RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

EL CASO DE LOS TERCEROS VÍCTIMAS DE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN COLOMBIA

FELIPE VÉLEZ PELÁEZ

ASESOR: JUAN BERNARDO TASCÓN

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

2019

RESUMEN:

Con algunas restricciones temáticas que se exponen al inicio del texto, el presente escrito pretende responder la pregunta de si, según el ordenamiento jurídico colombiano, toda culpa contractual (entendida esta como un incumplimiento contractual imputable) es, *per se*, una culpa extracontractual (entendida esta como un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio) respecto de terceros. Para alcanzar esa respuesta, en primer lugar, se hace un planteamiento del problema; en segundo lugar, se expone una tesis (principalmente) jurisprudencial francesa según la cual, en efecto, toda «culpa contractual» es —a la vez y respecto de terceros— una «culpa extracontractual»; en tercer lugar, se presentan los fundamentos de esa tesis; en cuarto lugar, con miras a determinar si ésta es trasladable al ordenamiento jurídico colombiano, se analiza si sus fundamentos lo son; en quinto (y último) lugar, se exponen las conclusiones del estudio.

PALABRAS CLAVE:

Culpa contractual, culpa extracontractual, oponibilidad, buen padre de familia, relatividad aquiliana, responsabilidad extracontractual por incumplimiento contractual, responsabilidad civil, responsabilidad civil frente a terceros, interés protegido, equiparación de las culpas en Francia.

I. CAPÍTULO PRIMERO.

Planteamiento del problema.

Sea lo primero una restricción del objeto de este escrito. Del mismo se encontrarán excluidos: en primer lugar, los contratos de derecho público y, en segundo lugar, los eventos de responsabilidad por productos defectuoso a los que les sea aplicable la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor). La primera exclusión se debe al hecho de que los intereses que subyacen a la contratación pública (y los principios que la rigen) son sensiblemente distintos a aquellos presentes en la contratación privada, razón por la cual la respuesta a la pregunta que se planteará más adelante (y que sugiere el título) podría ser muy distinta en uno u otro caso. La segunda exclusión se debe a que, según parece, para esos eventos ya existe una respuesta legislativa; ella se encuentra en el artículo 20 del mencionado estatuto.

Hecha esta restricción, se puede comenzar:

Es perfectamente posible (y quizá usual) que del incumplimiento de un contrato se deriven daños[1] para sujetos que no son parte de éste (para terceros[2]): es el caso el del comprador de una vivienda cuya vista se ve obstaculizada porque alguien incumplió su obligación contractual (de no hacer) de no elevar una edificación; el del transeúnte que resulta lesionado

[1] Para facilidad del discurso y por la inutilidad de la distinción para los efectos de este trabajo, se hará uso indistinto de las expresiones «daño» y «perjuicio».

[2] Se entenderá por «tercero» toda persona que reúna las siguientes características: a) no haber concurrido a la celebración del contrato (ni directamente ni a través de su representante); b) no ser causahabiente (ni a título universal ni singular) de aquel que concurrió a la misma; y c) no ser beneficiario de una estipulación para otro derivada de ese contrato. Tercero será, pues, para efectos de este escrito, quien no es parte del contrato.

porque un constructor le incumplió a su contratante su obligación de instalar mallas de seguridad; el del comerciante que ve decrecidas sus ganancias porque otro comerciante incumplió el acuerdo de confidencialidad que había celebrado con su proveedor; el del agente que pierde clientela porque otro agente —con quien no tiene relación contractual alguna—incumple la limitación territorial que le imponía su propio contrato de agencia[3], etc.

Ante esa realidad descrita y ejemplificada, pueden presentarse dos fenómenos: (a) que la conducta constitutiva del incumplimiento contractual se enmarque, al mismo tiempo, en una de las hipótesis tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual, como cuando, por ejemplo, es una conducta manifiestamente imprudente la que ocasiona el incumplimiento[4]; o (b) que la conducta constitutiva del incumplimiento contractual no se enmarque, al mismo tiempo y *prima facie*, en una de las hipótesis tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual, como cuando —siguiendo con el último ejemplo expuesto— el agente vende los productos del agenciado en un territorio en el cual se había obligado a no venderlos[5]. En este segundo caso (b), nótese, de no ser por la norma contractual, la conducta con la que se configuró el incumplimiento no merecería reproche jurídico alguno[6].

[3] El ejemplo es este: A (agenciado) celebra un contrato de agencia con B (agente). De ese contrato de agencia nace la obligación para B de no vender el producto de A en, por ejemplo, Bogotá. A, además, celebra un contrato de agencia con C (también agente), quien comercializa los productos de A, precisamente, en la ciudad de Bogotá. Imagínese, por último, que B incumple esa obligación (la de no vender) y que, como consecuencia de ello, se presenta una disminución significativa de las ventas de C.

[4] Es lo que algunos autores, siguiendo la terminología de la Corte de Casación de Francia, llaman una «culpa considerada en sí misma independientemente de todo punto de vista contractual». (Viney, 2007, pág. 462)

[5] En el ejemplo, en Bogotá.

[6] Siguiendo con el ejemplo: vender los productos del agenciado en Bogotá sería una conducta lícita si no existiera la obligación originada en el contrato.

El primer tipo de conductas (a) no serán objeto del presente estudio. Baste decir que ellas son las generadoras del célebre problema del «cúmulo de responsabilidades». Sobre aquellas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1947) ha manifestado que:

> (…) en ocasiones es necesario plantear con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad que se invoca, si contractual o extracontractual. Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual: el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana, sin caer en una inadmisible acumulación de dos formas de responsabilidad, que podría llevar a proteger daños que fueron excluidos de lo pactado o a abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de las indemnizaciones. Empero sucede también con frecuencia que es indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños, la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aun sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia (…) En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor relieve. Se ha cometido una culpa; háyase violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias

> impónense, no importa cuál sea el origen de la culpa (…) (Las subrayas son propias)

Interesan a este escrito, entonces, el segundo tipo de conductas (b): aquellas que constituyen un incumplimiento contractual, pero que, si el contrato no existiera, serían completamente lícitas. Interesa, más en particular, qué sucede si ellas causan daños: ¿pueden los terceros, en Colombia, fundándose únicamente en ellas (fundándose únicamente en el incumplimiento), pretender que les sean indemnizados esos daños? ¿Es ese solo incumplimiento[7], *per se,* un hecho generador de responsabilidad civil[8] frente a terceros en Colombia[9]?

Esa cuestión, desde luego, tiene una respuesta distinta dependiendo del tipo de responsabilidad civil por el cual se esté indagando[10]. En este estudio, se indagará solamente por si esas conductas (si esos incumplimientos) generan responsabilidad civil por el hecho propio (Art.2341 del Código Civil colombiano) respecto de terceros[11]. La razón de esa elección es,

---

[7] Sumado, por supuesto, a los demás elementos de la responsabilidad civil (daño, perjuicio y relación de causalidad).

[8] Si la respuesta fuese afirmativa, entonces, el hipotético tercero demandante no tendría que probar —en lo que tiene que ver con ese elemento de la responsabilidad— nada más.

[9] Esa pregunta (aunque no referida al ordenamiento colombiano) no ha escapado la atención de la doctrina internacional, que, por demás, no ha sido unánime en sus respuestas. Adriano de Cupis (1975), por ejemplo, se inclina por una respuesta negativa:

> Desde nuestro punto de vista importa individualizar la persona del acreedor, ya que en caso de incumplimiento sólo él resulta perjudicado en sentido jurídico y sólo él también puede exigir el resarcimiento del deudor; los intereses indirectos que respecto de la prestación puedan ostentar otros sujetos son jurídicamente indiferentes para el deudor al ser su lesión improductiva de obligación del de resarcimiento. (pág. 102)

Por su parte (y en sentido contrario), la Corte de Casación de Francia (2000) ha dicho que ««los terceros en un contrato están legitimados para invocar la ejecución defectuosa de este último cuando les ha causado daño, sin tener que aportar ninguna otra prueba.».

[10] Una cosa es preguntarse si se ese tipo de conductas generarían responsabilidad civil por actividades peligrosas y otra, bien distinta, es preguntarse, por ejemplo, si generarían responsabilidad contractual.

[11] Entre los contratantes, evidentemente, se generaría un fenómeno de responsabilidad civil contractual.

principalmente[12], de orden teórico, comoquiera que se estima —junto con alguna parte de la doctrina— que solo puede haber responsabilidad contractual si quien pretende la indemnización es una parte del contrato: el acreedor dañado por el incumplimiento. Así lo explica, entre otros, el profesor Javier Tamayo Jaramillo (2007):

> De acuerdo con lo anterior, podemos decir que las condiciones para que haya responsabilidad civil contractual, son las siguientes.
>
> Que haya un contrato válido (subsecc. I); que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato (subsecc. II), y, finalmente, que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual (subsecc. III). (pág. 68)

Si esto es así[13] y si aquello por lo que se indagará se encuentra, precisamente, referido a los daños sufridos por terceros, la responsabilidad que existiría solo podría ser extracontractual. Esta misma idea la comparte Eduardo Zannoni (2005), quien ha sostenido que:

> (…) cabe preguntarse si en razón del incumplimiento contractual, el deudor, *además* de la responsabilidad contractual por el incumplimiento, puede asumir una responsabilidad extracontractual hacia un tercero que sufre un daño por ese incumplimiento. Decimos, obviamente, responsabilidad extracontractual por cuanto el damnificado indirecto, en razón del incumplimiento del contrato, es

[12] También—aunque no principalmente—responde a la necesidad práctica de no tener que agotar el estudio de tipos de responsabilidad que, por lo menos a primera vista, son claramente inaplicables. No se ve cómo, solo por poner un ejemplo, el tema podría enmarcarse en la responsabilidad por el hecho de las cosas.
[13] O, por lo menos, si así se conviene para efectos de este escrito.

ajeno a la relación jurídica creada por éste. (pág. 238 y 239)

Así las cosas, la pregunta arriba planteada[14] es traducible (sin pérdida de sentido) a los siguientes términos: ¿Los incumplimientos contractuales, en Colombia, son, *per se*, una «culpa» en los términos del artículo 2341[15] del Código Civil[16] respecto de terceros? O, en otro giro (quizá más próximo a la terminología especializada en la materia), ¿en Colombia, toda «culpa contractual[17]» es, al mismo tiempo, una «culpa extracontractual»[18] respecto de terceros?

Pues bien, comoquiera que no fue posible encontrar una respuesta satisfactoria ni en la ley ni en la jurisprudencia ni en la doctrina colombiana, fue necesario buscarla en otras latitudes. De esto resultó que la doctrina extranjera ha contestado esa pregunta[19] en dos vías decididamente antagónicas: de un lado, se encuentran los partidarios de la llamada «relatividad aquiliana»[20], quienes consideran que ambas «culpas» son independientes —en el sentido de que la una no implica necesariamente la otra (esta consideración será llamada, a lo largo de este escrito, la respuesta negativa)—; de otro, se hallan quienes consideran que ambas «culpas» son equivalentes, en el sentido de que siempre que se presente una «culpa contractual» se presenta,

[14] Con las restricciones a las que se hizo alusión al principio de este escrito.
[15] ARTÍCULO 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.
[16] Otra formulación podría ser esta: ¿Pueden los terceros de un contrato de derecho privado, en Colombia, fundamentar una pretensión indemnizatoria en el solo incumplimiento que de aquel haga una de sus partes?
[17] Entiéndase, en adelante: «hecho generador de responsabilidad contractual»
[18] Entiéndase, en adelante: «hecho generador de responsabilidad extracontractual».
[19] Sin referencia al derecho colombiano.
[20] «La teoría de la relatividad aquiliana permite restituir a la culpa contractual su particularismo y rehúsa considerar que toda culpa del deudor hacia el acreedor constituye una culpa extracontractual hacia los terceros que son víctimas de un daño generado por el incumplimiento de la obligación contractual.» (Larroumet, 2003, pág. 201)

necesariamente, una «culpa extracontractual» respecto de terceros (esta consideración será llamada, a lo largo de este escrito, la respuesta afirmativa[21]).

Como un ejemplo de la primera vía, se tiene al profesor Christian Larroumet (1999), quien ha dicho que «(…) la culpa en la ejecución contractual no constituye necesariamente una culpa extracontractual en el sentido de los arts.1382 y 1383 del C.C.[22]» (pág. 203); como ejemplo de la segunda, al profesor Georges Durry[23], quien sostiene que «una falta contractual es al mismo tiempo una falta delictual con relación a terceros y tiene una doble naturaleza, a la vez falta a la obligación voluntaria y, si hay entre las víctimas terceros, falta delictual».

Planteado como se encuentra ya el problema, esta es la forma en la cual se afrontará: en primer lugar, se expondrán algunos de los casos en los cuales la jurisprudencia francesa ha resuelto en modo afirmativo la pregunta planteada[24] (capítulo segundo); en segundo lugar, se expondrán los fundamentos de esa solución y sus críticas (capítulo tercero); en tercer lugar, se examinará si esos fundamentos (y, así, la respuesta afirmativa) son trasladables al derecho colombiano (capítulo cuarto); en cuarto lugar, se expondrán las conclusiones de este estudio (capítulo quinto).

[21] Como lo notará el lector, este escrito se enfoca, esencialmente, en esta respuesta; no en la negativa. Esto es así por una razón de orden lógico: como la respuesta afirmativa se encuentra planteada en términos de necesidad, si esta resulta ser cierta, la respuesta negativa queda excluida y viceversa.
[22] Son los equivalentes al artículo 2341 del Código Civil colombiano. Debe agregarse que, hoy en día, esos artículos, de igual tenor, tienen otra numeración: son hoy los artículos 1240 y 1241. Para facilidad del discurso, se empleará la numeración anterior.
[23] Citado en (Viney, 2007, pág. 462) , pie de página 609.
[24] Para el ordenamiento jurídico francés.

II. CAPÍTULO SEGUNDO.

La respuesta afirmativa de la jurisprudencia francesa: toda «culpa contractual» es, al mismo tiempo, una «culpa extracontractual» respecto de terceros.

Viene bien, para comenzar, explicar el porqué de esta elección metodológica (¿por qué usar como norte la jurisprudencia francesa?). Son dos las razones que fundamentan esta decisión[25]: la primera (y única verdaderamente determinante) es que el Código Civil colombiano es de inspiración francesa[26], por lo que los fundamentos normativos de las decisiones de la Corte de Casación de Francia son potencialmente trasladables al ordenamiento jurídico de Colombia; la segunda (menos importante y fácilmente prescindible), es que no parece haber otro alto tribunal que se haya ocupado del tema de forma tan directa y repetida[27] ni otro que tan decidida y repetidamente haya dado una respuesta afirmativa al interrogante que nos ocupa[28].

Ya entrados en materia, no puede dejar de indicarse primero que «numerosas sentencias, algunas de las cuales ya son antiguas, y emitidas por diferentes salas de la Corte[29], no han dudado en equiparar la culpa contractual y la culpa delictiva con respecto a terceros en el

[25] Sumadas al obvio y siempre insuficiente argumento de autoridad.
[26] El referente normativo para nuestro estudio, que es el artículo 2341 del Código Civil colombiano, prevé esencialmente lo mismo que prevén los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés.
[27] Es posible equivocarse en esta afirmación, pero de las altas cortes consultadas directamente, que fueron las de Italia, Colombia, Chile y Francia, solo en ésta última fue posible encontrar sentencias que hubieran abordado el tema directamente en más de una ocasión (en Chile, nótese, solo fue posible encontrar una sentencia (2009)). Al respecto, por ejemplo, sostiene el profesor Jean-Sébastien Borghetti (2011) que «[La tesis sostenida por la Corte Suprema de Casación de Francia] ubica el derecho francés en una situación singular, y quizá incluso única, entre el conjunto de sistemas jurídicos occidentales (…) (pág. 374)»
[28] No está de más expresar, por último, que la respuesta afirmativa es escasa también a nivel doctrinal (Assié, 2006).
[29] De casación francesa.

contrato[30]» (Gariazzo, 2006). No obstante ello, se traerán solo cuatro de las consultadas a colación: la sentencia del 18 de julio del 2000 de la Primera Cámara Civil; la del 13 de febrero de 2001 de esa misma cámara; la del 18 de mayo de 2004 de esa misma cámara; y—tal vez las más significativa— la sentencia del 6 de octubre de 2006 de la Asamblea Plenaria[31].

El acontecer fáctico y procesal que terminó con la primera sentencia (la de del 18 de julio 2000) bien puede resumirse así: la Sra. Briggite, quien padecía una afección mental, fue hospitalizada. Durante esa hospitalización, intentó suicidarse. Como consecuencia de ese intento y del empeoramiento de su condición, fue inmovilizada en su cama (por orden médica). Un tiempo después de esa inmovilización, Briggite intentó nuevamente suicidarse, esta vez incendiando su habitación con un encendedor. Esa nueva tentativa también fracasó, pero le ocasionó quemaduras de tercer grado en el 45 % de su cuerpo. Luego de haber sido trasladada a las instalaciones dispuestas para el tratamiento de quemaduras, fue encontrada ahogada en una habitación vecina. Ante este trágico panorama, el cónyuge de Briggite y su hija promovieron un proceso de responsabilidad civil en contra del hospital (que era una institución privada). Por la vía contractual, el cónyuge pretendió la indemnización de los perjuicios sufridos por Briggite; por la vía extracontractual, la de los perjuicios sufridos por él y por su hija. Sus pretensiones fueron desestimadas: la formulada a través de la primera vía, por no hallarse falta de supervisión; las formuladas a través de la segunda, porque, supuestamente, el cónyuge[32] no

[30] Traducción libre del francés al español. El texto original es este: «De nombreux arrêts, dont certains déjà anciens, et émanant de différentes chambres de la Cour, n'ont pas hésité à assimiler faute contractuelle et faute dé-lictuelle au regard des tiers au contrat»

[31] Los hechos que se narran a continuación se encuentran resumidos y restringidos a los que son relevantes para este estudio. Se dejaron por fuera, entonces, intencionalmente, hechos que pueden ser de importancia para otros temas, pero no para este.

[32] En la sentencia no queda claro qué pasó con la pretensión de la hija.

tenía la calidad de tercero (respecto del contrato hospitalario) que exige la responsabilidad extracontractual. Contra esa decisión se interpuso el recurso de casación.

Para desatar ese recurso y casar la sentencia, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia consideró: en primer lugar, que sí se presentó un incumplimiento contractual porque se había infringido la obligación de seguridad originada en el contrato hospitalario (pues Briggite había quedado desatendida); en segundo lugar, que el cónyuge sí era un tercero en relación con el contrato hospitalario—lo que habilitaba la pretensión formulada en clave extracontractual—; y, en tercer lugar, que[33]:

> Los[34] terceros en un contrato <u>están legitimados para invocar la ejecución defectuosa de este último cuando les ha causado daño, sin tener que aportar ninguna otra prueba.</u>
>
> De lo que se deduce que al pronunciarse como lo hizo, el Tribunal de Apelación violó, por aplicación falsa, el Artículo 1165 del Código Civil y, por falta de aplicación, el Artículo 1382 del mismo Código.[35] (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. M. Lemontey) (2000) (Subrayas propias)

[33] Las citas que vienen de la Corte de Casación de Francia son todas traducciones libres del francés al español. En pie)de página irá el texto original.

[34] Les tiers à un contrat sont fondés à invo-quer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve ; D'où il suit qu'en statuant comme elle a fait la cour d'appel a violé, par fausse applica-tion, l'article 1165 du Code civil et, par re-fus d'application, l'article 1382 du même code

[35] No es un dato menor el hecho de que la corte haya determinado la violación por falsa aplicación del artículo 1165 (que es el que, en Francia, prevé el efecto relativo de los contratos) y por denegación de aplicación el 1382 (que es, en Francia, el que prevé la responsabilidad civil extracontractual).

Los hechos relevantes de la segunda sentencia—la del 13 de febrero de 2001—son estos: el Sr. Claude fue contaminado con VIH durante una transfusión sanguínea llevada a cabo en el Centro Regional de Transfusión de Sangre de Rennes. Años después, el Sr. Claude falleció por SIDA. Luego de su muerte, su hija Christelle formuló una pretensión indemnizatoria en contra de aquel centro y de su aseguradora (que era AXA) para que se le repararan los daños morales y económico sufridos como consecuencia del fallecimiento de su padre. Sus pretensiones fueron desestimadas porque, en criterio del tribunal de apelación, la demandante «no podía invocar la obligación contractual de seguridad de resultado que pesa sobre el Centro en ausencia de un vínculo contractual con él y que no presentó prueba de una falla de dicho centro[36]»(Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. Lemontey) (2001).

Para resolver el recurso y casar la sentencia, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa consideró que:

> Los terceros de un contrato tienen derecho a invocar cualquier incumplimiento por parte del deudor contractual cuando el incumplimiento les causó daño, sin tener que presentar ninguna otra evidencia (…) Teniendo en cuenta que se ha establecido entonces que un centro de transfusión de sangre tiene la obligación de garantizar el resultado con respecto a los productos sanguíneos que cede y que el incumplimiento a esta obligación puede ser invocado tanto por la víctima directa como por los terceros víctimas de un daño por rebote, el Tribunal de

[36] Ne pouvait invoquer l'obligation contractuelle de sécurité de résultat pesant sur le Centre en l'absence de lien contractuel avec celui-ci et qu'elle ne rapportait pas la preuve d'une faute dudit centre

> Apelación violó los textos antes mencionados[37] [que eran los artículos 1165 y 1382] (Las subrayas son propias) (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. Lemontey) (2001)

En lo que respecta a la tercera sentencia (a del 18 de mayo de 2004) estos son los elementos más relevantes: la sociedad SCI Bosquet era propietaria de un inmueble que resultó sometido a un trámite de remate judicial. Una abogada —por completo ajena a la sociedad— fue contratada por un comerciante para hacer postura dentro de ese trámite. La abogada inobservó los términos previstos en la ley procesal para hacer una postura por mayor valor y, como consecuencia de ello, el bien le fue adjudicado a alguien que había ofrecido menos dinero por el inmueble. La sociedad, considerando que la abogada contratada (por un tercero) había sido negligente en su actuar —pues inobservó los términos procesales— formuló una pretensión indemnizatoria en su contra en clave extracontractual. Pidió, en concreto, que la abogada debía reconocerle a la sociedad la diferencia entre el valor por el cual fue adjudicado el inmueble y el valor por el cual habría sido adjudicado si ella no hubiese sido negligente en la ejecución de su encargo. La sentencia impugnada desestimó las pretensiones porque «la culpa del mandatario únicamente puede ser invocada por un tercero si es separable del contrato[38]»(Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. M. Bouscharain) (2004). La Corte, como fundamento para casar la decisión, sostuvo que «la culpa cometida en la ejecución de un contrato

[37] Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve(…)Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'un centre de transfusion sanguine est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits sanguins qu'il cède et que le manquement à cette obligation peut être invoqué aussi bien par la victime immédiate que par le tiers victime d'un dommage par ricochet, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

[38] La faute du mandataire ne pouvait être invoquée par un tiers que si elle était détachable du contrat.

era susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual de su autor frente a terceros de ese contrato[39]»[40](Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. M. Bouscharain) (2004). Manifestó, además, que, por no haberlo considerado así, el tribunal de apelación, violó los artículos 1165 y 1382 del Código Civil francés.

La última y más significativa (por haber sido proferida por la asamblea plenaria) —la del 6 de octubre de 2006— tiene estos antecedentes fácticos: los propietarios de un complejo inmobiliario dieron un local en arriendo a la sociedad Myr'Ho, que tenía como negocio una fábrica de calzado. Esa sociedad, a su vez, confió la gestión de su negocio a una tercera empresa: BootShop. Myr'Ho y BootShop formularon (entre otras cosas) una pretensión indemnizatoria en contra de los propietarios (arrendadores) para que se les indemnizaran los perjuicios que se les habían causado con el incumplimiento del contrato de arrendamiento celebrado entre la primera y los propietarios, pues estos no habían hecho el mantenimiento necesario de las zonas comunes, lo que había impedido operar en el local. Los jueces de instancia estimaron las pretensiones de ambas sociedades.

Ya en sede de casación, los propietarios alegaron en contra de la sentencia favorable a BootShop (tercero en relación con el contrato de arrendamiento) que:

> (…) si el efecto relativo de los contratos no prohíbe a terceros invocar la

[39] La faute commise dans l'exécution du contrat était susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat

[40] La faute du mandataire ne pouvait être invoquée par un tiers que si elle était détachable du contrat.

situación de hecho creada por los contratos en los que no fueron partes, dado que esa situación de facto les causa un perjuicio para fundamentar una acción extracontractual, incluso es necesario, en ese caso, que el tercero establezca la existencia de una falta delictiva considerada en sí misma independientemente de cualquier punto de vista contractual[41](Asamblea Plenaria de la Corte de Casación de Francia) (2006) (Subrayas propias)

Y que como así no lo hizo BootShop sus pretensiones no debieron prosperar.

A lo anterior la Asamblea Plenaria contestó, como fundamento para no casar la sentencia, que «el tercero en un contrato puede invocar, sobre la base de la responsabilidad extracontractual, el incumplimiento de un contrato cuando ese incumplimiento le haya causado daño[42]» (2006).

Bien, con lo que viene de exponerse se ve con bastante claridad cómo la jurisprudencia francesa ha admitido —con mayor contundencia en unos casos que en otros— que toda «culpa contractual» es, al mismo tiempo, una «culpa extracontractual» respecto de terceros, quienes no tendrán (dentro de ese contexto) la carga de probar una culpa independiente del contrato. Para esa jurisprudencia, entonces, paradójicamente, es el incumplimiento contractual el que

[41] Que si l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, dès lors que cette si-tuation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, encore faut-il, dans ce cas, que le tiers établisse l'existence d'une faute dé-lictuelle envisagée en elle-même indépen-damment de tout point de vue contractuel

[42] Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage

abre definitivamente las puertas de la responsabilidad extracontractual en favor de terceros.

Con todo, y antes de iniciar el estudio de los fundamentos de esas decisiones, no debe quedar la impresión de que esa forma de resolver la cuestión se ha presentado de forma unánime. Todo lo contrario: la jurisprudencia francesa ha sido usualmente vacilante. Los polos opuestos de la disputa los han ocupado preponderantemente la Primera Cámara Civil —que ha sido partidaria de la postura que viene de exponerse— y la Cámara Comercial —que ha sido partidaria de la idea contraria (aquella según la cual debe probarse siempre una culpa separable del contrato)—. Luego de una prolongada «guerra» de decisiones opuestas entre ambas cámaras, vino un periodo de relativa «paz» después de la sentencia de la Asamblea Plenaria, pues se interpretó que con ella se había zanjado completamente la discusión. Esa «paz», no obstante, se ha puesto en crisis recientemente, pues han resurgido sentencias contrarias a la regla fijada por la Asamblea Plenaria. Esto, al parecer, es consecuencia de las críticas doctrinarias (Mazeaud, 2017)que, en últimas, parecen haber determinado el contenido del proyecto de reforma al Código Civil francés que pretende regular específicamente la materia de la siguiente forma:

> Cuando el incumplimiento del contrato causa daños a un tercero, este último puede reclamar una compensación del deudor por sus consecuencias solo sobre la base de la responsabilidad extracontractual, con la carga de probar uno de los eventos generadores en cuestión en la Sección II del Capítulo II[43].

[43] Que regularía la responsabilidad extracontractual.

> Sin embargo, el tercero que tenga un interés legítimo en la ejecución adecuada de un contrato también puede basarse, sobre la base de la responsabilidad contractual, en un incumplimiento contractual cuando este último le haya causado daños. Las condiciones y límites de responsabilidad aplicables en las relaciones entre los contratantes le son oponibles. Cualquier cláusula que limite la responsabilidad contractual de un contratista frente a terceros se considera no escrita[44].

Aunque termine desapareciendo por una decisión legislativa la regla que intentó fijar la Asamblea Plenaria, las razones que le sirvieron de fundamento siguen siendo relevantes para este estudio, pues, como se dijo arriba, al ser el ordenamiento civil colombiano de inspiración francesa, esas razones le son potencialmente trasladables.

[44] Traducción libre del francés al español. El texto original es este: «Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite.»

III. CAPÍTULO TERCERO.

Los fundamentos de la equiparación de las culpas (la respuesta afirmativa) y sus críticas.

De lo dicho en el capítulo anterior se tiene, entonces, que para un sector significativo de la jurisprudencia francesa (dominante hasta hace relativamente poco) siempre que una parte incurra en una culpa contractual incurrirá, por ese solo hecho, en una culpa extracontractual respecto de terceros, quienes, en el evento de resultar dañados, podrán pretender la indemnización de sus perjuicios por la vía extracontractual[45].

Es momento de ocuparse de los fundamentos de esa regla jurisprudencial. Lo primero que se anotará es que las sentencias de casación francesas tienen una particularidad: la exposición de sus razones es escaza[46], casi nula. Aunque eso pueda tener una explicación histórica (Borghetti, 2012, pág. 84), una dificultad sensible no deja de presentarse: no son claros los motivos de las decisiones que se toman.

Las sentencias que antes se expusieron no son la excepción. No está claro, entonces,

[45] Si se quisiera aventurar una respuesta a la pregunta por las razones de esa regla jurisprudencial, quizá se optaría por decir que, comoquiera que el incumplimiento contractual es un acto ilícito (Cárdenas Villarreal, 2011, pág. 720) desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, los terceros pueden valerse de él como hecho generador (y fundamento) de su pretensión indemnizatoria, restándoles solo probar el daño y el nexo de causalidad. Esa respuesta, no obstante, sería equivocada: la calificación de un acto como ilícito —desde esa perspectiva— no responde a la pregunta de quién puede reclamar fundadamente una indemnización. Esa calificación solo indica, desde la lógica Kelseniana (Kelsen, 2014, pág. 87), que hay alguien de cuya voluntad depende la aplicación de la sanción. Pero ese alguien perfectamente puede serlo solo el otro contratista, cualquier tercero o incluso el estado. La identidad de ese alguien solo la revela el ordenamiento jurídico; no la Teoría General del Derecho.

[46] Tres páginas suelen ser suficientes para expresarlas.

cuáles son los fundamentos de la asimilación de ambas culpas. No obstante ello, hay un cierto grado de consenso en que esa asimilación se soporta en tres razones[47]: 1) El deseo de favorecer a las víctimas[48], 2) La plasticidad del concepto de culpa, y 3) La regla de la oponibilidad de los contratos.

Sobre la primera razón (1) no hay mucho qué decir: si toda culpa contractual es, para los terceros víctimas, una culpa extracontractual, estos tienen una vía adicional para reclamar la indemnización de los daños que padecen. Además, su carga probatoria se ve alivianada, pues, en lo relativo al hecho generador de responsabilidad, no tendrían la carga de acreditar nada distinto del incumplimiento contractual imputable, hecho este cuya probanza tiene una dificultad reducida si se trata, por ejemplo, de obligaciones de resultado:

> Si nos situamos del lado del tercero víctima para apreciar los méritos de la solución consagrada por la Asamblea Plenaria el 6 de octubre de 2006, esta última nos parece totalmente satisfactoria. De hecho, el tercero víctima ahora se beneficia de la ventaja probatoria que se deriva de la existencia de una falla contractual, en particular en el caso de una obligación de resultado: para obtener una indemnización por su lesión, puede contentarse con demostrar que se ha causado

[47] Pueden consultarse como fundamento de esa conclusión: (Borghetti, 2012), (Gariazzo, 2006), (Assié, 2006) y (Bourgeois, 2008)

[48] «La jurisprudencia que consagra la asimilación de las faltas contractuales y delictivas tiene la ventaja de favorecer la indemnización de las víctimas del incumplimiento contractual, sin centrarse en la calidad a menudo contingente de terceros o partes del contrato» (Assié, 2006). (Traducción libre del francés al español. Esto dice el texto original: La jurisprudence consacrant l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle a pour avantage de favoriser l'indemnisation des victimes d'une inexécution contractuelle, sans s'attacher à la qualité souvent contingente de tiers ou de partie au contrat.

> por el incumplimiento contractual del deudor, sin tener que probar la negligencia o imprudencia por parte de este último en el sentido del artículo 1382 del Código Civil[49]. (Bourgeois, 2008, pág. 39)

No es oportuno desarrollar ahora una crítica a la tendencia expansiva de los daños indemnizables, pero no está de más recordar que esa expansión viene siempre a costo de la libertad individual (Bourgeois, 2008, pág. 27). En efecto, mientras más conductas puedan considerarse como generadoras de un daño indemnizable menos deseable será su realización, pues, quiérase o no, el temor de una hipotética condena futura las desestimula (Solano Vélez, 2016, pág. 191)

En lo que respecta a la segunda razón (2), ella nace como respuesta a la necesidad de encontrarle un asidero normativo expreso (legislado) a la posibilidad de considerar el solo incumplimiento contractual como un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual[50]. La cuestión puede plantearse en estos términos: ¿Cómo sostener que el incumplimiento contractual encaja en el supuesto de hecho previsto en la norma jurídica que se expresa a través

[49] Traducción libre del francés. El texto original dice: Si l'on se place du côté du tiers victime pour apprécier les mérites de la solution consacrée par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006, cette dernière nous apparaît comme étant pleinement satisfaisante. En effet, le tiers victime bénéficie désormais de l'avantage probatoire qui découle de l'existence d'une faute contractuelle, en particulier dans l'hypothèse d'une obligation de résultat : pour obtenir réparation de son préjudice, il pourra se contenter de prouver que celui-ci a été causé par le manquement contractuel du débiteur, sans avoir à rapporter la preuve d'une négligence ou d'une imprudence de la part de ce dernier au sens de l'article 1382 du Code civil.

[50] «A pesar de esta reserva, la referencia a la norma del buen padre sigue siendo El instrumento más apropiado para conferir cierta legitimidad a la ley positiva de responsabilidad de las partes hacia terceros» (Bourgeois, 2008, pág. 30). Traducción libre del francés al español. El texto original dice:«Malgré cette réserve, la référence au standard du bon père de famille reste l'instrument le plus adapté pour conférer une certaine légitimité au droit positif en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers.»

del artículo 1382[51] del Código Civil francés, según el cual «cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.»[52]?

La respuesta lapidaria a esa pregunta se da en términos de «culpa»: «La elasticidad de la noción de culpa delictual es tan grande que acoge en su seno la inejecución de las obligaciones contractuales» (Le Tourneau, 2004, pág. 101). La opinión de Le Tourneau no es aislada[53] ni es descartable como posibilidad: ¿Si la culpa no está definida legislativamente, qué impide emplear, por ejemplo, el referente del buen padre de familia a efectos de determinar cuándo un comportamiento es culposo? Esto último es lo que, según algunos autores, sirve de fundamento a los fallos de la Corte de Casación de Francia que se están comentando:

> Obviamente, esta doctrina[54] sólo fue capaz de desarrollarse a partir de una muy amplia concepción de la culpa, la cual es compartida por la mayoría de los juristas franceses, y de acuerdo con la cual la culpa es, más o menos, cualquier desviación conductual del estándar del *bon père de famille*. Un *bon père de famille*, como se dice, nunca es negligente y siempre mantiene sus obligaciones contractuales[55]. (Borghetti, 2012, pág. 17)

---

[51] Se recuerda que se está empleando la numeración anterior del Código Civil francés.

[52] Traducción libre del francés al español. Su texto original es del siguiente tenor: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

[53] «La asimilación de los culpas delictuales y contractuales también se guía por la propia generalidad de los términos del artículo 1382 del Código Civil, que le da a la noción de culpa delictual un grado de plasticidad capaz de abarcar el incumplimiento de las obligaciones contractuales.» (Gariazzo, 2006). Traducción libre del francés. El texto original dice:«L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle est, également, guidée par la généralité même des termes de l'article 1382 du code civil qui confère à la notion de faute délictuelle une certaine plasticité à même d'englober l'inexécution d'obligations contractuelles.».

[54] Se refiere a la que equipara, en los términos ya mencionados, las culpas.

[55] Se ha dicho en este mismo sentido que «el buen padre de familia no se hace culpable del incumplimiento perjudicial frente a un tercero respecto de las obligaciones que ha contraído» (Assié, 2006). Traducción libre del francés al

Pero ese concepto elástico de culpa no es suficiente. Incluso suponiendo que el hecho de incumplir un contrato (causando con ello un daño a otro) sea en sí mismo una culpa desde una perspectiva extracontractual, ¿puede acaso un tercero siquiera invocar el incumplimiento de un contrato ajeno? ¿No atentaría eso contra el llamado principio de relatividad contractual?

El par de interrogantes que acaban de plantearse se originan en la contundente redacción del artículo 1165 del Código Civil francés, según el cual «las convenciones no tienen efecto sino entre las partes; ellas no dañan a los terceros y no les aprovechan sino en el caso previsto en el artículo 1121[56]». La exégesis de ese artículo hace imposible que un tercero pueda siquiera tomar en cuenta el contrato y su incumplimiento para fundamentar su pretensión indemnizatoria (es que aquel no produce ningún efecto respecto del tercero: ni lo daña ni le aprovecha). Pero la doctrina y la jurisprudencia le han dado otra lectura que ha permitido distinguir dos fenómenos independientes[57]: por un lado, se tiene la relatividad del contrato; por otro, la oponibilidad de éste, que es la tercera razón (3) que arriba se anticipaba. Michel Grimaldi (2007) ha explicado esa diferencia con particular claridad:

> -La *relatividad* del contrato significa que un tercero, en relación con un contrato, no se convierte ni en acreedor ni en deudor, que, por razón de un contrato, no

español. El texto original dice: «le bon père de famille ne se rend pas coupable de l'inexécution préjudiciable à un tiers d'obligations qu'il a contractées».

[56] Colombia no tiene un enunciado de igual tenor, pero se ha entendido (Claro Solar, 1979, pág. 653) que el principio de relatividad de los efectos contractuales se encuentra consagrado, tácitamente, en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.»

[57] De los que se sigue una respuesta afirmativa a la primera pregunta (un tercero sí puede invocar el incumplimiento de un contrato ajeno) y una negativa a la segunda (ello no atenta contra la relatividad de los contratos).

> pueden aparecer acreencias ni deudas en el activo o pasivo del patrimonio de quien no ha sido parte en el mismo.
>
> - La *oponibilidad* del contrato significa que un contrato constituye un hecho jurídico, crea un nuevo orden jurídico que los terceros deben respetar y pueden invocar. Siendo oponible *a* terceros y *por terceros,* puede perjudicar a estos, diga lo que diga el artículo 1165[58]. (pág. 106)

De los distintos efectos que se siguen de la oponibilidad —según quienes han desarrollado esa figura— quizá el más notable de ella referida a los terceros sea la posibilidad de que estos puedan resultar extracontractualmente responsables (por los perjuicios causados al contratante dañado) cuando sean cómplices[59] del incumplimiento contractual[60]. Y el más significativo —por lo menos para este escrito— de la oponibilidad *por terceros* es que estos «pueden valerse del incumplimiento de un contrato que les causa un perjuicio: pedir al contratante incumplido la reparación del perjuicio que les ha causado» (Grimaldi, 2007, pág. 121).

---

[58] En este punto debe advertirse que a ese concepto no se hace alusión siempre con la misma expresión «oponibilidad». Con esta, inclusive, suele aludirse a conceptos distintos. Así, por ejemplo, en Italia, por oponibilidad se entiende «[la] prevalencia del título contractual de adquisición sobre el título esgrimido por el tercero» (Bianca, 2011, pág. 595), mientras que eso que Grimaldi (y, en general, los franceses) llama «oponibilidad» se aproxima más a lo que a lo que aquellos llaman «relevancia externa del contrato»:

> La relevancia externa del contrato se manifiesta ante todo en la tutela de los derechos contractuales frente a la generalidad de los coasociados (*erga omnes*). A este propósito es necesario considerar que el contrato tiende a crear, modificar o extinguir posiciones jurídicas que, aun cuando no inciden sobre la esfera jurídica de terceros, deben ser respetadas por la generalidad de los coasociados según el principio de respeto por los derechos ajenos. (Bianca, 2011, pág. 594)

[59] Nótese que, si no fuera posible oponer la existencia del contrato a ese tercero cómplice del incumplimiento, éste podría fundadamente argüir que nada ayudó a incumplir, pues, para él, el contrato no existe.

[60]«**Oponibilidad de un contrato por las partes a terceros**. Los ingleses disponen, en la materia, de la institución denominada "*tort of interference*" que José Puig Brutau ha comparado con la *actio doli* de los romanos. Se trata de la responsabilidad civil extracontractual del tercero cómplice de la violación de un contrato.» (López Santa María, 1998, pág. 265).

Más adelante[61], cuando se intente constatar si la oponibilidad (así entendida) es de recibo en el derecho colombiano, ella y sus fundamentos se estudiarán más en detalle. Baste por ahora decir que, para algunos, esa figura es la base de la regla jurisprudencial que se está comentando[62].

Como breve conclusión de lo que se ha dicho en este capítulo, vale anotar que la equiparación de las culpas se encuentra cimentada, entonces, en el deseo de favorecer a las víctimas; en el hecho de que todo incumplimiento contractual (imputable que cause daños a terceros) es una culpa en sede extracontractual porque el buen padre de familia no incumple sus contratos en perjuicio de terceros; y, por último, en que los contratos, como hechos jurídicos que son, y su incumplimiento son oponibles *por* los terceros a las partes.

Debe señalarse ahora que —como sucede con casi todas las cuestiones jurídicas— la regla (de equiparación de las culpas) adoptada por la Corte de Casación de Francia no ha estado exenta de críticas. A decir verdad, parece que, con sobrada razón, son más sus detractores que sus defensores (Assié, 2006). Es que, bien vistas las cosas, las consecuencias que se derivarían de una regla como la que se está comentando, si no se le agrega algún matiz, son indeseables y francamente absurdas:

a) Lo primero que se seguiría de ella sería la dificultad —incluso la imposibilidad—

[61] Capítulo cuarto.

[62] «La noción de oponibilidad del contrato es la base de esta decisión simplificadora: cualquier tercero a quien una violación contractual perjudique (Artículo 1165 del Código Civil) tiene derecho a invocar este incumplimiento en apoyo de su solicitud de indemnización, y no tiene que aportar ninguna otra prueba» (2000). Traducción libre del francés al español. El texto original dice: La notion d'opposabilité du contrat est le fondement de cette décision simplifica-trice : tout tiers auquel un manquement contractuel nuit (article 1165 du code ci-vil) est en droit d'invoquer ce manque-ment à l'appui de sa demande de répara-tion, et n'a pas à rapporter d'autre preuve.

de hacer los cálculos económicos que son propios a los contratos (si no a todos, por lo menos a un buen número de ellos). Si no se sabe quiénes serán los posibles perjudicados (y no se sabe porque puede serlo cualquiera), ¿cómo calcular el valor de la contraprestación que justifica el riesgo de obligarse? (Bourgeois, 2008, pág. 38) (Borghetti, 2012, pág. 89).

b) Ese hipotético tercero perjudicado se encontraría en una mejor posición que el acreedor contractual, pues, como a aquel le aplicaría un régimen extracontractual, su indemnización no se encontraría limitada por la restricción de la previsibilidad del daño que le es propia a la responsabilidad contractual (Bourgeois, 2008, pág. 48) (Borghetti, 2012, pág. 89).

c) Por esta misma razón —esto es, por tratarse de un régimen extracontractual— y como consecuencia del principio del efecto relativo de los contratos, al hipotético tercero no le serían aplicables las cláusulas limitativas de responsabilidad pactadas por las partes (Bourgeois, 2008, pág. 48).

d) Y, como si lo anterior fuera poco, no debe pasarse por alto que esas ventajas que obtiene el tercero, en contraste con el acreedor contractual, las obtendría sin dar nada a cambio. (Bourgeois, 2008, pág. 48)

Ahora bien, aunque estas consecuencias que vienen de enlistarse lucen suficientemente fundadas y contundentes como para descartar la posición asumida por la Corte de Casación de Francia, no deja de ser cierto que, no obstante ellas, la tesis de la equiparación de las culpas logró hacer carrera —¡y de qué forma!— en esa corporación, tal y como se expuso en el

capítulo segundo. Es por esto que no es ocioso examinar si las razones que le sirvieron de fundamento son de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano, para, con base en eso, poder establecer si la respuesta afirmativa tiene cabida en el mismo. De eso trata el próximo capítulo.

IV. CAPÍTULO CUARTO.

¿Es trasladable la respuesta afirmativa a Colombia?

Se parte de la siguiente premisa: si las tres razones que cimientan la respuesta afirmativa en Francia encuentran su par en el ordenamiento jurídico colombiano, esa misma respuesta es posiblemente trasladable a éste. No se quiere decir con esto que esa fórmula sirva para solucionar todas las discusiones jurídicas, pero la problemática objeto de este escrito tiene dos características que llevan a considerar que, para este particular caso, esa premisa es razonable: la primera es que en Colombia, al igual que en Francia (hasta tanto no se apruebe la reforma al régimen de responsabilidad), no hay una solución legislativa expresa para el asunto; la segunda es que los artículos más relevantes para el problema de los códigos civiles de ambos países son muy similares. Se está haciendo referencia a los artículos 1134, 1165 y 1382, del francés, y al 1602 y 2341, del colombiano.

Claro lo anterior, el primer tema a tratar es la oponibilidad. Ésta, tal y como ha sido entendida por los franceses, no es extraña a nuestras latitudes. En Chile[63], por ejemplo, ha sido prolífico su desarrollo, aunque, valga aclararlo, para aludir a ese mismo concepto, la doctrina de ese país emplea expresiones distintas, tales como «efecto absoluto», «efecto expansivo», «efecto reflejo» y «efecto indirecto» de los contratos[64]. En Argentina, el profesor Jorge Mosset

[63] Pueden confrontarse, sobre este tema, los siguientes autores: Jorge López Santamaría (1998), Ian Henríquez Herrera (2012), Álvaro Vidal Olivares (2006), Ramón Domínguez Águila (1983) y Carlos Pizarro Wilson (2010).

[64] Así lo explica el profesor Jorge López Santa María (1998):

> Al margen de la voluntad de las partes contratantes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. En alguna medida, en cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros

Iturraspe (1998) ha tratado específicamente el tema:

> El contrato es oponible frente a todos, *erga omnes*. Es un error creer que sólo los derechos reales se dan *erga omnes* y que por eso son absolutos. Toda relación jurídica, sea real o personal, se da *erga omnes* y debe ser respetada por los terceros; su violación apareja siempre responsabilidad. Es de aplicación el principio *alterum non laedere*. Los terceros pueden invocar la existencia del contrato, las obligaciones engendradas, su incumplimiento, etcétera, y no tienen derecho a desconocer tales vínculos, a pretender ignorarlos; menos aún a interferir en el derecho de crédito (pág. 344).

Y Colombia no ha sido la excepción[65]. El profesor Fernando Hinestrosa (2015) ha expresado al respecto que:

---

absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama el efecto absoluto de los contratos, o efecto expansivo o efecto indirecto o efecto reflejo de los contratos.

No hay propiamente en esta situación otra excepción al principio del efecto relativo. Al referirnos a las excepciones al principio del efecto relativo, comprobábamos, en todos los casos, cómo un contrato creaba un derecho o imponía una obligación a un *penitus extranei* sin su consentimiento. En el caso del efecto expansivo no acontece lo mismo; no surge un derecho u obligación directamente para el tercero, sino que éste puede invocar un contrato ajeno o vérselo oponer en cuanto ese contrato indirectamente lo afecta en su situación jurídica y patrimonial (...) La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que, por lo tanto, tiene vigencia erga omnes. Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis, traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno. Sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo. (pág. 261)

[65] Puede confrontarse también, en el mismo sentido, a los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2009).

> El contrato es de suyo una situación de hecho que como tal se impone a los terceros. Los terceros no lo pueden ignorar, so pretexto de que el contrato solo produce efectos entre las partes. Esto es un corolario de la distinción del contrato como fuente de obligaciones y la situación de hecho que él crea en cuanto fenómeno social: oponibilidad *erga omnes* y *pro omnes* (pág. 496).

Pero la difundida presencia doctrinal de ese concepto (aunque puede ser un buen indicio) no es suficiente para comprobar su vigencia. Es por esto que es oportuno verificar si, con base en el derecho positivo y la jurisprudencia de Colombia, es posible sostener fundadamente que en ésta los contratos son oponibles (en los términos arriba expresados) a terceros.

A efectos de lo anterior, lo primero que se señalará es que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe ninguna norma jurídica que consagre expresamente la oponibilidad del contrato[66], pero tampoco ninguna que expresamente la niegue[67]. No obstante ello, hay (a) un argumento que permite concluir su existencia y (b) varios artículos que parecen presuponerla. El argumento (a) es recurrente en la doctrina y es bastante simple: si el ordenamiento contempla «normas expresas sobre situaciones a las que sanciona con inoponibilidad, es en el

[66] En Francia, por ejemplo, el anteproyecto de reforma al Código Civil francés proponía agregar un artículo de este tenor «Los acuerdos son vinculantes para terceros , que deben respetarlos y pueden aprovecharlos sin tener derecho a hacerlos cumplir».

[67] Como podría interpretarse que lo hace el artículo 1165 del Código Civil francés al decir que «las convenciones no tienen efecto sino entre las partes; ellas no dañan a los terceros y no les aprovechan sino en el caso previsto en el artículo 1121». O el 1363 del Código Civil peruano, a cuyo tenor se lee que «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisible».

entendido que la regla general es la contraria» (Henríquez Herrera, 2012, pág. 515)[68]. Así, por ejemplo, nos encontramos con los artículos 1960 del Código Civil y los artículos 843,1573, 1946 y 901 del Código de Comercio. Sobre este último —según el cual «será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.»— es importante destacar que, comoquiera que generalmente la ley no exige requisitos de publicidad específicos, es dable concluir que los negocios jurídicos son, entonces, en términos generales, oponibles a terceros. Ahora, en lo que tiene que ver con (b) las normas que presuponen la oponibilidad, se traerán a cuento —siguiendo en esto lo que el profesor Álvaro Vidal (2006) hizo en Chile— solo tres de ellas:

i. El artículo 1873 del Código Civil[69] parte de la premisa de que los contratos de compraventa celebrados con otros (con terceros) son existentes (oponibles) para todos, al punto que, en el evento de no haberse presentado entrega, se preferirá, de entre los varios, el contrato más antiguo. Así, el comprador más nuevo verá arrollado su derecho por la existencia del contrato anterior, lo que indica que éste le es oponible; no puede desconocer su existencia.

ii. El ya mencionado artículo 1960 del Código Civil prevé que «la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.». Esto permite suponer que, habiendo sido necesaria esa previsión expresa del legislador para ese tipo de

[68] En ese mismo sentido (Vidal Olivares, 2006, pág. 72)

[69] «Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá.»

negocios, los demás no lo requieren para ser oponibles.

iii. Cuando el artículo 2495 del Código Civil establece cuál es la prelación de los «salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo.» está presuponiendo que los acreedores que no tienen ese tipo de contrato deben admitir la existencia del contrato de trabajo ajeno (esto es, el contrato de trabajo les es oponible)[70] al punto de tener que soportar, por ese hecho, una prelación inferior en su crédito.

Y la jurisprudencia colombiana no se ha quedado atrás. Aunque no siempre con la misma contundencia —y, a decir verdad, pocas veces con la expresión «oponibilidad»—, aquella ha reconocido que los contratos existen no solo para las partes, sino también para los terceros, quienes no pueden (y a quienes no puede) negar (se) su existencia:

> A lo que parece acertado afirmar que es el de la relatividad de los contratos uno de los principios más ampliamente explicados por los estudiosos del Derecho, pero también es el que más fácilmente es distorsionado. Tratando de buscarle a esto una explicación, bien podría antojarse que todo empieza porque la frase sentenciosa con que suele identificarse el principio no termina por expresar de modo acabado el genuino sentido de tal fenomenología jurídica. A la verdad, decir a secas que el contrato no afecta a terceros, conlleva vaguedades. Sin necesidad de ir tan lejos dígase de entrada que todo contrato válido, como acaecer

[70] Lo mismo podría decirse del contrato con el posadero (artículo 2497 del Código Civil).

fáctico que es, impone el reconocimiento de su existencia por absolutamente todos; en este sentido, nadie podría desconocerlo, sin que quepa la idea, es cierto, de que sea un deudor propiamente dicho; asimismo podría sacarse provecho de esa existencia, sin que quien lo haga sea un acreedor literalmente hablando. No es estólido sostener desde ahí que el contrato es "oponible"(...) Sin duda tiene mucho más interés poner de resalto cómo por fuera de la causahabiencia es aún posible observar que un contrato irradia los efectos más allá de sus autores, como acontece, por evento, con los acreedores de las partes. La suerte de ellos depende de la gestión patrimonial que haga el deudor. Si exitosa o ruinosa, cuánto mejor o peor (...) las consecuencias directas del contrato, las soportan o usufructúan exclusivamente los contratantes; evidentemente, la condición de acreedor o de deudor sólo se concibe respecto de quienes consintieron en el vínculo jurídico. Pero las secuelas indirectas que de ello se derivan, las soportan o aprovechan ciertos terceros; por cierto, si alguien paga lo que debe por virtud de un negocio, ese pago puede beneficiar a los acreedores de quien lo recibe.

Es apodíctico, así, que en el buen o mal suceso de los contratos hay mucha gente interesada. Bien fuera admitir la expresión de que en los contornos de los contratos revolotean intereses ajenos al mismo, los cuales no es posible rehusar o acallar no más que con el argumento de que terceros son. (Las subrayas son propias). (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez) (2005)[71]

Con estas consideraciones, parece que puede sostenerse que hay razones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales suficientes para afirmar que, en Colombia, la oponibilidad (como es entendida en Francia) es una figura vigente.

Se trasladará, ahora, brevemente, el acento a la culpa. No es este el lugar para intentar determinar cuál es su concepto «correcto»; tampoco lo es para explorar en detalle el uso que del mismo ha hecho la jurisprudencia colombiana. Esto, por el contrario, sería un ejercicio infértil (para este trabajo), pues, como ya tuvo oportunidad de decirlo Esteban Mejía (2019) en un estudio recientemente elaborado, esa jurisprudencia no tiene «un concepto único para el término culpa» (pág. 44) y tampoco «(…) un criterio jurídico unívoco para evaluar las circunstancias fácticas que la componen. [Culpa] Es un término vago y ambiguo, cuyo contenido ha sido cambiante[72] (…)» (pág. 44).

Así y todo, no puede dejarse pasar por alto que en Colombia, al igual que en Francia,

[71] Pueden consultarse también, sobre el tema, las siguientes sentencias de esa misma corporación: sentencia del 30 de enero de 2006, con radicado1995-29402-02 y M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; sentencia del 2 de marzo de 2005, con número de expediente 8946-01 y M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; sentencia del 20 de octubre de 2006, con radicado1996-1289-03 y M.P. César Julio Valencia Copete; sentencia del 16 de mayo de 2011, con radicado1995-2000-09221-01 y M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; y sentencia del 9 de agosto de 2018, con 2011-00338-01 y M.P. Ariel Salazar Ramírez.

[72] En efecto, la expresión «culpa» padece de un doble problema de indeterminación, pues se presentan dificultades sensibles—quizá insuperables— en sede de su interpretación «en abstracto» (¿qué significa «culpa»?) así como en su interpretación «en concreto» (¿qué comportamiento es culposo?).

el criterio del «buen padre familia» no ha sido extraño ni a la doctrina[73] ni a la jurisprudencia[74] como rasero para determinar la existencia (o no) de un comportamiento culposo. Además, ha sucedido que, cuando no ha sido ese el estándar empleado, se han usado otros de igual o mayor vaguedad, como el de «persona prudente[75]», «persona diligente[76]», «buen profesional[77]», etc.

Si a esto que viene de decirse se le suma el hecho de que, en sede extracontractual, «cualquier culpa compromete la responsabilidad del agente[78]» (Santos Ballesteros, 2012, pág. 216) ,se tendrán insumos suficientes para concluir que, en Colombia, es posible (aunque no necesario) considerar que incumplir (de modo imputable) un contrato es, al mismo tiempo, un comportamiento culposo en sede extracontractual; en Colombia, entonces, potencialmente, «una culpa contractual» es, *per se,* una «culpa extracontractual». Esto comoquiera que, con

---

[73] Pueden confrontarse al respecto al profesor Javier Tamayo Jaramillo (2007), al profesor Gilberto Martínez Rave (1998) y al profesor Alberto Tamayo Lombana (2005).

[74] La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho, por ejemplo:

> De la observación integral y panorámica del ordenamiento jurídico colombiano, se infiere que "la diligencia", ya sea la que se exige de las personas de manera general, esto es, la propia de un "buen padre de familia", o aquella que se les reclama como "profesionales" en una determinada área de la actividad humana, constituye un marco dentro del cual se desenvuelve toda relación jurídica, pero, particularmente, las obligatorias(...) (Las subrayas son propias)(M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles) (2000)

Pueden verse, además, las siguientes sentencias: la sentencia del 5 de octubre de 2006 con número de radicado1999-30782-01 y M.P. Edgardo Villamil Portilla y la sentencia del 3 de agosto de 2004 con número de expediente 7447.

[75] Véanse, por ejemplo: la sentencia del 11 de junio de 2010, con número de radicado 2003-00683-01 y M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; y la sentencia del 26 de agosto de 2016, con radicado 2006-00394-01 y M.P. Margarita Cabello Blanco.

[76] Véase, por ejemplo, la sentencia con radicado 2006-00372-01 y magistrada ponente Ruth Marina Díaz.

[77] Véase, por ejemplo, la sentencia del 28 de junio de 2017, con radicado 2013-01105-00 y M.P. Ariel Salazar Ramírez. Además, puede verse la sentencia del 8 de agosto de 2011, con radicado 2001 00778 01 y M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

[78] Ha dicho, en ese sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

> La culpabilidad civil opera en una lógica binaria, en la que basta traspasar el umbral de culpa media del **buen padre de familia** para ser culpable y obligado a reparar integralmente el perjuicio, siempre que se prueben los demás elementos de la responsabilidad, claro está**. La culpa extracontractual no admite graduación.** (M.P. Ariel Salazar Ramírez) (2016) (Las subrayas y las negrillas son propias)

argumentaciones más o menos elaboradas, podría sostenerse —tal y como sucede en Francia— que el buen padre de familia no incumple sus contratos en daño a terceros y que tampoco lo hace así la persona prudente o diligente.

Con esto no se quiere significar, nótese, que esa interpretación de la culpa sea correcta o deseable; sólo se quiere hacer ver que es una interpretación posible.

Por último —en lo que a los fundamentos de la postura francesa respecta—, el hecho de que los tribunales deseen o no favorecer a las víctimas es un dato contingente del cual no depende la corrección de lo que se ha llamado en este escrito la respuesta afirmativa. Esto se dice porque, independientemente de cuál sea el deseo del juez, en la fundamentación jurídica de sus fallos no debe (necesariamente) hacer alusión a esa aspiración protectora. En otro giro: esa aspiración no es un hecho que fundamente pretensión indemnizatoria alguna ni un hecho que fundamente una excepción que pueda enervarla.

Con todo, en estados constitucionales como el colombiano, en los cuales se encuentran vigentes los principios de justicia, equidad y solidaridad, no sorprendería que los posibles deseos de protección de las víctimas hagan eco en las sentencias de los jueces. Solo como un ejemplo —pues una conclusión certera de si eso ocurre o no en Colombia ameritaría otro trabajo completo (y bien complejo)—, se trae a colación lo que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho en más de una ocasión:

> (…) la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extra-contractual (…) ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección 'no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (…) (Las subrayas son propias) (M.P. William Namén Vargas) (2011)

Pues bien, de todo cuanto se ha dicho en este capítulo es dable concluir lo siguiente: en primer lugar, que en Colombia, al igual que en Francia, tiene vigencia la regla de la oponibilidad —entendida esta como el reconocimiento del contrato como hecho jurídico cuya existencia no puede ser ignorada por terceros ni ser negada por las partes a estos—; en segundo lugar, que en Colombia, al igual que en Francia, el concepto de culpa es amplísimo y es posible encontrarlo guiado por la idea del «buen padre de familia» (o conceptos igualmente vagos); y, en tercer lugar, que el deseo de favorecer la reparación a las víctimas es una aspiración que es posible encontrar en Colombia, al igual que en Francia, pero que aquella es una razón cuya vigencia no es indispensable para fundamentar ninguna sentencia.

Con todo, no deben extremarse las conclusiones de cuanto se ha dicho ni tampoco

reducirse en su alcance: no es cierto que en Colombia, indefectiblemente, toda «culpa contractual» sea una «culpa extracontractual» —ninguna norma de derecho positivo así lo ha dispuesto—, pero tampoco lo es que a esa afirmación no pueda llegarse en ningún caso, pues, como se vio, en Colombia, las condiciones están dadas para que sea trasladable la respuesta que ha dado la jurisprudencia francesa (a la que aludí en el capítulo segundo).

Ahora bien, que esa respuesta sea trasladable —como lo parece— no quiere decir que sea correcta; sus críticas viajan con ella. A éstas —que se expusieron al final del capítulo tercero— se agregarán estas otras dos:

1) Del hecho de que el contrato sea oponible (a terceros y por terceros) no se sigue, necesariamente, que toda «culpa contractual» sea una «culpa extracontractual» respecto de terceros. La oponibilidad es condición necesaria, sí, pero no suficiente para llegar tal conclusión: si el contrato no fuera oponible, es cierto, el tercero no podría siquiera invocarlo como fundamento de su pretensión, pero del hecho de que pueda hacerlo (como lo puede) no se sigue que todo incumplimiento contractual sea, a la vez, una culpa en términos extracontractuales. Es que, como ya en una ocasión lo dijo el profesor P. Ancel[79], « admitir que la norma que dice que el contratante A estaba obligado frente al contratante B es vinculante para todos, no es equivalente a decir que el incumplimiento de esa obligación también sea una falta con respecto al tercero C.» [80]

[79] Citado en (Bourgeois, 2008), pie de página 81.
[80] Traducción libre del francés al español. El texto original es este: Admettre que la norme qui dit que le contractant A était tenu de telle obligation à l'égard du contractant B s'impose à tous n'équivaut pas à dire que la violation de cette obligation soit aussi une faute à l'égard du tiers C .

2) Sostener —como lo sostiene la respuesta afirmativa— que siempre que se presente una «culpa contractual» se presenta, necesariamente, una «culpa extracontractual» respecto de terceros es desconocer que no todos los intereses jurídicos se encuentran protegidos por el derecho. Para explicar esto, debe recordarse que el daño, como requisito indispensable para que se configure un fenómeno de responsabilidad civil, es la «lesión o afectación de un interés jurídicamente tutelado» (Santos Ballesteros, 2012, pág. 337)[81]. Así las cosas, no basta un daño cualquiera, no basta que haya culpa[82] y no basta que haya relación de causalidad; se necesita, además, que el daño causado por el comportamiento culposo transgreda un interés protegido por el ordenamiento jurídico[83]. Si aquel no lo está, entonces, no habrá responsabilidad civil.

Si así son las cosas, como parece lo son, el perjudicado por el incumplimiento contractual tiene la carga de probar —para que su pretensión prospere— que el interés que le fue lesionado (con el incumplimiento imputable) se encontraba tutelado por el ordenamiento jurídico. Y este es el punto al que se quería llegar: el interés del acreedor perjudicado se encuentra protegido por la norma contractual (es precisamente para eso que se celebra el contrato), pero el interés del tercero no necesariamente lo está. En ocasiones, sí —es lo que sucede, por ejemplo, con las obligaciones de seguridad (Viney, 2007, pág. 470)—, pero en ocasiones no[84]. Es

[81] En ese mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que «en el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado» (M.P. William Namén Vargas) (2010). Pueden verse también las siguientes sentencias de esa misma corporación: sentencia del 4 de abril de 2018, con radicado 2007-00057-01 y M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; y la sentencia del 24 de agosto de 2009, con radicado 2001-01054-01 y M.P. William Namén Vargas.
[82] Se está haciendo alusión, por supuesto, a los eventos de responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio.
[83] Cfr. (Viney, 2007, pág. 215)
[84] Sobre esto puede consultarse (De Cupis, 1975, pág. 601).

esto último lo que desconocen los partidarios de la respuesta afirmativa al sostener que «los terceros en un contrato están legitimados para invocar la ejecución defectuosa de este último cuando les ha causado daño, sin tener que aportar ninguna otra prueba.» (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. M. Lemontey) (2000)

Viene bien un ejemplo para explicar esto. Se detallará uno de los propuestos en el primer capítulo: A celebra con B un contrato a través del cual aquel (A) se obliga a no construir en un terreno —construcción que, es bueno aclararlo, de no ser por el contrato, sería completamente lícita—. C, conociendo ese contrato, le compra a D una casa vecina a ese terreno. Pasados unos días A, en forma dolosa,—esto es, con la decidida intención de incumplirle B— construye una edificación de 15 pisos de altura, cumpliendo con todos los requisitos legales —para el ejemplo, entonces, la única norma incumplida es la norma contractual—. La casa de C, por esa construcción, pierde 15% de su valor, pues tiene una vista restringida por la construcción que la hace menos atractiva que antes. Se pregunta: ¿Puede C demandar fundadamente a A —usando como fundamento su incumplimiento contractual— para que le indemnice la pérdida de valor de su inmueble? Si todo cuanto se ha dicho ha quedado claro, habría que responder así:

Los (que en este escrito se han llamado) partidarios de la respuesta afirmativa responderán que sí. Para el efecto, dirían que el contrato entre A y B es oponible; que, comoquiera que un buen padre de familia no incumple dolosamente sus contratos, A obró culposamente en los términos del artículo 2341 del Código Civil; y que, además, hay relación de causalidad

entre el daño sufrido por C y el comportamiento culposo de A.

Los (que se han llamado en este escrito) partidarios de la respuesta negativa podrían contestar, valiéndose de lo que se está intentando explicar en este momento, no que el comportamiento no es culposo —cosa que también podrían hacer—, sino que el interés de C (consistente en el no decrecimiento del valor de su inmueble por construcciones vecinas) no se encuentra protegido por ninguna norma del ordenamiento jurídico. Prueba de ello, dirían, es que, si el contrato entre A y B no existiera, la conducta de A no admitiría ningún tipo de reproche.

Esto que viene de explicarse, desde luego, no está exento de dificultades y críticas. La profesora Viney (2007) sostiene al respecto, por ejemplo, que:

> (...) esta concepción, que algunos defienden vigorosamente, parece en extremo discutible porque prácticamente es imposible de poner en obra. ¿Cómo, en efecto, determinar con alguna certidumbre los intereses que cada regla obligatoria tiene por objeto proteger? Hay allí una búsqueda para la cual el juez no dispone de ningún criterio objetivo, lo que prácticamente obliga a decidir a su arbitrio. (pág. 215)

No obstante eso, la escasez de referentes normativos claros no es razón para la supresión del argumento, sino para la selección y búsqueda en el ordenamiento jurídico de cuáles son los intereses protegidos.

V. CAPÍTULO QUINTO

Conclusiones

De todo lo arriba expuesto puede concluirse lo siguiente:

1. Que existen dos grandes y opuestas corrientes sobre el problema de si todo incumplimiento contractual imputable es, al mismo tiempo y necesariamente, respecto de terceros un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio: de un lado, se encuentran los partidarios de la llamada «relatividad aquiliana», quienes consideran que ambas «culpas» son independientes —en el sentido de que la una no implica necesariamente la otra (la respuesta negativa)—; de otro, se hallan quienes consideran que ambas «culpas» son equivalentes, en el sentido de que siempre que se presente una «culpa contractual» se presenta, necesariamente, una «culpa extracontractual» respecto de terceros (la respuesta afirmativa).

2. Que, en Colombia, ese problema no tiene una respuesta expresa en el derecho legislado.

3. Que la jurisprudencia francesa —en fallos plurales, reiterativos, pero no unánimes— ha sostenido la tesis de la respuesta positiva y ha dicho, en ese sentido, que «los terceros en un contrato están legitimados para invocar la ejecución defectuosa de este último cuando les ha causado daño, sin tener que aportar ninguna otra prueba.» (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil. M.P. M. Lemontey) (2000)

4. Que esa jurisprudencia, que hasta hace poco se encontraba bien consolidada, se soportaba en tres razones: a) la oponibilidad del contrato —entendida esta como el reconocimiento del contrato como hecho jurídico cuya existencia no puede ser ignorada por terceros ni ser negada por las partes a estos—; b) el amplísimo concepto de culpa soportado sobre la idea del «buen padre de familia»; y c) el deseo de favorecer a las víctimas.

5. Que —partiendo de la premisa de que, comoquiera que el ordenamiento francés y colombiano son afines, la respuesta francesa es trasladable al ordenamiento colombiano—las razones que cimientan la respuesta positiva en Francia son potencialmente trasladables al ordenamiento jurídico colombiano.

6. Que, como consecuencia de lo anterior, es posible (no necesario) que la respuesta afirmativa sea aplicable en Colombia.

7. Que, no obstante eso, la respuesta afirmativa tiene críticas severas, como lo son la imposibilidad de previsión contractual, el tratamiento jurídico más favorable al tercero (que no dio nada a cambio) que al contratista mismo y la desatención del interés jurídicamente tutelado como requisito indispensable de la responsabilidad civil.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia de Colombia . Sala de Casación Civil 29 de Agosto de 1947.

99-12.135 (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil 18 de Julio de 2000).

Expediente No. 5025 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 14 de Junio de 2000).

99-13589 (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil 13 de Febrero de 2001).

01-13844 (Corte de Casación de Francia: Primera Sala Civil 2004 de Mayo de 2004).

1999-00449-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 28 de Julio de 2005).

05-13.255 (Corte de Casación de Francia: Asamblea Plenaria 6 de Octubre de 2006).

3.738-2009 (Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile 25 de Enero de 2009).

17042-3103-001-2005-00103-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 28 de Junio de 2010).

11001-3103-018-1999-00533-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 17 de Noviembre de 2011).

05001-31-03-003-2005-00174-01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 24 de Agosto de 2016).

Assié, F. (6 de Octubre de 2006). *Rapport de M. Assié: Arrêt n° 541 du 6 de octobre 2006: Cour de Cassation*. Obtenido de Site Internet Cour de Cassation: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/rapport_9366.html

Bianca, M. (2011). *Derecho civil. 3. El contrato.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borghetti, J.-S. (2011). La responsabilidad de las partes con relación a los terceros en caso de incumplimiento. En J. M. Álvaro Echeverri Uruburu (dir.), *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del derecho contemporáneo* (págs. 373-389). Bogotá: Ibañez.

Borghetti, J.-S. (2012). Incumplimiento y responsabilidad frente a terceros en el Derecho francés ¿Cómo salir del punto muerto? *IUS ET VERITAS 44*, 72-94.

Bourgeois, J. (2008). *Le manquement contractuel et le tiers. Mémoire sous la direction de Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD.* . Paris: Recuperado de: https://mja-assas.fr/wp-content/uploads/Le-manquement-contractuel-et-le-tiers_Julie-BOURGEOIS_2008.pdf.

Cárdenas Villarreal, H. A. (2011). El ilícito contractual. Reflexiones preliminares a proósito de la revisión del concepto de la responsabilidad contractual. En V. autores, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Tomo I* (págs. 707-738). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Cassation, A. P. (12 de Julio de 2000). *Rapport Annuel Cour de Cassation 2000*. Obtenido de Site Internet Cour de Cassation: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/troisieme_partie_jurisprudence_cour_104/responsabilite_civile_assurances_109/responsabilite_civile_5891.html

Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

De Cupis, A. (1975). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.

Domínguez Águila, R. H. (1983). Los terceros y el contrato. *Revista de Derecho Universidad de Concepción. Revista Nro. 174*, 151-165.

Gariazzo, A. (6 de Octubre de 2006). *Avis de M. Gariazzo :Arrêt n° 541 du 6 octobre 2006: Cour de Cassation*. Obtenido de Site Internet Cour de Cassation : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arret_n_9364.html

Grimaldi, M. (2007). El contrato y los terceros. En V. autores, *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios.* (págs. 105-124). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Henríquez Herrera, I. (2012). Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos. *Revista Chilena de Derecho, vol.39 No.2.*, 513-522.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (2014). *Teoría general del derecho y del Estado.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Larroumet, C. (1999). *Teoría General del Contrato.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Larroumet, C. (2003). A propósito de la denegación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente. En V. autores, *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos: Libro homenaje a Fernando Hinestrosa: 40 años de rectoría 1963-2003* (págs. 193-209). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil.* Bogotá: Legis Editores S.A.

Lombana, A. T. (2005). *La responsabilidad civil contractual y extracontractual.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

López Santa María, J. (1998). *Los contratos. Parte General.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Martínez Rave, G. (1998). *Responsabilidad Civil Extracontractual.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Mazeaud, D. (2017). Le régime de l'action en responsabilité extracontractuelle du tiers victime : la résistance se précise. *Gazette du Palais* , 14-17.

Mosset Iturraspe, J. (1998). *Contratos. Edición actualizada.* Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2009). *Teooría General del Contrato y del Negocio Jurídico.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Pizarro Wilson, C. (2010). El efecto relativo de los contratos: partes y terceros. En V. autores, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños* (págs. 59-80). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Rico, E. M. (Septiembre de 2019). EL MODELO DE VALORACIÓN DE LA CULPA CUASIDELICTUAL COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA C. *Tesis de maestría*. Medellín, Antioquia, Colombia.

Santos Ballesteros, J. (2012). *Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Solano Vélez, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho.* Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Bogotá: Legis Editores S.A.

Vidal Olivares, Á. R. (2006). El efecto absoluto de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 6*, 51-85.

Viney, G. (2007). *Tratado de responsabilidad: Introducción a la responsabilidad* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zannoni, E. A. (2005). *El daño en la responsabilidad civil.* Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL.