes para realizar la labor de integración, al disponer que, “[l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Las normas antes transcritas son similares a las consagradas en los códigos civiles de Francia, Italia y España⁴⁰, aun cuando en los dos primeros el criterio de integración relacionado con la buena fe no se menciona sino que se hace referencia

39 MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, *La buena fe contractual*, estudio no publicado, Bogotá, 2003.

40 Las normas del Código Civil francés atinentes al tema son los artículos 1134 y 1135, que disponen lo siguiente:

a la equidad. Por último, señalemos que principios semejantes a los mencionados anteriormente se encuentran incorporados en los trabajos realizados en época reciente para efectos armonizar la legislación en materia de contratos, tales como los *Principios UNIDROIT* sobre contratos comerciales internacionales⁴¹ y los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) preparados por la Comisión presidida por el profesor OLE LANDO⁴².

Según se indica por la doctrina, el antecedente de normas como las anteriormente citadas estaría en DOMAT, pues éste afirma en *Les loix civiles dans leur ordre naturel* que, “*les conventions obligent non seulement à de qui y es exprimé, mais, encore à toutes les suites ce que l’équité, l’usage ou la loi donnet à l’obligation d’après sa nature*”⁴³.

“Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho.

“No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

“Deben ser cumplidas de buena fe”.

“Art. 1135. Las convenciones obligan no sólo a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza”.

El Código Civil italiano establece en su artículo 1374 que “el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que de él se derivan según la ley o, en su defecto, según los usos y la equidad”.

En el Código Civil español, el artículo 1258 establece que “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”.

41 Artículo 4.8. (Integración del contrato).

1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.

2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- a) La intención de las partes;
- b) La naturaleza y finalidad del contrato;
- c) La buena fe y la lealtad negocial;
- d) El sentido común.

42 Artículo 6:102: Términos implícitos

Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:

- a) La intención de las partes.
- b) La naturaleza y el objeto del contrato.
- c) Y la buena fe.

43 GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Consideraciones a la buena fe contractual, Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, Almería, págs. 615 y 616.

De conformidad con lo dicho en el apartado anterior y en particular con el texto de las normas que en el derecho privado colombiano regulan el tema, los elementos que se deben tener en cuenta en el proceso de integración son, en una primera aproximación, los siguientes:

- a. Lo expresamente pactado, esto es, las normas autónomas creadas por las partes en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada (regulación contractual autónoma); y
- b. Las consecuencias que se deriven de la naturaleza del contrato respectivo y de las obligaciones que de él surjan, o las que por la ley le pertenezcan (artículo 1603 del Código Civil), o, en materia mercantil, las que correspondan a la naturaleza del respectivo contrato, o se deriven de la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del Código de Comercio) (regulación contractual heterónoma).

La referencia que hace el legislador a la “naturaleza de la obligación” o, según se ha entendido tradicionalmente, a la naturaleza del contrato, no debe pasar inadvertida, como ocurre frecuentemente. Al respecto es importante mencionar en primer lugar, con WIEACKER, que, “al sentido y significación del contrato pertenecen de manera especial los llamados *naturalia negotii* de la tradición del derecho común que con frecuencia no son convenidos de forma expresa precisamente porque valen entre las partes como *naturalia*. Fundamentalmente es aquí donde las obligaciones accesorias derivadas de la naturaleza de las cosas encuentran su sitio, en particular las consecuencias necesarias de las obligaciones aceptadas de modo expreso...”⁴⁴.

En una primera forma de examinar este tema, parte de la doctrina señala que los elementos de la naturaleza a que hace referencia el artículo 1603 del Código Civil no serían nada distinto a los *naturalia negotii*, que en los términos del artículo 1501 del Código Civil serían aquellos elementos de un contrato que, “no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”, y dicha “pertenencia” se daría a través de la aplicación de las normas legales supletivas, en las cuales estaría la regulación “natural” de cada contrato. Otra interpretación, que compartimos, señala que a través de los elementos de la naturaleza se incorporan al contrato “las prácticas usuales y los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico”, toda vez que las “cosas de la naturaleza” de un contrato no son “simplemente aquellas normas del régimen contractual sobre las cuales guardaron silencio los contratantes, porque estas normas

44 WIEACKER, FRANZ, *El Principio General de la buena fe*, pág. 54.

penetran en el contrato y se instalan en él por virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Repárese en que el artículo 1603 distingue perfectamente entre las cosas ‘que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación’ y las cosas “que por ley pertenecen a ella”. Luego, las primeras cosas difieren de las normas positivas contenidas en el régimen (supletorio) del respectivo contrato. Las cosas de la naturaleza del contrato son las prácticas usuales y los estándares propios del tráfico honesto entre quienes hacen del respectivo negocio jurídico su ocupación habitual”⁴⁵.

Precisado lo anterior, debemos señalar que el legislador no establece un orden específico en el que deban aplicarse las normas de integración heterónomas. Resulta interesante señalar al respecto que en el derecho comparado, la doctrina procura brindar elementos para establecer una prelación entre ellas, en cuya virtud las fuentes actuarían en la siguiente secuencia: “1. ley imperativa; 2. *lex privata* o *lex negotii*; 3. ley dispositiva; 4. costumbre; 5. principios generales del derecho”⁴⁶.

En el derecho nacional OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA distinguen si el acto materia de integración es un acto típico o un acto atípico, para señalar que en el primer caso la prelación sería la siguiente:

“a) las normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes, sean esenciales o accidentales; c) las normas legales que reglamentan el acto estipulado y que están llamadas a regir por vía supletiva en el caso de silencio de los agentes al respecto; d) las normas generales de los actos jurídicos; e) la analogía de ley; y f) la analogía de derecho (Ley 153 de 1887, art. 8°); mientras que para el acto atípico, su propuesta de prelación se plantearía de la siguiente manera: a) normas legales imperativas; b) las estipulaciones lícitas de los agentes; c) las normas generales de los actos jurídicos; d) la analogía de ley; y e) la analogía de derecho”⁴⁷.

45 VALLEJO GARCÍA, FELIPE, “El concepto de buena fe en los contratos”, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría. 1963-2003*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 488.

46 GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Integración...* pág. 122. En forma similar se pronuncia Díez- PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I, Introducción. Teoría general del contrato, pág. 362.

47 OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO y OSPINA ACOSTA EDUARDO, *op. cit.*, pág. 419. Para determinar este orden de prelación debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 4° del Código de Comercio colombiano establece que “[l]as estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”. STIGLITZ realiza un análisis similar para el derecho argentino, pero dentro de las fuentes de integración incluye dos que nos han parecido interesantes pues no son comunes dentro de la doctrina estudiada, como son, por una parte, “la publicidad comercial dado su carácter de fuente heterónoma de la reglamentación contractual en los contratos de consumo” y, por la otra, “la base del negocio en tanto preserva el equilibrio contractual”. STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos Civiles y Comerciales*, pág. 463.

Ahora bien, es conveniente tener presente que el alcance de las normas legales que facultan al intérprete para realizar el proceso de integración se ha analizado de manera diversa en las diferentes épocas, de tal forma que desde una integración contractual leída exclusivamente “en clave voluntarista” por los primeros comentaristas del Código de Napoleón⁴⁸, posteriormente se llegó a entender que por la vía de la buena fe era posible integrar al contrato deberes nunca expresados por las partes, en la medida en que se derivaran de la confianza depositada en la conducta de la otra parte del negocio jurídico. Sobre esta evolución, desde el *Code* hasta la época actual, dice Díez-PICAZO que, “no parece pues, señalarse, en ese momento otra cosa que las consecuencias establecidas por el uso, por la buena fe o por la equidad fueran otra cosa que desarrollos de la voluntad contractual de las partes. Las concepciones sociales e intervencionistas fueron poco a poco objetivando las vías de integración, sobre todo con deberes *ex bona fide* (v.g. el de no hacer concurrencia del comprador de una empresa) que significaban también yuxtaponer a la autonomía privada reglas ajenas a ella”⁴⁹.

5.1. La integración y las normas imperativas

Como ya se señaló, las normas imperativas ocupan el primer lugar dentro de la prelación de las fuentes normativas aplicables en caso de que sea necesario integrar el contenido contractual. Nos referimos en particular a aquellas normas imperativas que regulan la conducta de las partes en una determinada categoría de relaciones contractuales, fijando poderes y deberes. Estas normas imperativas pueden ser positivas, cuando imponen deberes o atribuyen derechos, caso en el cual la integración contractual conducirá a que la norma imperativa se aplique de pleno derecho a la relación contractual dejando sin efectos cualquier estipulación que la pudiera contradecir, o negativas, si su propósito es prohibir determinados comportamientos, en cuyo caso el efecto será el de la nulidad total o parcial de la estipulación que le sea contraria, sin que se presente en realidad integración en sentido estricto.

48 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 416. Señalan estos autores que dentro de la filosofía racionalista que imperaba en la época de expedición del Código de Napoleón, los efectos de los actos jurídicos sólo podían atribuirse a la voluntad de las partes, razón por la cual la posibilidad de integrar dicha “regulación autónoma” con otras fuentes, externas a los intervinientes en el acto o contrato, fue objeto de importante resistencia en la comisión redactora, no obstante lo cual dicha postura fue finalmente derrotada en el proceso de expedición del *Code*, pero es suficiente para explicar los temores de los primeros comentaristas.

49 Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS, “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de derecho civil*, t. XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre de 1993, Madrid, pág. 1707.

5.2. La integración y las normas dispositivas

Si la regulación autónoma no contiene la regla aplicable a un determinado evento y ello tampoco es materia de una norma imperativa de conducta, el ordenamiento jurídico prevé que las normas dispositivas pueden complementar la regulación contractual para efectos de integrarla adecuadamente. Dicha labor requerirá de la previa calificación del acto o negocio para efectos de determinar el régimen aplicable de conformidad con su clase.

Tradicionalmente se ha indicado que las normas dispositivas tienen aplicación en defecto de estipulación originada en los particulares y que, en todo caso, éstos pueden pactar expresamente en contrario. Destaca al respecto Díez-PICAZO que no es posible hablar de una función de simple supletoriedad de las normas de carácter dispositivo, sino que tales normas contienen la regulación ordinaria.

“Son un modelo de ordenación, en el que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes. Tienen, por consiguiente, una ‘función ordenadora’. De ello se deduce que habrá que valorar en cada caso la razón o causa por la que las partes pretenden desplazar tal regulación en un concreto supuesto, de manera que una desviación extraordinaria e injustificada del derecho legal dispositivo, puede perder validez”⁵⁰.

5.3. La integración y la costumbre

En caso de que las anteriores fuentes de integración no tengan la virtualidad de “completar” el contenido del contrato habrá que acudir a la costumbre, esto es a las prácticas públicas, reiteradas y admitidas en los contratos de un determinado tipo o clase.

Es menester precisar que cuando el legislador mercantil hace referencia a la costumbre (artículo 871 del Código de Comercio) está haciendo alusión a que el contenido del contrato se puede completar con aquello que es habitual acordar en un determinado tipo de contratos dentro de un ámbito temporal y geográfico dado⁵¹.

50 Díez PICAZO, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol I, Introducción. Teoría general del contrato, pág. 360.

51 Señala el artículo 3° del Código de Comercio que “[l]a costumbre tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de las mismas sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ellas”.

“En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos del inciso anterior”.

Esto quiere decir, además, que la costumbre no se relaciona con las prácticas particulares de una u otra parte, sino que los usos han de ser fuentes objetivas y externas a la voluntad de los contratantes.

5.4. La integración y la buena fe

Hemos dicho anteriormente que la buena fe objetiva, esto es el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad, etc., es fuente objetiva de integración contractual, toda vez que a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes, haciendo “todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida”⁵², aun cuando ellas ni siquiera hayan hecho mención del asunto en su manifestación de voluntad. Se destacan al respecto los componentes de lealtad y confianza de los contratantes en relación con el comportamiento correcto y honesto de la contraparte.

Ahora bien, las aplicaciones concretas del principio, como verdadera fuente de integración, se presentarán particularmente en los contratos en los que el elemento confianza sea esencial, pues es en estos negocios jurídicos en los que la buena fe adquiere protagonismo especial para integrar la norma reguladora, originando derechos y deberes específicos y propios⁵³. Ello no significa, sin embargo, que existan contratos en los que no sea predicable la actuación de buena fe de los contratantes, pues, como ya lo hemos señalado, el principio de buena fe tiene el alcance general, aplicable a todos los actos o negocios jurídicos⁵⁴.

Pues bien, la que podríamos denominar como “buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. Señala Díez-PICAZO que, “estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida o

52 BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 104.

53 GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Integración...*, pág. 143.

54 Sentencia de casación civil del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, MP: CARLOS ESTEBAN JARAMILLOS SCHLOSIGS. VALLEJO GARCÍA, FELIPE, *El concepto de buena fe en los contratos...*, pág. 494.

sobre el sentido de la declaración; proceder con esmero, cuidado y diligencia en la prestación, evitando molestias; prestar colaboración y ayuda a la otra parte para la consecución no sólo del fin negocial común, sino también de su particular y exclusivo interés, etc.”⁵⁵.

6. ¿CUÁL ES LA FUENTE DE LOS DEBERES QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DE LA INTEGRACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL?

Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha dictado sobre estos temas se puede advertir que en ocasiones se señala que los deberes de conducta que tienen su origen en la aplicación del proceso de integración del contenido contractual encuentran su fuente en la ley, o en la propia buena fe, considerada ésta como *fuentes de normas objetivas*⁵⁶. No compartimos dichas apreciaciones por cuanto, en nuestra opinión, desconocen el propósito del proceso de integración al que nos hemos venido refiriendo. En efecto, cuando hablamos de integrar el contenido contractual, estamos haciendo referencia al proceso de “enriquecer” el haz de derechos y deberes surgidos de la simple manifestación de los particulares, con aquéllos que la ley, la costumbre, la equidad natural o la buena fe *han de incorporar al contrato*, y estos deberes, a pesar de “activarse” por dichas fuentes remotas, no dejan de ser *derechos y deberes contractuales* que surgen como consecuencia del citado “enriquecimiento contractual”. No utilizamos aquí el expediente de la “voluntad presunta” de los contratantes, sino, más bien, un criterio de “voluntad integrada” en virtud de la buena fe. El producto final del proceso de integración es un contrato, fuente de derechos y obligaciones, ampliado en cuanto fuente generadora. Es decir, en nuestra opinión los distintos derechos y deberes que, por un giro del lenguaje se atribuyen a las normas dispositivas, a la buena fe o a la costumbre o a la equidad, en realidad tienen su fuente próxima en el contrato, que queda completo en su contenido como resultado del proceso de integración. Por eso, a lo largo de este escrito hemos hablado de “buena fe integradora” y no de “buena fe creadora”, como parecería desprenderse de las expresiones que ahora censuramos.

Resulta oportuno concluir este punto con las palabras del catedrático de la Universidad de Salamanca, profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, quien, en sus comentarios a la obra de VITTORINO PIETROBON, aludiendo al sistema jurídico español, señala

55 DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los actos propios...*, pág. 141.

56 En este sentido se expresa, por ejemplo, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas...*, págs. 48 y 124. De igual forma, así lo ha expresado el Tribunal Supremo español, v.gr., en sentencia del 17 de enero de 1986.

que, “[l]a buena fe del art. 1258 supone que las partes contratantes, una vez vinculadas jurídicamente, deben conocer la obligatoriedad inherente al contrato celebrado, la cual no tiene, en sede interpretativa, un ámbito restringido sino amplio. ‘Las consecuencias conformes a la buena fe’ forman parte integrante del contrato, como derivaciones normales de aquello que se pactó; no son ajenas a lo pactado, sino aspectos constitutivos del mismo, inferencias naturales del vínculo: quien se obliga, debe prever el alcance virtual de la obligación y no limitarse a lo estrictamente convenido, incurriendo, valga la expresión, en una evidente miopía jurídica. Pensamos que este precepto capital de nuestro CC contempla no tanto el aspecto objetivo de la buena fe, cuanto la buena fe como principio normativo operante sobre el comportamiento ético de quien pretende introducirse en el tráfico jurídico”⁵⁷.

7. LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

7.1. Antecedentes

Sabemos que los deberes de prestación, u obligaciones directamente derivadas del contrato, son todas aquellas relaciones jurídicas que están estrechamente relacionadas con la satisfacción de los intereses jurídicos que de manera principal se tienen en cuenta cuando se celebra un determinado contrato. Estas relaciones jurídicas están vinculadas con la conformación típica del acto jurídico y responden a sus principales características. A ellas podría denominárseles “relaciones obligacionales en sentido estricto”⁵⁸, y corresponden, por ejemplo, a obligaciones como la transmisión de la cosa, el pago del precio o el saneamiento por vicios, derivadas todas ellas del contrato de compraventa.

No obstante lo anterior, en el derecho contemporáneo existe la tendencia a examinar la relación existente entre las partes no de una manera aislada —o en sentido estricto—, sino que se la considera como un conjunto —en sentido amplio—, esto es, como el resultado de una multiplicidad de pretensiones, obligaciones, o, dicho de otro modo, de “relaciones obligacionales en sentido estricto” y, en

57 ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Notas a la obra “El error en la doctrina del negocio jurídico” de Vittorino Pietrobbon*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 158.

58 MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, pág. 7. Se les llama también *obligaciones nucleares*. LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Esquema de una teoría sistémica del contrato”, en *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, t. 1, directores ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; DE LOS MOZOS JOSÉ LUIS y SOTO CARLOS ALBERTO, Palestra Editores y Editorial Temis, Lima y Bogotá, respectivamente, 2000, págs. 21 y 22.

general, de relaciones activas y pasivas de diversa entidad y contenido. En este sentido, señalan Díez-Pícazo y Gullón que, “[e]n cuanto relación jurídica, la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Es —como dice Larenz— un ‘organismo’ o un ‘proceso social’. Es, en suma, una situación vital institucionalizada. De ello deriva el que todos los derechos, facultades, deberes, cargas, etc., aparezcan orgánicamente agrupados en torno a la relación. Una relación obligatoria es, en suma, la total relación que liga, por ejemplo, a un comprador con un vendedor, a un arrendador con un arrendatario, a un mandante con un mandatario, etc. No es exclusivamente el derecho de un contratante a exigir y el deber del otro de realizar una prestación”⁵⁹.

Aun cuando el planteamiento difiere de la forma en la que tradicionalmente analizamos la vinculación existente entre el concepto de relación jurídica obligatoria y el de contrato, como su fuente más común, sí parece conveniente tomarlo en cuenta para destacar la complejidad de tales conceptos en el derecho moderno, los cuales simplemente reflejan la complejidad, cada vez mayor, de las relaciones sociales. Preferimos, en todo caso, seguir denominando relación obligatoria —u obligacional, si se quiere— al deber de prestación y reservar la expresión relación contractual al complejo de relaciones activas y pasivas que se derivan del contrato.

Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Se señala que su origen está en planteamientos realizados por juristas alemanes, como Staub y Stoll, a comienzos del siglo XX⁶⁰, así como a la labor de doctrinantes de la talla de Demogue en Francia.

Los deberes a los que estamos haciendo alusión, dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran un mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal

59 Díez-Pícazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, Editorial Tecnos, 1988, 9ª edición, 3ª reimpresión, Madrid, 2003, pág. 119.

60 Lorenzetti, Ricardo Luis, “Esquema de una teoría sistémica del contrato”..., pág. 21.

perseguida por las partes. Señalemos también que los deberes secundarios de conducta no se presentan solamente en la ejecución del contrato, como complemento de las obligaciones nucleares, sino que tales deberes también adquieren una gran importancia en la etapa precontractual y en la etapa poscontractual, toda vez que con ellos, en el primer caso, se preparará adecuadamente el cumplimiento de los deberes de prestación, y, en el segundo, se producirá una ordenada y completa “liquidación” de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su “consumación”⁶¹.

El reconocimiento de este tipo de deberes le da una conformación más compleja a las relaciones vinculantes de las partes, pero ello resulta conveniente en la medida en que representan una respuesta a las exigencias de la vida moderna, en la cual la contratación se aparta del ideal de igualdad del siglo XIX y se caracteriza por la presencia de profesionales, que son productores o distribuidores de bienes o prestadores de servicios, que ordinariamente imponen las condiciones contractuales a los consumidores que con ellos se relacionan, a través de contratos de contenido predispuesto, perfeccionados, por regla general, en virtud de la simple adhesión, terreno éste, que como sabemos, es fértil para el abuso por parte del contratante más fuerte, conocedor y sagaz⁶².

7.2. Clases de deberes secundarios de conducta

Señala la doctrina⁶³, que los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de fina-

61 MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1974, pág. 76.

62 El contexto anteriormente mencionado ha servido para que una parte de la doctrina, particularmente francesa, y algunos importantes doctrinantes nacionales (véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Editorial Legis, 5ª edición, Bogotá, 2003, pág. 178 y sigs.), consideren a los deberes secundarios de conducta como “obligaciones profesionales” y las desarrollen en el marco de las relaciones profesional-consumidor, dentro del moderno “derecho del consumo”. Esta misma línea ha seguido la jurisprudencia arbitral, como puede verse en el importante laudo proferido en el 8 de junio de 1999 en el asunto convocado por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana INURBE contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA, por el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores JOSÉ IGNACIO DE NARVÁEZ, JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA y JORGE SUESCÚN MELO. No obstante lo anterior, nosotros estimamos conveniente seguir considerando a los deberes secundarios de conducta como una categoría general, que puede tener una importante aplicación práctica en campos como los que se han mencionado, pero que perfectamente puede plantearse en relaciones externas al ámbito del derecho del consumo. Sobre la relación entre las actividades profesionales y los deberes secundarios de conducta, particularmente en la responsabilidad por abstención, puede verse a SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, JAVERGRAF, Bogotá, 1996, pág. 117 y sigs.

63 LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Esquema de una teoría sistémica del contrato...*, pág. 22. El criterio señalado por el mencionado profesor argentino tiene su fundamento en la clasificación, que ya es clásica, de

lidad negativa, como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes. Siguiendo un criterio diferente, que consiste en determinar el momento en el que el deudor debe desarrollar la conducta necesaria para que la otra parte de la relación jurídica pueda obtener el resultado útil de la prestación, BETTI señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina “obligaciones complementarias”, pueden clasificarse en:

- a) los que son antecedentes a la celebración del contrato;
- b) los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y
- c) aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación⁶⁴.

Vamos a mencionar a continuación algunos de los deberes secundarios de conducta que mayor importancia han adquirido en el tráfico jurídico, precisando que no haremos referencia a ciertos deberes genéricos que la doctrina reseña⁶⁵ en algunas ocasiones, tales como el “deber de lealtad” o el “deber de ejecutar el contrato”, toda vez que consideramos que ellos corresponden, en el primer caso, al propio principio de buena fe y, en el segundo, se confunden con el oportuno y eficaz cumplimiento de lo pactado, lo cual no nos parece que sea algo complementario o secundario a los deberes de prestación, sino que configura el núcleo mismo de la actividad principal de los contratantes.

7.2.1. El deber de protección

Como una forma especial de deberes “secundarios” o “colaterales” se encuentran los deberes contractuales de protección, (*Schulztpflichten*), en la denominación derivada de la doctrina alemana, u “obligaciones de seguridad” (*Obligations de sécurité*) si se quiere seguir la corriente francesa, que son todos aquellos que recaen

EMILIO BETTI, planteada en su *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 71 y sigs. Al respecto puede consultarse también la obra de STIGLITZ ya citada, págs. 164 y 442 y sigs.

64 BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, pág. 104.

65 Se hace referencia también a deberes de transparencia, perseverancia, educación, exactitud, discreción o delicadeza, que, en nuestra opinión, en la mayoría de los casos están recogidos en otro deber de mayor entidad, o corresponden simplemente a deberes sociales o morales que no llegar a tener trascendencia en el mundo del derecho.

sobre el deudor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte, especialmente aquéllos referidos a la protección de su vida e integridad física. Estos deberes, aun cuando han sido identificados con relaciones de particular naturaleza, como serían la relación laboral o el contrato de transporte de personas, hoy en día se consideran predicables de todas aquellas relaciones contractuales en las que la ejecución de la prestación principal pueda poner en riesgo o peligro bienes personales o patrimoniales de la otra parte de la relación. “Se trata de deberes que surgen frente a los peligros derivados del contacto social al que la relación obligatoria debe necesariamente dar lugar”⁶⁶.

Por otra parte, resulta conveniente señalar que el deber de protección u obligación de seguridad también ha tenido una importante aplicación en algunos casos en los que no existe un vínculo jurídico previo, como ha ocurrido con algunas decisiones de la Corte de Casación francesa que han establecido una responsabilidad del fabricante, con presunción de culpa incluida, por los daños ocasionados por los productos defectuosos que haya puesto en circulación en el mercado⁶⁷.

7.2.2. El deber de información

Señala STIGLITZ que, “[e]l deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información”⁶⁸.

Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones. El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de

66 CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, pág. 263.

67 Laudo arbitral proferido el 8 de junio de 1999 en el asunto promovido por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana INURBE contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA, por el Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores JOSÉ IGNACIO DE NARVÁEZ, JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA y JORGE SUESCÚN MELO, págs. 39 y 40.

68 STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, pág. 165.

abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección y lealtad. Lo anterior resulta bastante más necesario en una época como la actual en la que la regla es la contratación en masa y en la que el productor, distribuidor o profesional, es la parte que tiene un conocimiento especializado del que carece el consumidor⁶⁹. Ya en la etapa de ejecución del contrato el deber de información subsiste, aunque su finalidad se modifica, ya que el propósito del mismo será complementar a los deberes de prestación para que los mismos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el acreedor. En particular, debemos destacar que en las relaciones entre profesionales y consumidores corresponde al primero informar sobre los riesgos o las precauciones que sea indispensable adoptar para que un bien potencialmente peligroso no ocasione daños a quien lo ha adquirido.

En materia de información resulta pertinente mencionar que en el sistema jurídico colombiano el derecho a ser informado ha sido elevado a rango constitucional (artículos 20 y 78 de la Constitución Política) y que desde hace varios años está previsto el deber jurídico de informar adecuadamente al consumidor, tal y como lo establece el artículo 14 del decreto 3466 de 1982⁷⁰. Mediante el capítulo segundo de la Circular Externa 10 de 2001 (Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio), se reglamenta la información que debe suministrarse a los consumidores y cuáles son las sanciones que se pueden imponer por la información engañosa. A este respecto resulta pertinente mencionar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad precontractual en que se incurre por difundir publicidad engañosa, a través de sentencia del 13 de diciembre de 2001, con ponencia del magistrado MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ.

69 STIGLITZ, RUBÉN S., *op. cit.*, pág. 167.

70 El inciso primero del artículo 14 del decreto 3466 de 1982 dispone que “[t]oda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas y leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como la que induzca o pueda inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”.

Debemos señalar finalmente que la existencia del deber de información no es contradictoria con la *carga* que a los contratantes se asigna de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de “autoinformarse”, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, en particular las cargas de “sagacidad” y “conocimiento”⁷¹.

7.2.3. El deber de consejo

Con puntos comunes con el deber de información, el deber de consejo se caracteriza porque el obligado a suministrarlo realiza una valoración de la información objetiva a su alcance, y, con base en un análisis de ventajas y desventajas, advierte o disuade a quien debe recibir el consejo sobre las consecuencias que tendría el tomar una decisión en uno o en otro sentido. Quien recibe el consejo tiene completa libertad para evaluar los aspectos favorables y los desfavorables de la opinión que se le ha suministrado y adoptar la decisión que mejor le convenga, razón por la cual de los efectos que para él se deriven por la determinación adoptada no se podrá hacer responsable a la persona que haya dado el respectivo consejo.

Se ha indicado que el deber de consejo tiene una entidad y un contenido mayor que el simple deber de información y que por tal circunstancia siempre debería originarse en una disposición legal o en la determinación positiva de las partes que deseen incorporarlo al programa obligacional del respectivo contrato. Sin embargo, no cabe duda que por la *naturaleza* de ciertas relaciones contractuales el deber de consejo ha de estar presente aunque no se pacte expresamente, tal y como ocurre con la actividad de ciertos intermediarios del sector bursátil o financiero (comisionistas de valores, contratos para el manejo de portafolios de inversión, etc.) o de algunos profesionales⁷².

71 Véase a CANCINO RESTREPO, FERNANDO, *Estudios de derecho privado*, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, pág. 47 y sigs. Señala CANCINO que “las cargas versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo”, *op. cit.* pág. 47.

72 Laudo arbitral proferido el 8 de junio de 1999 en el asunto promovido por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana INURBE contra la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA, por el Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores JOSÉ IGNACIO DE NARVÁEZ, JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA y JORGE SUESCÚN MELO, págs. 42 y 43.

7.2.4. El deber de fidelidad

Como aplicable en principio al mandato, se ha extendido a otro tipo de contratos, particularmente cuando en ellos el elemento confianza se convierte en esencial o característico. El deber de fidelidad tiene manifestaciones positivas como ejecutar completamente el encargo y privilegiar siempre los intereses de la persona por cuya cuenta se actúa, así como algunas expresiones negativas como aquellas que impiden mantener o iniciar relaciones con personas que puedan ocasionar conflictos de intereses con aquellas otras con las que se tengan encargos previamente perfeccionados.

7.2.5. El deber de reserva o secreto

El deber de reserva o secreto tiene su fundamento en la necesaria discreción que se deriva del objeto particular de determinados contratos, lo cual hace que este deber se encuentre presente aunque las partes no lo dispongan así expresamente. En este sentido, en determinados negocios jurídicos la información que se le transmite o que obtiene una de las partes no puede divulgarse, publicarse o utilizarse por la persona que la ha recibido, so pena de indemnizar los perjuicios que la violación de dicho deber de abstención ocasione.

En el caso de los profesionales, la regulación del tema alcanza grado constitucional, toda vez que el artículo 74 de la Constitución Política, en su inciso segundo, dispone que “[e]l secreto profesional es inviolable”. Para algunas de tales actividades el deber de secreto se ha regulado en la ley, tal y como ocurre con la profesión médica con el artículo 37 de la Ley 23 de 1981, o con la profesión de abogado en el artículo 47, numeral 5°, del decreto 196 de 1971.

7.3. Incumplimiento de los deberes secundarios de conducta. Régimen de responsabilidad aplicable

En presencia del incumplimiento de los deberes secundarios de conducta, tales como los deberes de protección, de información, de consejo, etc., que cause un daño a la persona en cuyo favor se han establecido, se ha discutido en la doctrina sobre el régimen legal aplicable para determinar la responsabilidad civil resultante, o si, incluso, será viable solicitar la resolución del contrato, cuando se esté en el marco de un negocio jurídico ya perfeccionado.

Como tuvimos oportunidad de mencionarlo en párrafos anteriores, los deberes secundarios de conducta pueden actuar en tres momentos del *iter* contractual: en la etapa previa a su perfeccionamiento, en la celebración y ejecución del contrato y en la etapa poscontractual. En relación con el régimen aplicable a la responsabilidad surgida por la generación de daños en los tratos preliminares el tema es bastante discutido. Por una parte, la jurisprudencia nacional⁷³ ha sostenido que el régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual, ya que antes de la celebración del contrato las partes sólo están ligadas por reglas jurídicas de tipo genérico y no serían aplicables en dicha etapa requisitos propios de la responsabilidad contractual como la constitución en mora. Una posición diferente sostiene que en la etapa de los tratos preliminares el régimen de responsabilidad aplicable es el relacionado con la responsabilidad contractual, toda vez que una vez se da inicio a esta etapa surge entre las partes el deber de proceder “de buena fe exenta de culpa (...) so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (artículo 863 del Código de Comercio), por virtud de lo cual surgen deberes jurídicos específicos, en general abstenciones, que dan lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad contractual, pues es sabido que éste no depende simplemente de la violación de los términos pactados en un contrato, sino de la trasgresión de un deber jurídico concreto, por cuya virtud se ocasione un daño a la persona que podría exigir el respectivo comportamiento. Respecto de la constitución en mora se indica que en estos eventos no habría lugar a ello, toda vez que los deberes secundarios de conducta que surgen en la etapa de los tratos preliminares son, por regla general, abstenciones, respecto de las cuales, por aplicación del artículo 1615 del Código Civil, este requisito no sería aplicable. Señala al respecto SANTOS BALLESTEROS que este régimen de responsabilidad, se encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual por originarse en un daño como consecuencia de la violación de un deber jurídico concreto y que afecta el interés de confianza o el interés negativo de la otra parte⁷⁴.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil resultante de la infracción de los deberes secundarios de conducta una vez se ha perfeccionado el contrato, la doctrina ubica en algunas ocasiones la solución en el campo de la responsabilidad contractual y en otras en el terreno de la responsabilidad extrancontractual. Sobre esto último señala Díez-PICAZO, refiriéndose en particular a los deberes de protección, que, “es mucho más correcta la tesis que preconiza la incardinación de los

73 Pueden verse por ejemplo las sentencias de casación civil proferidas por la Corte Suprema de Justicia el 28 de junio de 1989 MP RAFAEL ROMERO SIERRA, del 23 de noviembre de 1989 MP JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, y, más recientemente, el 12 de agosto de 2002 MP JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ.

74 SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *op. cit.*, pág. 69. Esta posición la reafirma el autor en el t. II de sus *Instituciones de responsabilidad civil*, recientemente publicado, pág. 227 y sigs.

deberes de protección dentro de la órbita contractual estricta, (...), entre otras razones porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 CC [español] y, además, porque los deberes nacidos de una relación contractual —sean unos y otros específicamente pactados— deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual”⁷⁵.

No obstante la claridad de este planteamiento, el tema es en la actualidad bastante discutido en el derecho español porque aún se mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sitúa la responsabilidad contractual en la “órbita estricta de lo pactado”⁷⁶.

Para finalizar señalemos que para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable la doctrina distingue si el deber secundario tiene vinculación directa con la ejecución de la relación obligatoria, principal, caso por el cual se aplicarán los internos de la responsabilidad contractual, o si dicha vinculación es ocasional o lejana, lo que generará la entrada en escena de las reglas de la responsabilidad extracontractual. Señala SANTOS BALLESTEROS que, “no se ha dudado del carácter contractual de la responsabilidad en aquellos acontecimientos en los que los deberes de protección se presentan como un soporte para realización cabal de la prestación, y ha de ser tal —dice JORDANO FRAGA— que aquélla ‘sea causada por una actividad esencialmente ligada a la ejecución de la relación obligatoria de que se trate y no ocasionalmente ligada a la misma (en este caso se trataría de responsabilidad extracontractual)”⁷⁷.

8. CONCLUSIÓN

Como hemos señalado en este estudio, el principio general de buena fe se ha convertido en la piedra angular del derecho privado moderno. Sus aplicaciones son variadas e importantes los efectos que de ellas se derivan para la vida de la comunidad. En particular, en el campo contractual destacamos la importante función que la buena fe cumple en la integración del contenido contractual, enriqueciendo el programa de derechos y deberes establecido por las partes, con otros derivados de la necesaria corrección y lealtad que debe presidir las relaciones entre particulares.

75 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, En el prólogo al libro *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral* de ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ.

76 Véase la posición crítica que al respecto sostiene MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dickinson S.L., Madrid, 2001, pág. 96 y sigs.

77 SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II, JAVEGRAF, Bogotá, 2004, pág. 236.

Es nuestra opinión que los “deberes secundarios de conducta” desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse existiera entre los contratantes. Finalmente, se debe tener presente que la desatención de los “deberes secundarios de conducta” generará responsabilidad contractual cuando los mismos tengan relación directa con los principales deberes de prestación derivados del correspondiente negocio jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, vol. II, La relación, las cosas y los hechos jurídicos, Bosch, Barcelona, 1983.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS; SOTO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, 1ª edición, Palestra Editores – Lima y Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000.
- BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª edición, traducción de la edición italiana por A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, t. I y II, traducción de la edición italiana por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BIGLIAZZI GERI, LINA; BRECCIA, HUMBERTO; BUSNELLI, FRANCISCO; NATOLI, UGO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, Hechos y actos jurídicos, 1ª edición en español, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Bogotá, 1992.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- CANCINO RESTREPO, FERNANDO, *Estudios de derecho privado*, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979.
- D’ORS, ÁLVARO, *Derecho romano privado*, 3ª edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1977.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, 1ª edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, 1ª edición, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, Bosch, 1963.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I, Introducción, Teoría general del contrato, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS; GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, Editorial Tecnos, 1988, 9ª edición, 3ª reimpresión, Madrid, 2003.
- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA AMIGO, MANUEL, *Consideraciones a la buena fe contractual. Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidad de Almería, 2000.
- GARCÍA AMIGO, MANUEL, “Integración del negocio jurídico”, *Revista del Derecho Notarial*, 1980.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO, *Tratado de las obligaciones*, t. I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- LANDO OLE, El derecho contractual europeo en el tercer milenio. *Revista derecho de los negocios*, año II, número 116, mayo de 2000. Editorial La Luz, Madrid.
- LARENZ, KARL, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1978.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, vol. II, traducción de la 2ª edición francesa por JORGE GUERRERO, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1999.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación”, *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, t. II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Doctrinas generales, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1954.
- MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, traducción por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, 1ª edición, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1995.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1974.
- MUÑOZ LAVERDE, SERGIO, *La buena fe contractual*, estudio no publicado. Bogotá, 2003.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Editorial Temis Ltda., Bogotá, 1980.
- PIETROBON, VITORINO, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, traducción al castellano y notas por MARIANO ALONSO PÉREZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

- RODRÍGUEZ AZUERO SERGIO, *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, Editorial Legis, 5ª edición, Bogotá, 2003.
- SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, JAVEGRAFI, Bogotá, 1996.
- SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. II, JAVEGRAFI, Bogotá, 2004.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de FERNANDO HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.
- STIGLITZ, RUBÉN S., *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. I, Abeledo Perrot. S.A. e I. Buenos Aires, 1998.
- STOLFI, GIUSEPPE, *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- Vniversitas*, revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogota.
- *Vniversitas*, n° 76, junio de 1989, “El principio de la buena fe en el contrato de seguro”, HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO y otros, pág. 131 y sigs.
 - *Vniversitas*, n° 77, noviembre de 1989, “Lealtad y buena fe contractual”, MICHAEL J. GODREAU, pág. 63 y sigs.
- VALLEJO GARCÍA, FELIPE, “El concepto de buena fe en los contratos”. *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría. 1963-2003*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. Anuario de derecho civil*, 1987.
- WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, Editorial Civitas S.A., 1977.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dickinson Madrid, 2001.