

***LA APLICACIÓN TEÓRICO-LEGAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA***

**JORGE IVÁN LÓPEZ QUINTERO
CARLOS FRANCISCO AZUERO OÑATE**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2012**

***LA APLICACIÓN TEÓRICO-LEGAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD
PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA***

**JORGE IVÁN LÓPEZ QUINTERO
CARLOS FRANCISCO AZUERO OÑATE**

**Trabajo de grado presentado como requisito
para optar por el título de Abogado**

**Asesor: Dr. Fernando Gandini Ayerbe
Director del Departamento**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI**

2012

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: ACERCAMIENTO AL ESTUDIO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL PRECONTRACTUAL.....	4
1. El daño (Perjuicio).....	5
2. El nexos causal.....	6
3. La culpa/hecho generador del daño.....	7
CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	13
CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA.....	17
CAPÍTULO IV: ESTUDIO DE LOS TRATOS PRELIMINARES, LA BUENA FE Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	27
1. La fase de los tratos preliminares o tratativas.....	28
2. La buena fe y los deberes secundarios de conducta.....	31
a. Deber de información.....	33
b. Deber de consejo.....	34
c. Deber de reserva.....	35
d. Deber de protección y conservación.....	35
e. Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.....	35
CAPÍTULO V: NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA.....	27
CONCLUSIONES GENERALES DEL ESTUDIO.....	50

BIBLIOGRAFIA.....	54
1. Doctrina.....	54
2. Jurisprudencia.....	56

INTRODUCCIÓN

En la práctica contractual, bien es sabido que para el perfeccionamiento de los contratos se requiere del concurso real de dos o más voluntades de quienes participan en él. Dicha etapa del negocio suele estar precedida por dos actos jurídicos unilaterales, de cuya conjunción resulta el perfeccionamiento del negocio jurídico. Se trata de, la oferta y la aceptación, que pueden estar dirigidos a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Ahora bien, es preciso mencionar que no en todos los acuerdos de voluntades coinciden los actos de oferta y aceptación, debemos entonces, establecer aquella serie de tratos previos a la oferta, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, el presente proyecto tiene por objeto un acercamiento a la responsabilidad civil derivada de de los daños causados en la etapa precontractual, esto es, en los tratos preliminares al perfeccionamiento del contrato. Supone, por tanto, un interés por rastrear el *status quaestionis* sobre la responsabilidad civil precontractual en nuestro ordenamiento jurídico.

La ley colombiana sólo contempla la responsabilidad derivada de daños contractuales o extracontractuales. No obstante, consideramos, con base en algunas posiciones doctrinales, la posibilidad de contemplar, por la naturaleza de la responsabilidad que se compromete en el *iter-negocial*, un tercer régimen de responsabilidad, que es aquel que surge por la violación de ciertos principios en esta etapa. Como dijimos antes, el objeto de esta investigación, consiste en fijar el estado del debate sobre la existencia o no, en nuestro ordenamiento jurídico, de este tercer régimen de responsabilidad civil. Para tal efecto, partiremos de un recuento de la forma como ha sido abordado doctrinalmente este tema por algunos tratadistas colombianos como, Javier Tamayo Jaramillo y Jorge Oviedo Albán, precisando el concepto y alcance de los tratos preliminares en la contratación privada del derecho colombiano, e indicando el sentido que le han dado a la buena fe en la etapa precontractual y a los deberes secundarios de conducta que de ella se derivan. Por otro lado,

buscaremos cómo se ha abordado el tema de un tercer régimen de responsabilidad, que se derive de una etapa en la cual, no se ha perfeccionado un contrato, pero en la cual los daños resultan de un contrato que pretende formarse y, por lo tanto, no se puede enmarcar simplemente en un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, es decir, considerando la existencia de un régimen autónomo de responsabilidad pre-contractual.

En este orden de ideas, el presente tiene por objeto responder la siguiente pregunta, ¿Cuál es el estado actual del debate sobre la aplicación de un régimen de responsabilidad precontractual privada, sobre la base de los conceptos y alcance de los tratos preliminares, la culpa *in contrahendo* y los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe, en referencia al caso colombiano?

Es importante resolver el interrogante planteado, habida cuenta que en la legislación colombiana se habla únicamente de dos regímenes de responsabilidad: el contractual y el extracontractual. Sin embargo, hay situaciones particulares que son difíciles de enmarcar en uno de estos dos regímenes. Tales situaciones son las que se generan como resultado de ciertas actuaciones en las tratativas previas a un negocio jurídico. Desde este punto de vista, el trabajo aquí propuesto es de vital importancia para el derecho privado, pues pretende plantear el debate teórico sobre la existencia de un tercer régimen de responsabilidad civil, conocido como la responsabilidad precontractual, siendo este un primer paso para poder cambiar la concepción tradicional sobre la forma de concebir esta tipo de responsabilidad.

Se trata, por lo demás, de un trabajo socialmente relevante, pues puede contribuir a ampliar las herramientas jurídicas existentes a la hora de presentar un negocio. Aunque nuestro estudio sólo busca establecer el debate colombiano sobre la aplicabilidad de un tercer régimen de responsabilidad, desea también resaltar que existe la posibilidad de ampliar un ordenamiento jurídico relegado frente a la dinámica comercial del mundo actual, sentando algunas bases para dotar al mundo de los negocios, así sea teóricamente, de la posibilidad de implementar nuevos mecanismos jurídicos que la ley positiva no contempla a profundidad.

Igualmente, los posibles aportes del presente estudio pueden derivarse del hecho de que en Colombia, sobre el tema en cuestión, no existe un mayor volumen de desarrollo

bibliográfico. Los pocos trabajos con los que al respecto se cuenta, nunca han sido confrontados. Confrontarlos constituye, de hecho, uno de los propósitos de este proyecto, que busca contrastar las distintas posiciones teóricas sobre la existencia de un tercer régimen de responsabilidad y, en esta medida, fijar el debate que se ha desarrollado al respecto.

En otras palabras, el presente busca determinar la tendencia colombiana sobre la existencia de un tercer régimen de responsabilidad civil, teniendo en cuenta las posiciones de los diferentes agentes del debate, es decir, la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la legislación interna y los principios del derecho internacional privado.

Con todo, la estructura del presente trabajo de investigación estará determinada de la siguiente manera, en el primer capítulo, plantearemos los fundamentos teóricos de la responsabilidad civil, explicando cada una de los elementos axiológicos que la constituyen. Asimismo, buscaremos abordar y explicar, cada una de las etapas del *iter negocial*, para ubicar en estas los tratos preliminares, los deberes secundarios de conducta y la culpa *in contrahendo*, principios que soportan el tipo de responsabilidad que nos interesa estudiar. En el segundo capítulo estudiaremos la legislación nacional e internacional privada que ha regulado el tema de la responsabilidad precontractual. En el tercer capítulo será abordado el tema desde una óptica jurisprudencial, en el cuarto capítulo, se fundamentará doctrinalmente este régimen de responsabilidad, explicando con más detalle los conceptos de tratos preliminares y los deberes secundarios de conducta y, finalmente, en el quinto capítulo, se analizará la culpa *in contrahendo*, la regla del *venire contra factum proprium non valet* y los principios que soportan la tipología de responsabilidad que aquí pretendemos estudiar con más detalle. En el apartado de conclusiones se hará un recuento de las ideas principales abordadas a lo largo de este trabajo y se plantearán algunas consideraciones propias sobre la materia.

PRIMER CAPÍTULO

Acercamiento al estudio del régimen de responsabilidad civil precontractual

El objeto principal de este primer apartado será introducir los elementos que constituyen la piedra angular en el estudio de la responsabilidad civil precontractual, como un régimen que se ubica a mitad de camino entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, pero que en nuestro criterio podría concebirse como un régimen autónomo e independiente de los mismos.

Como primera medida debemos referirnos a los elementos axiológicos que constituyen la responsabilidad civil según la doctrina contemporánea, los cuales son esencialmente: el daño, la culpa/hecho y el nexo causal. El daño se erige como el elemento indispensable, es decir, es necesario más no suficiente para que se configure la responsabilidad civil, sea esta contractual, precontractual o extracontractual. Así pues, parafraseando al profesor Juan Carlos Henao, en todo juicio de responsabilidad civil deberá primero cuestionarse la existencia del daño, debiendo ser este personal, directo, cierto y subsistente, para de esta forma proceder con el estudio de los demás elementos axiológicos que constituyen la responsabilidad, sin que por esta razón les restemos importancia en su estudio. Posteriormente, deberá estudiarse la culpa– el hecho en tratándose de la responsabilidad civil contractual-, toda vez que en materia de responsabilidad civil contractual el elemento subjetivo culpa carece de la importancia que ostenta en los otros dos regímenes. La culpa será aquiliana en la responsabilidad civil extracontractual y corresponde a un error de conducta, o retomando la teoría penalista sobre dicho concepto, puede entenderse como una violación del deber objetivo de cuidado por imprudencia, impericia o negligencia. Finalmente, en cuanto al nexo causal, debe entenderse por este elemento axiológico la relación necesaria y suficiente entre el hecho generador del daño y el daño efectivamente probado a efectos de endilgar responsabilidad al agente generador del mismo, es decir, que el resultado sea objetivamente imputable al sujeto que se pretende endilgar responsabilidad.

Por responsabilidad civil debe entenderse aquella obligación que emerge y tiene su génesis en los daños ocasionados, que implican de suyo la obligación de reparar o resarcir a quien

los ha padecido. Dicha responsabilidad se sustenta en tres elementos, la culpa/hecho, el nexa causal y el daño.

Así las cosas, para ilustrar más específicamente el contenido de estos elementos, es preciso realizar un análisis concreto de cada uno de estos prolegómenos jurídicos, en el cual podamos estudiar su alcance en el juicio de responsabilidad, toda vez que es de cardinal importancia conocer más de cerca dichos elementos, pues es ésta la base sobre la cual se erige la responsabilidad civil, sea de tipo contractual, precontractual o extracontractual. Así pues, con fundamento en la doctrina de los profesores Juan Carlos Henao y Javier Tamayo Jaramillo describimos cada uno de estos elementos, empezando por el daño.

a. El daño (perjuicio)

Frente a este elemento, debemos entender que, como hubo de señalarse precedentemente, para que haya responsabilidad civil, es preciso que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho de la conducta culposa del agente generador del daño no genera *per se* la responsabilidad del mismo. A este respecto, el profesor Tamayo Jaramillo entiende por daño civilmente indemnizable “*el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima.*”¹ De otro lado, es menester mencionar que, según el profesor Juan Carlos Henao, se debe diferenciar entre daño propiamente dicho y perjuicio, posición que encontramos acertada. En palabras del profesor Henao el daño es el hecho o lesión del mundo exterior que se constata, por su parte, el perjuicio es el menoscabo del patrimonio de una persona en concreto que resulta del daño. Asimismo se clasifican, en perjuicios materiales, siendo estos los que hacen referencia al menoscabo patrimonial de la víctima, que a su vez se manifiestan en daño emergente y lucro cesante, y por otra parte en perjuicios inmateriales que se refieren a la parte subjetiva e interna de la víctima que se traducen en una alteración *disvaliosa* de los estados de ánimo o el *pretium doloris*. Los perjuicios inmateriales por su parte se clasifican en perjuicios morales, perjuicio fisiológico, el daño a la vida de relación, entre otros. El profesor Tamayo Jaramillo, por su parte, considera que el daño puede ser patrimonial o

¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo I. Editorial Legis. p. 247

extrapatrimonial. Los primeros los define como un menoscabo del patrimonio económico de la víctima, mientras que los segundos los entiende como una lesión de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, pero que *prima facie* no tienen valor pecuniario alguno.²

b. El nexa causal:

El nexa causal por su parte hace referencia a aquel vínculo existente entre la conducta de un sujeto y el resultado imputable a éste, es decir, a la relación causa-efecto. En palabras del profesor Héctor Patiño, “*El nexa causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.*”³ Sin embargo, no es necesario que el resultado sea atribuible solamente a una acción, habida cuenta que si una omisión genera daño a un tercero, también se debe endilgar responsabilidad. En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.⁴ La doctrina ha propuesto innumerables teorías sobre el nexa de causalidad, dentro de las cuales se destacan la de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad adecuada, la de la causa próxima, la de la causa eficiente, entre otras; no obstante la balanza se ha inclinado más por las dos primeras, razón por la cual debemos referirnos a éstas de forma sucinta. En cuanto a la primera de estas teorías, esto es, la de la equivalencia de las condiciones, es preciso mencionar que ésta se fundamenta en la verificación de múltiples condiciones necesarias en la consumación del daño, todo lo cual indica que todos aquellos fenómenos que contribuyen en la cadena causal que desemboca en la producción del daño, y sin los cuales éste no podría producirse y deben considerarse como causas equivalentes del mismo, por esta razón, “*si una o más faltas del demandado se encuentran incluidas en esa cadena causal, entonces habrá que considerar que dichas causas son causas del*

² Ibíd. p. 247

³ PATIÑO, Héctor. *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración: Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. Archivo electrónico disponible en: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp14/hectorEduardoPatino.pdf>

⁴ Ibíd. P. 58

perjuicio”⁵ De otro lado, tenemos la teoría de la causalidad adecuada, según la cual, parafraseando al profesor belga Dalcq, un hecho debe ser considerado una condición necesaria del daño, lo cual excluye por contera todas aquellas condiciones que no estén unidas al daño por una relación de causalidad adecuada.⁶ Con todo, esta teoría, que surge frente a la imposibilidad de aplicar de plano la teoría de la equivalencia de las condiciones antes referida, considera que no todas las causas que intervienen en el daño son equivalentes y, en consecuencia, deben seleccionarse aquellas que se consideren más adecuadas en la incidencia causal del mismo desde el punto de vista jurídico. No obstante, advierte el profesor Tamayo Jaramillo que *“No significa, pues, que una causa que se considere más adecuada que las otras, ipso facto excluya a las demás. (...) Todo depende de las circunstancias.”*⁷

Finalmente, sobre la importancia de este elemento integrante de la responsabilidad civil, manifiesta el profesor Tamayo Jaramillo que *“Este postulado, que no pareciera tener dificultad alguna, ésta sin embargo impregnado de problemas de tipo práctico y teórico, hasta el punto que los autores prefieren no extenderse demasiado en su análisis.”*⁸

c. La culpa/el hecho generador del daño:

Acogiendo la doctrina del profesor Tamayo Jaramillo sobre este particular, quien en su Tratado de Responsabilidad Civil considera que es impreciso hablar de culpa, es menester mencionar que existen varias instituciones de responsabilidad civil objetiva donde sólo basta la conducta omisiva del agente y poco interesa el elemento subjetivo culpa en el juicio de responsabilidad, v. gr., en la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, en la cual se presume que el comportamiento descuidado o imprudente del civilmente responsable fue la causa determinante para que éste se hubiera comportada en forma impropia. Así pues, Tamayo Jaramillo señala que *“lo que sí es esencial es el*

⁵ *Ibíd.* p. 376

⁶ Citado en *Ibíd.* p. 378

⁷ *Ibíd.* 378

⁸ *Ibíd.* p. 188.

comportamiento activo u omisivo del agente, aún en la más objetiva de las responsabilidades.”⁹

De otro lado, considera este tratadista que también es inexacto hablar de hecho, toda vez que es la conducta activa u omisiva del agente causante del daño la que constituye un hecho ilícito. Al respecto, señala que *“el hecho ilícito siempre está precedido (...), de un acto humano que está dirigido a otra finalidad distinta de la de producir efectos jurídicos.”*¹⁰ Y por tanto, concluye que la responsabilidad civil surge a la vida jurídica por un acto humano, que a pesar de no pretender crear efectos jurídicos, de hecho los crea, porque se produce un daño en forma ilícita.

Apartándose de la propuesta del profesor Tamayo Jaramillo, la culpa ha sido definida por un amplio sector de la doctrina como un error de conducta o una violación del deber objetivo de cuidado. El profesor Martínez Ravé, siguiendo la doctrina de los hermanos Mazeud, señala que el error de conducta puede darse *“en concreto”* cuando la conducta se refiere a una persona específica, analizando ciertas circunstancias externas o internas que la determinan a actuar. Según esta teoría, la culpa, entendida como un error de conducta *“en concreto”*, tiene lugar cuando se analizan todas las circunstancias externas, objetivas y las internas o subjetivas que determinan a una persona a actuar.¹¹

La culpa objetiva se establece *“en abstracto”*, esto es, se compara con otra conducta patrón, y se diferencia de la llamada culpa subjetiva, que establece *“en concreto”*, es decir, referida a las circunstancias personales y subjetivas del causante. No obstante, advierte el profesor Ravé que no debemos confundir *“...la denominada “culpa objetiva” con la responsabilidad objetiva, sin culpa, o del riesgo, que no exige el elemento subjetivo culpa como elemento axiológico de la responsabilidad civil.”*¹²

Anota este doctrinante que en nuestro ordenamiento jurídico se ha ido adoptando la teoría de la culpa objetiva, que permite comparar la conducta del causante, con la de una persona diligente, cuidadosa, descartando todas aquellas circunstancias internas del sujeto, v. gr., el

⁹ Ibíd. p. 188

¹⁰ Ibíd. p. 189

¹¹ MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá, 1998. p. 128

¹² Ibíd. p. 128

estado de ánimo, el temperamento, las capacidades intelectuales, etc..., para concentrarse sólo en las circunstancias externas y objetivas, como el tiempo, el modo y el lugar. Al respecto, señala “...aceptamos esta posición porque comprendemos que apenas si se abre paso entre nosotros la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, hacia la cual nos inclinamos y en la cual quedan eliminados todos estos problemas al no exigir la prueba de la culpa, sino del hecho, del daño y del nexo de causalidad para que nazca la obligación indemnizatoria.”¹³

Finalmente, advierte este autor que dentro del concepto de culpa civil es preciso diferenciar la culpa que origina la responsabilidad contractual, de la que genera la responsabilidad extracontractual. Igualmente es importante, desarrollar el concepto de la culpa *in contrahendo*, entendiendo ésta como aquella que se genera en el curso de las negociaciones preliminares de un contrato, cuyo estudio será desarrollado posteriormente en un capítulo especialmente pensado para ello.

Una vez hechas las anteriores precisiones, respecto de los elementos axiológicos que configuran la responsabilidad civil, es pertinente hacer una breve introducción al tema de la responsabilidad civil precontractual y su ubicación en el mundo de las obligaciones.

Para el perfeccionamiento de un contrato se requiere del concurso real de dos o más voluntades de las personas que concurren a su celebración. La etapa del perfeccionamiento del contrato normalmente está precedido dos actos jurídicos de cuya conjunción resulta el acuerdo de voluntades propiamente dicho. Se trata de, la oferta y la aceptación, que pueden estar dirigidos a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Sobre este punto, el tratadista alemán Andreas Von Tühr plantea que “*La médula del negocio jurídico es la declaración o exteriorización de voluntad de las partes interesadas, declaración que puede ser simple o doble, según se trate de negocios unilaterales o de contratos. La ley no confiere eficacia creadora y transformadora implícita en todo negocio jurídico a la voluntad de las partes reservada en su fuero interno, sino al deseo exteriorizado.*”¹⁴ Concretamente, sobre los actos jurídicos de la oferta y la aceptación, es importante mencionar que la oferta se define como una propuesta o una invitación que una o más

¹³ Ibíd. P. 130

¹⁴ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Reus, Madrid 1934. p. 114

personas formulan a otra u otras para celebrar un contrato. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1503 del C.C., la oferta debe contener todos los elementos del negocio jurídico, esto es, todos aquellos sin los cuales, éste no podría existir o degeneraría en otro negocio distinto. Asimismo, señala el profesor Ospina Fernández que la oferta puede ser expresa o tácita, según sea formulada en términos explícitos, verbales o escritos, o, en su defecto, cuando ésta “...consista en hechos cuya ejecución permita inferir la voluntad de proponer un contrato.”¹⁵ Con todo, precisa este profesor que para que se perfeccione el negocio jurídico cuyos elementos se manifiestan en la oferta, la aceptación debe ser tempestiva, pura y simple, y observarse los demás requisitos exigidos en la ley, pues si el destinatario acepta extemporáneamente o introduce a su aceptación condiciones o modificaciones, dicha aceptación constituye una nueva oferta.¹⁶

Sobre este particular, el profesor Oviedo Albán ha señalado que no en todas las ocasiones la voluntad de los contratantes puede manifestarse en un mismo tiempo y lugar, razón por la cual deben separarse dichas etapas del *iter negocial*, para lo cual se fundamenta en el comentario oficial del artículo 2.1.1. de los Principios *Unidroit*, según el cual,

“...cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo.”¹⁷

Ahora bien, como no en todos los casos coinciden la oferta y la aceptación para dar lugar al perfeccionamiento del contrato, es menester abordar el estudio de los tratos previos a dichos actos jurídicos unilaterales, entendidos como esos primeros acercamientos de los eventuales interesados para que su voluntad manifieste su intención real y efectiva de quedar vinculada mediante un contrato. Estos primeros acercamientos o diálogos preliminares anteriores al perfeccionamiento del contrato, según el criterio de Oviedo Albán, buscan permitir negociar las condiciones jurídicas y económicas del futuro contrato,

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA FERNÁNDEZ, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis. Bogotá, 2000. p. 147.

¹⁶ *Ibíd.* p.

¹⁷ OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. Revista No.115 Universitas, Bogotá, 2008. Pp. 85 – 86.

sin que ello de suyo implique la obligación de manifestar su voluntad en ese sentido, toda vez que éste considera que dichos tratos preliminares carecen de fuerza vinculante y sólo cumplen una función interpretativa del futuro contrato, en caso de llegar a perfeccionarse. Posición de la cual nos apartamos, acogiendo la doctrina del profesor argentino Jorge Mosset Iturraspe, según la cual dichos acercamientos preliminares de los contratantes tendrán mayor fuerza vinculante en la medida en que más cerca se encuentren en el *iter negocial* las partes de perfeccionar el contrato, pues se parte de la base de que, no obstante la autonomía de la voluntad que le asiste a las partes del negocio para decidir no celebrar un contrato determinado, éstas no pueden abandonar las negociaciones abruptamente y sin razón justificada, cuando la lógica indicaría que dicho contrato estaba más próximo a celebrarse, que la negociación del mismo a fracasar, todo esto en función de la buena fe que debe estar presente en todas las etapas del negocio jurídico y los deberes secundarios de conducta que se derivan de ésta y que más adelante abordaremos con más detalle.

Lo anterior estará sujeto, como ocurre con todas aquellas pretensiones declarativas, a que la parte interesada disponga de los medios probatorios suficientes para acreditar la existencia del daño ocasionado por la culpa en el curso de las negociaciones contractuales de quien las abandona sin justa causa. Al respecto, el tratadista italiano Messineo señala que la obligación que se deriva de estas negociaciones preliminares o tratativas tienen verdaderos efectos vinculantes “...cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (...) la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo,...”¹⁸

A manera de conclusión puede mencionarse que la responsabilidad por culpa *in contrahendo* es especial en cuanto a los hechos que dan lugar a la misma, pero que en esencia está configurada por los mismos elementos axiológicos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, valga decir, daño, culpa/hecho y nexo causal o, bajo un esquema diferente, daño, imputación y fundamento del deber de reparar. De igual forma, debemos entender que la etapa precontractual no se agota con los actos jurídicos unilaterales de cuya conjunción resulta el perfeccionamiento del contrato, valga decir, la

¹⁸ Citado en *ibíd.* p. 87

oferta y la aceptación, de hecho, nuestro objeto estudio está dado por aquellos primeros acercamientos de los precontrayentes, denominados tratativas o tratos preliminares, en el cual se va dando forma a la voluntad que quedará vinculada en el negocio jurídico. Así pues, la responsabilidad precontractual surge por la violación de la buena fe objetiva y los deberes secundarios que de ésta se derivan, exigibles durante la fase preparatoria del contrato.

SEGUNDO CAPÍTULO

Legislación nacional e internacional privada sobre la responsabilidad precontractual.

En este apartado nos ocuparemos de la legislación que regula el tema de la responsabilidad precontractual, tanto a nivel nacional como internacional. Siguiendo el objetivo propuesto de analizar el *status quaestionis* de los tratos preliminares y la responsabilidad derivada de los daños cometidos en la etapa precontractual, como consecuencia de la inobservancia de aquellos deberes denominados secundarios de conducta por el profesor Oviedo Albán, y que en nuestro criterio no deberían ser considerados como tal, pues es precisamente del incumplimiento de los mismos de donde se deriva la responsabilidad es esta etapa del *iter negocial*. Este estudio será abordado desde una óptica estrictamente legal, lo cual significa que sólo nos remitiremos a la legislación privada colombiana en contraste con la forma en que dichos tópicos han sido tratados en instrumentos internacionales, que regulan los contratos internacionales, v. gr., los principios *UNIDROIT* y la *Lex Mercatoria*.

Como hubimos de señalarlo en el capítulo anterior, la culpa propia de la responsabilidad precontractual es *la culpa in contrahendo*, valga decir, aquella que tiene lugar en el curso de la negociaciones contractuales, y sobre el particular el artículo 863 del Código de Comercio establece lo siguiente: “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”. De igual forma, el artículo 871 *ibídem* se establece que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo expresamente pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos...*” Dicho lo cual, este principio del derecho debe estar presente en todas las etapas del *iter negocial*, valga decir, negociación, celebración y perfeccionamiento. No obstante, nuestro Código Civil sólo parece aceptar la buena fe en la etapa de la ejecución al señalar que “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa...*” Sin embargo, el profesor Oviedo Albán considera que este código contempla de forma implícita el deber de observar la buena fe en los tratos preliminares, al reconocer que todo aquel que cause un daño está obligado a repararlo, daño que sin duda puede ocasionarse en

la etapa de los tratos preliminares con fundamento en el artículo 2341 del C.C.¹⁹ De igual forma, el artículo 768 de este estatuto define la buena fe, pero la circunscribe al tema de la posesión en los siguientes términos, “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos...*” En el artículo siguiente, consagra una presunción de este principio rector al siguiente tenor “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás casos, la mala fe deberá probarse.*” Dicho lo anterior, es preciso mencionar que la buena fe puede tener diversas interpretaciones, de hecho, algunos tratadistas consideran que éste es un concepto meramente subjetivo. Por esta razón, el profesor De la Puente y Lavalle ha entendido la buena fe en un aspecto objetivo y en otro negativo. “*En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen (...); en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto...*”²⁰ A la buena fe subjetiva aluden los artículos 768, 964 y 1603 del Código Civil. Con todo, al sentir del profesor De la Puente y Lavalle, la característica primordial de la buena fe objetiva es que esta impone ciertos deberes cuya inobservancia no está supeditada al arbitrio de las partes contratantes.

De otro lado, en cuanto a la legislación internacional que regula el tema de la responsabilidad civil precontractual, debemos remitirnos a los Principios UNIDROIT aplicables a los contratos mercantiles internacionales, que establecen reglas generales sobre dichos contratos, cuya aplicación tiene lugar cuando las partes del mismo hayan acordado que su contrato se rige por estos principios, la *lex mercatoria* o, incluso, cuando éstas no hayan escogido el derecho aplicable al contrato. Es importante mencionar, que los Principios UNIDROIT, según se lee en el preámbulo de dicho instrumento, “*...pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme*” e, incluso, “*pueden servir como modelos para los legisladores nacionales e internacionales.*” Una vez precisada la importancia de este instrumento del derecho internacional privado, es preciso centrarnos en lo que dichos principios desarrollan sobre el objeto de este apartado. Nos referimos concretamente al deber de actuar de buena fe en

¹⁹ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Op. cit.* p. 89

²⁰ Citado en OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Op. cit.* p. 90

todas las etapas del *iter negocial*, reconocido en las normas de *lex mercatoria* y en el artículo 1.7. de los principios de UNIDROIT de la siguiente manera:

“1.7. Buena fe y lealtad negocial.

- 1. Las partes deben actuar de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*
- 2. Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.”*

La buena fe y la lealtad negocial son consideradas la piedra angular de los Principios UNIDROIT, pues es sobre esta base que se crean sus disposiciones aplicables, principalmente, a los contratos mercantiles internacionales. De lo anterior podemos colegir que, aún en ausencia de una disposición específica de estos Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando la lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación, que es precisamente la etapa de la negociación en la cual ocuparemos nuestra atención en este trabajo.

Un claro ejemplo del comportamiento en contra de los principios de la buena fe y la lealtad negocial es lo que algunos sistemas jurídicos y tratadistas han considerado como abuso del derecho. Dicha figura consiste en el comportamiento malicioso que tiene lugar cuando se ejerce un derecho con el único objeto de causar un daño en la otra parte o con un propósito diverso para el cual fue otorgado, o cuando el ejercicio de este derecho es desproporcionado a la intención original del resultado esperado.

Así las cosas, este deber de *“conducirse de buena fe y con lealtad negocial en el comercio internacional”* debe ser interpretado a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional, toda vez que los modelos de prácticas comerciales, pueden variar sustancialmente entre las diferentes ramas del comercio, e incluso dentro de una misma rama dichas prácticas pueden ser observadas con diferente regularidad e intensidad, dependiendo del contexto económico dentro del cual opera una determinada empresa, o bien conforme a su desarrollo tecnológico, tamaño, entre otras.

De otro lado, es preciso resaltar el carácter imperativo del principio de la buena fe y la lealtad negocial, lo cual se manifiesta en la imposibilidad de las partes de excluir o limitar sus alcances en todas las etapas del negocio que pretenden llevar a cabo. Asimismo, resulta necesario destacar también la naturaleza binomial de este principio, que, además de

constituir una norma imperativa dentro de los Principios UNIDROIT, se erige como una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes.

A manera de conclusión, consideramos que aunque la producción normativa es indiscutiblemente mayor a nivel internacional que en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual es patente que la legislación no dedicó ninguna importancia a la etapa precontractual, pues a lo sumo se hace una mención precaria del deber de actuar de buena fe en dicha etapa, es posible destacar que por vía de interpretación se ha reconocido el principio de la buena fe y la lealtad negocial en el tráfico jurídico nacional como un estándar de conducta o comportamiento vinculante para las partes del negocio, lo cual de suyo implica que se pueda esgrimir una infracción a dicho principio a efectos de endilgar responsabilidad a cualquiera de las partes, incluso encontrándose en los primeros acercamientos o tratativas encaminados a perfeccionar un futuro contrato, cuando una de éstas ocasiona daños en su contraparte como consecuencia de su conducta desleal y de mala fe.

TERCER CAPÍTULO

Análisis jurisprudencial del régimen de responsabilidad civil precontractual en Colombia.

El presente capítulo tiene por objeto estudiar la posición de la jurisprudencia colombiana, más precisamente la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre en nuestro país de controversias civiles o comerciales, sobre la responsabilidad precontractual y la naturaleza de ésta. En este orden de ideas, nuestro objetivo principal en el presente apartado consistirá básicamente en identificar la postura de esta Corporación respecto a la naturaleza contractual, extracontractual o autónoma de la responsabilidad que surge por los daños ocasionados en las tratativas previas a la formación de un contrato, y de esta forma, identificar puntos de convergencia y de contraste con las posturas legales y doctrinarias.

Por otra parte, como un objetivo secundario del presente capítulo, pretendemos indagar cuáles han sido los fundamentos teóricos y conceptuales sobre los cuales la Corte Suprema de Justicia colombiana ha desarrollado el concepto de responsabilidad precontractual y, asimismo, ha condenado a resarcir los perjuicios que se han producido en esta etapa del *iter negocial*, además identificar la naturaleza que le ha dado la jurisprudencia a dicho daño.

Para iniciar este análisis abordaremos inicialmente el estudio de la sentencia del 5 de julio del 2011, toda vez que, además de ser la sentencia más reciente sobre el tema, decanta la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación sobre el tema. En esta medida, a partir de ésta desarrollaremos los objetivos mencionados anteriormente.

En julio 5 de 2011, la Corte Suprema resolvió recurso de casación interpuesto por Célimo Chacón y Cía. y otros contra la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero S.A y otros, el asunto de dicha sentencia, según resumen de la revista de la Corte Suprema de Justicia Julio-Septiembre de 2011 es el siguiente:

*“Solicitaron judicialmente los demandantes la **declaración de responsabilidad civil precontractual de una entidad pública bancaria** por haber desarrollado actividades para otorgar créditos a varios campesinos asociados en una Empresa Comunitaria sin cumplir a la postre con ese desembolso, falta que les impidió la*

cancelación del 30% del precio en la compraventa de varios bienes inmuebles que tenían adelantada, consecuentemente aspiraron al pago de los perjuicios representados en intereses de plazo y moratorios sobre esa suma además del cobro de la cláusula penal estipulada.

*Notificados los accionados se opusieron a las súplicas, aceptaron algunos hechos y formularon las defensas de “inexistencia de incumplimiento en el contrato de promesa de compraventa”, “inobservancia de la ley al establecer que debe ser la Caja Agraria quien deba asumir las sumas demandadas”, e “imposibilidad de la demandada de seguir cumpliendo su objeto social”; adelantado el trámite de rigor culminó la primera instancia mediante sentencia en la que se declaró probada la excepción de falta de incumplimiento del contrato, **se le declaró responsable precontractualmente** condenándole a cancelar intereses de plazo y moratorios con base en la tasa certificada por la Superintendencia Financiera, sobre la suma de \$420'000.000 millones de pesos negándose las restantes peticiones, impugnada la sentencia el Tribunal modificó la condena solo en lo relativo al pago de los réditos, ordenando su liquidación a una tasa del 6 % anual.*

Presenta la parte demandada recurso extraordinario de casación contra el proveído del sentenciador de segunda instancia soportado en cinco cargos la censura; dos de ellas aducen la nulidad de la sentencia por proferirse por un funcionario sin jurisdicción; la tercera y cuarta la violación directa de la ley sustancial y la última estima que se hizo más gravosa la situación de la parte que propuso la segunda instancia, la Sala de Casación Civil no le abre paso a los cargos denunciados.” (negrilla fuera de texto)

Para empezar nos gustaría resaltar que el sustento legal sobre el que se fundamenta la Corte Suprema de Justicia para endilgar responsabilidad por daños ocasionados en los tratos preliminares a la configuración de un contrato, este es el artículo 863 del Código de Comercio, el cual en su tenor literal reza que “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*” Al respecto, manifestó la Corte en sentencia del 2 agosto de 2001 que,

“La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada "buena fe subjetiva", (creencia o confianza), al igual que en la "objetiva", (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.

La subjetiva, in genere , propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo ("actitud de conciencia", o "estado psicológico"), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla -o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.).

(...)

De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso , amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de "duración", vr. gr. la asegurativa, puesto que sus extremos - in potentia o in concreto -, deben acatar fidedignamente, sin solución de

*continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y 1.603 del Código Civil, en lo pertinente, imperan que "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el **período precontractual** ..."; "Los contratos deberán **celebrarse y ejecutarse de buena fe** ...", y "Los **contratos deben ejecutarse de buena fe** ...". (El resaltado es ajeno a los textos originales). ”*

Alrededor de este artículo y, en especial, en cuanto a la buena fe y su relación con la etapa precontractual, se han desarrollado los conceptos, de deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe. Estos deberes secundarios, son parámetros que deben ser observados en las tratativas previas al perfeccionamiento de un contrato, por las partes, so pena de resarcir los perjuicios que surjan por su conducta. Dentro de estos deberes de conducta encontramos que la doctrina ha establecido que corresponden al deber de información, de secreto y de protección o consejo. Aunque en el siguiente capítulo estudiaremos con más detalle estos deberes, a continuación haremos una pequeña referencia al deber de información, toda vez, que lamentablemente el desarrollo jurisprudencial de estos deberes se ha limitado exclusivamente a éste.

El deber de información básicamente responde a la obligación de las partes negociantes a brindar y a recibir toda la información pertinente sobre el objeto del negocio, con el fin de que éstas tengan todas las herramientas para establecer si quieren o no contratar bajo ciertas circunstancias. Al respecto, manifestó la Corte en sentencia del 4 de abril del 2001 que “...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten”²¹

²¹ Ver también Sentencia del 13 de Diciembre del 2001 de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Manuel Ardila Velásquez.

Por otra parte, el deber de información ha tenido un fuerte desarrollo jurisprudencial vinculado a los derechos del consumidor, por lo que es importante resaltar lo expresado por la Corte en sentencia del 13 de Diciembre del 2001, en la cual se señaló lo siguiente:

“el Decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público “deberá ser veraz y suficiente”, razón por la cual se priven las leyendas y la propaganda comercial que “...no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, en consecuencia, que todo productor “... es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor”; y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto esta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados”. (negrilla fuera de texto)

De lo anterior podemos colegir que el deber de información jurisprudencialmente consiste básicamente en la obligación de las partes contratantes de brindar toda la información pertinente y que esté en su poder para poder formar la voluntad de contratar y las condiciones específicas del negocio objeto del contrato, entendiendo que frente a la omisión de dicha obligación, la parte afectada puede recurrir a la jurisdicción y pretender la indemnización de los perjuicios que pudiesen llegar a causarse a través de un proceso declarativo.

Una vez sentada la posición de la Corte Suprema de Justicia respecto este prolegómeno jurídico, queremos determinar la naturaleza del daño ocasionado en esta etapa

precontractual por la ruptura intempestiva e injustificada de las negociaciones y la violación del principio de buena fe.

Sobre este punto, es importante resaltar la trascendencia de la sentencia del 5 de julio del 2011, toda vez que ésta decanta la jurisprudencia de esta corporación respecto a la naturaleza del daño *sub-exámine*. Para ello, es menester mencionar que en aquellos eventos en los cuales se configura la responsabilidad precontractual, en la cual:

*“el daño lo constituye el llamado por la doctrina “interés negativo”, que comprende, no las consecuencias derivadas del contrato que se quería celebrar, sino el daño emergente proveniente de los gastos o erogaciones realizadas en esa “fase precontractual o de tratos preliminares” y el lucro cesante originado en los beneficios o ganancias que no se han obtenido por haberse desechado opciones ciertas de ingresos para procurar, en su lugar, la celebración del contrato que finalmente resultó frustrado.”*²²

En sentencia anterior, esta Corporación se pronunció en similar sentido, manifestando que la indemnización que se persigue en un proceso de responsabilidad precontractual,

“...tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas; la fuente del derecho al resarcimiento del que ella es objeto, no es contractual, sino que emerge, al tenor del ordenamiento positivo nacional (art. 863 del C. de Co.), del principio general de la buena fe que, como tantas veces se ha reiterado, no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas; y en fin, la comentada indemnización debe ser integral, o sea comprensiva del daño emergente y del lucro cesante provocados por la ineficacia de las negociaciones, es decir reunidos por una relación causal adecuada al hecho definido como generador de responsabilidad, entendiéndose que por el primero de aquellos conceptos –daño emergente- el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo

²² Ver sentencia del 5 de julio del 2011 de la Corte Suprema de Justicia. M.P Ruth Marina Díaz Rueda.

en cuenta, obviamente, que no se trata de lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada”²³.

La anterior posición ha sido reiterada por la Corte, señalando en su jurisprudencia que la indemnización que surge en la etapa previa a la configuración de un contrato, es de naturaleza extracontractual y, por lo tanto, esta indemnización no puede remitirse a las obligaciones contenidas en el contrato pretendido, sino en la ley civil y comercial. En esta medida, las reglas que gobiernan dicha reparación son las del artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual obliga, asimismo, a acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, siendo este el caso de intereses derivados de una suma de dinero, los cuales serían los intereses civiles del 6% anual y no los que se pretendían pactar en el contrato.²⁴

Ahora bien, es importante resaltar que así como la Corte considera como extracontractual la naturaleza del daño ocasionado en la etapa precontractual, de esta misma índole es la naturaleza de dicha responsabilidad. Aunque esta Corporación reconoce la existencia del debate doctrinal sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual, se ha inclinado por la tesis que defiende la naturaleza extracontractual de la misma. Posición que ha quedado en sentencia del 5 de julio de 2011, en la cual se menciona que,

“Doctrinariamente se ha identificado que sobre esa temática existen dos criterios: el primero alude a que las circunstancias que en la fase “precontractual o en los tratos preliminares” puedan ocasionar daño quedan subsumidos en supuestos propios de la “responsabilidad extracontractual”, en razón de no haberse formado el contrato, y el segundo refiere a que cuando aquellos actos comportan un contenido de carácter obligacional, los eventos de incumplimiento que causen perjuicios se adecuan a hipótesis de “responsabilidad contractual”.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha orientado por la primera tesis...”²⁵

²³ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Civil. de 23 de noviembre de 1989. M.P. José Alejandro Bonivento.

²⁴ Sentencia del 5 de julio del 2011; sentencia del 27 de junio de 1990; sentencia de 15 del febrero de 1991; sentencia del 16 de febrero de 1995

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de julio de 2011.

En este orden de ideas, procederemos a hacer un breve recuento de la línea que ha llevado la Corte para fijar su posición frente a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Para dicho efecto, debemos remontarnos a la sentencia del 28 de junio del año 1989, pues en ésta la Corte estableció claramente que los mecanismos jurídicos para la protección de las partes contratantes son todos aquellos que rigen el régimen de responsabilidad extracontractual, según el cual *“durante el decurso de tales actos, tratos o conversaciones las partes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo; por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella”*. Esta misma posición es reiterada al siguiente año, en sentencia de 27 de Junio de 1990.

Por otra parte, en el año 2002, advertimos que esta Corporación reafirma su postura respecto a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. Sobre este postura expresó que,

“En las oportunidades en que la Corte ha tratado el punto, ha optado por la teoría extracontractualista. Así lo expuso en la sentencia de 11 de mayo de 1970 cuando anotó: ‘Así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de las obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada. Más aún, en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir (art. 1615). Infírese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formación de la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr., la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contrahendo

en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana’.”

Posteriormente, encontramos que en el año 2006 la Corte se manifestó en el siguiente sentido: “(...) los tratos preliminares, entendidos pues como el conjunto –o plexo- de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo (reuniones, intercambio de opiniones, precisiones varias, etc.) están sujetos al milenario y justiciero principio ‘neminem laedare’, de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítima o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño”²⁶.

Toda la jurisprudencia mencionada fue recopilada en el año 2011 por la Corte para una vez más reafirmar su posición frente a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que emerge en la etapa precontractual. Esta misma posición había sido manifestada por la Corte en sentencia del 12 de agosto de 2002, con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez

La anterior situación nos conduce inequívocamente a concluir que la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, como actor del debate que pretendemos dilucidar en el presente trabajo, es, sin lugar a dudas, que la responsabilidad que surge en una etapa previa al perfeccionamiento de un contrato es de naturaleza extracontractual, por las razones que ya hubimos de señalar.

Ahora bien, es importante destacar que la posición de la Corte es de especial importancia en este estudio, toda vez que es el órgano de cierre de esta materia en nuestro sistema jurídico y en esta medida, es la institución que establece la naturaleza de la responsabilidad precontractual en nuestro país. Por otra parte, queremos resaltar la firmeza de la posición de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual pues, si bien reconoce la existencia de un debate doctrinal sobre ésta, se aparta ostensiblemente del mismo, fijando su posición por más de 40 años, lo cual claramente evidencia la dificultad de que esta posición cambie. Es importante resaltar de

²⁶ Sentencia del 19 diciembre de 2006. M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

este resultado, que para el caso concreto, la Corte ha fijado una línea jurisprudencia concreta, situación que no es común encontrar en esta Corporación si lo comparamos con el manejo jurisprudencial de la Corte Constitucional. Por último, queremos resaltar que la Corte Suprema de Justicia en ningún momento, plantea siquiera la posibilidad de introducir al ordenamiento jurídico un régimen autónomo de responsabilidad precontractual, que cuente con sus propias reglas de juego.

CUARTO CAPÍTULO

Estudio de los tratos preliminares, la buena fe y los deberes secundarios de conducta como fundamento de la responsabilidad precontractual.

El presente capítulo abordaremos el estudio de las distintas instituciones que se han originado con ocasión de la responsabilidad civil precontractual, v. gr., la culpa *in contrahendo*, la regla del *venire contra factum proprium*, los tratos preliminares y los deberes secundarios de conducta que se derivan de la buena fe. El objetivo principal de este apartado es describir cada una de estas instituciones remitiéndonos a las distintas posiciones doctrinales que sobre la materia se han fijado, incluso trayendo a colación algunas ideas de tratadistas foráneos para fundamentar nuestra posición que en el apartado de conclusiones pretendemos desarrollar. En la segunda parte de este capítulo, pretendemos fijar el debate sobre el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual, remitiéndonos a los conceptos y fundamentos jurídicos en los cuales se basa esta tipo particular de responsabilidad civil.

Como ya tuvimos la oportunidad de mencionarlo, los contratos pueden formarse de manera instantánea sin que previamente las partes intervinientes hayan agotado una etapa de discusión, en cuyo caso dicho acuerdo de voluntades surge a partir de un acto único proveniente de ellas. Sea este el caso de las operaciones de poco valor económico o que se encuentran estandarizadas, esto es, aquellas que obedecen a operaciones de consumo.

No obstante, es muy usual que el contrato esté precedido y sea el fruto de una serie de actos preparatorios que progresivamente acercan a las partes al perfeccionamiento del mismo, particularmente en aquellos negocios cuyo valor económico ostenta alguna relevancia. Al respecto, el profesor Pedro Octavio Munar Cadena señala que *“En esta hipótesis su perfeccionamiento está precedido por una etapa que les permite a los involucrados hacer estudios, deliberar, asesorarse, propiciar la intervención de terceros cuando a ellos haya lugar (autorizaciones, permisos, conceptos); en fin, es el período más o menos prolongado*

de tiempo que las partes destinan para reflexionar, discutir, establecer la conveniencia del pacto y fijar su contenido.”²⁷

En este orden de ideas, señala el profesor Munar Cadena que estos contratos de formación progresiva se perfeccionan al cabo de una serie de procesos típicos, a saber: “a) *Mediante una fase previa de tratos preliminares; b) por la exteriorización de una oferta y de su aceptación; c) la invitación a un concurso; d) la celebración de uno o más contratos preliminares; la celebración de uno o más contratos preliminares; e) mediante la adhesión a las condiciones preestablecidas por otro.*”²⁸ No obstante, sólo será objeto de estudio de este apartado la primera forma de perfeccionamiento que plante el profesora Munar Cadena, valga decir, aquella que tiene lugar luego de una fase previa de tratos preliminares o tratativas. Dicho lo cual, en la primera parte de este capítulo nos adentraremos en el estudio del concepto y alcances de los tratos preliminares y algunas posiciones doctrinales que sobre el tema se han decantado, posteriormente hablaremos de la buena fe y los deberes secundarios de conducta y, finalmente se abordará el tema de la *culpa in contrahendo* y la regla del *venire contra factum proprium* como una de las instituciones de estudio indispensable en el régimen de responsabilidad civil precontractual.

1. La fase de los tratos preliminares o tratativas:

En nuestra legislación privada, valga decir, el código civil y el comercial, no se dedicó importancia a la etapa precontractual, como ya hubo de mencionarse anteriormente, pues de forma muy precaria se consignaron algunas disposiciones fragmentarias sobre la oferta y su aceptación y en un solo artículo del estatuto comercial se establece que la buena fe debe estar presente en todas las etapas del negocio²⁹. Sobre este punto el Munar Cadena señala que

“...fueron las tesis de Ihering, Faggela Salleiles las que, posteriormente, dieron lugar a la denominada culpa in contrahendo, orientada a determinar los deberes de conducta de quienes emprendían deliberaciones encaminadas a concretar un acuerdo de voluntades y a

²⁷ MUNAR CADENA, Pedro Octavio. *Formación del Contrato*. En: Derecho de las Obligaciones. p. 377

²⁸ *Ibid.* p. 377

²⁹ Art. 863 C. Co.- *Buena fe en la etapa precontractual*. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

especificar las consecuencias que se derivan del incumplimiento de aquel y por el rompimiento caprichoso de las negociaciones.”³⁰

El concepto de tratos preliminares ha sido definido por el profesor Oviedo Albán en su texto *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, como aquellos primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada. Estos buscan permitir que las partes discutan sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad.³¹ Al respecto, tratadista argentino Jorge Mosset Iturraspe, en su obra *Responsabilidad Precontractual*, define las tratativas como aquellas exteriorizaciones de las partes, tendientes a elaborar un proyecto de contrato, pero no idóneos para concluirlo, pero que sin embargo tienen por finalidad la celebración del mismo.³² Esta etapa del *iter-negocial* es de suma importancia para efectos de endilgar responsabilidad en sede precontractual habida cuenta que no habiéndose perfeccionado el acuerdo de voluntades, sí se han generado ciertos acercamientos de las partes interesadas en su conclusión, cuya buena fe constituye la piedra angular que sirve de fundamento de la responsabilidad por los daños que aquí se originan.

Antes del perfeccionamiento del contrato, las partes discuten las condiciones del futuro acuerdo de voluntades y es precisamente a estos primeros acercamientos a los cuales la doctrina les ha denominado tratos preliminares o tratativas, que surgen en el primer momento en que los interesados entran en contacto y emprenden deliberaciones en torno a la eventual celebración del mismo, consignando propósitos en borradores, redactando actas de intención, memoriales de entendimiento, intercambiando ideas de forma verbal, escrita o con medios electrónicos y aunque que dichas acercamientos preliminares no estructuran *per se* un negocio jurídico como tal con los todos los efectos para hacer exigibles las obligaciones que recíprocamente hayan adquirido las partes en el mismo, no implica de suyo que estas tratativas no ostenten cierta relevancia y eficacia jurídica para efectos de

³⁰ MUNAR CADENA, Pedro Octavio. *Op. Cit.* p. 378

³¹ OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. En: Universitas. Bogotá (Colombia) N° 115: 83-116., enero-junio de 2008. Universidad Javeriana p. 87

³² MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Op. cit.* p. 123-124

endilgar responsabilidad por el desconocimiento de los deberes precontractuales, habida cuenta que las partes involucradas en el negocio jurídico asumen deberes concretos de lealtad, corrección y, en general, de buena fe, cuyo incumplimiento compromete su responsabilidad civil.³³

El camino al contrato definitivo está gobernado por una serie de importantes principios que configuran el fundamento del tipo de responsabilidad que aquí debe endilgarse, pues no existen normas que explícitamente establezcan algún tipo de responsabilidad por su inobservancia en sede precontractual; algunos de estos principios son, el de la libertad de negociación, el de la buena fe y el deber genérico de no lesionar a otros. En cuanto al primero de estos principios, si bien es cierto que nadie está inexorablemente obligado a contratar con una futura posible contraparte por el sólo hecho de haber iniciado tratos preliminares con ésta, pues de lo contrario las partes evitarían este tipo de negociaciones por miedo a que su voluntad se viera obligada a celebrar un contrato con alguien, cuyas condiciones tal vez no resulten ser muy acordes con los intereses que lo llevaron a iniciar dicha etapa de negociaciones, lo cual traería consecuencias negativas para el tráfico comercial en general y afectaría de igual forma la autonomía de la voluntad de los particulares.

Sin embargo, lo dicho anteriormente no puede convertirse en patente de corso para que cualquiera de las partes interesadas en la conclusión del contrato decida apartarse arbitrariamente de las negociaciones sin justa causa, traicionando de esta forma la confianza legítima que con su actuar hubiera generado en la otra. Al respecto, señala el profesor Munar Cadena que *“...todos los esfuerzos, expectativas y planes que abrigan los interlocutores no pueden frustrarse inicualemente con sustento, pues aquellos deben ajustar su conducta al principio de la buena fe.”*³⁴ En síntesis, sólo en aquellos casos en los cuales alguien abusa de la facultad que le asiste de no cerrar el negocio, esto es, cuando abandona de forma intempestiva sin que medien circunstancias que razonablemente lo justifiquen, deberá dejarse de lado el principio de la autonomía de la voluntad en materia de libertad

³³ MUNAR CADENA, Pedro Octavio. *Op. Cit.* p. 378

³⁴ *Ibid.* p. 379

contractual, para abrirle paso a la buena fe, con fundamento en la cual éste verá comprometida su responsabilidad en sede precontractual.

2. La buena fe y los deberes secundarios de conducta:

Como ya hemos reiterado a lo largo de este trabajo, la buena fe debe asumirse como un imperativo de conducta que debe estar presente en todas las etapas del *iter-negocial*, sin embargo, nos ocuparemos únicamente, como es lógico, de su aplicación en la etapa precontractual, es decir, en aquellas manifestaciones puntuales de este *standard* de conducta en los tratos previos al perfeccionamiento del contrato que resulta de la conjunción de la oferta y la aceptación contractual.

El concepto de la buena fe ha sido uno de aquellos que más complejidad ha tenido en cuento a los alcances que su definición comporta, habida cuenta que se trata de una noción que ha ido adquiriendo mayor amplitud desde que fue concebida originalmente por los romanos. Sin embargo, para el estudio que nos ocupa debemos entender que la buena fe debe concebirse genéricamente como “...*el deber de lealtad y corrección, o lo que es lo mismo: el deber de obrar de manera leal y correcta, no obstante la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en el negocio son libres de contratar o no hacerlo.*”³⁵ Al respecto, el profesor Arturo Solarte Rodríguez, citando un texto del maestro español Díez-Picazo, señala que la buena fe “...*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*”³⁶ De lo anterior puede colegirse que la buena fe contribuye a integrar el contenido precontractual, con fundamento en la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas, dándole, de esta forma, legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante todas las etapas de la negociación. Así las cosas, como ya se mencionó en el capítulo anterior, nuestro estatuto comercial reconoce en su artículo 863 de forma escueta la

³⁵ OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Op. Cit.* p. 89

³⁶ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta.* En: Derecho de las Obligaciones. Ed. Ibañez, 2008. p. 377

buena fe en la etapa precontractual, lo cual de suyo implica el deber de reparar los daños por la infracción o desconocimiento de este imperativo de conducta.

De otro lado, es importante mencionar que la buena fe puede examinarse desde dos perspectivas diferentes. La primera de éstas, el criterio subjetivo, consistente en la convicción interna con que la persona actúa en ciertas circunstancias, esto es, aquel elemento volitivo que le permite crear derechos, partiendo de la base de que dicha persona obra con el convencimiento sensato y exento de culpa de que su comportamiento no es contrario al ordenamiento jurídico. A la buena fe subjetiva hacen referencia, por ejemplo, los artículos 768, 964 y 1634, entre otros, del Código Civil. Desde otra perspectiva, el criterio objetivo, puede entenderse como una guía que conduce la conducta de las partes o un contenido positivo que impone deberes de conducta, que deben ser observados por las partes que deciden emprender negociaciones con el objeto de perfeccionar un contrato. La Corte Suprema de Justicia ha definido la buena fe en sentido objetivo como “*un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los intereses jurídicos ajenos.*”³⁷ Dicha función de la buena fe, genera deberes y prohibiciones como aquellos que impiden actuar contrario a los actos propios (regla del *venire contra factum proprium non valet*), romper abrupta e injustificadamente las negociaciones y abusar de los derechos. La buena fe en sentido objetivo sirve también como un canon hermenéutico o criterio de interpretación de los contratos y como fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto o abstracción hecha de la intención real o voluntad de las partes. Esos deberes de conducta que impone la buena fe en la etapa precontractual, han sido clasificados por la doctrina en: el deber de información, el deber de confidencialidad, de deber de corrección y lealtad, entre otros, estrechamente relacionados con el contenido normativo del principio de la buena fe.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de la buena fe y los deberes secundarios de conducta que de ésta se derivan, que serán explicados con más detalle a continuación, el

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sent. De 2 de febrero de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

profesor Oviedo Albán indica que estos constituyen una obligación en *stricto senso*, que rige el comportamiento de quienes se acercan en la etapa precontractual y como tal, constituye “...un vínculo jurídico que los ata y cuya inobservancia traerá consecuencias negativas traducidas en la indemnización de perjuicios a que habrá lugar.”³⁸ No obstante, es importante mencionar que la calificación jurídica que se le atribuye a la buena fe *in contrahendo* estará determinada por el tipo de responsabilidad que genere su incumplimiento, valga decir, de tipo contractual o extracontractual. De otro lado, el profesor Carlos Cuadro Pérez señala que el deber de buena fe *in contrahendo* puede variar en función del tipo de contrato que se pretende concluir y de la cualificación profesional de quienes participan en ellos.³⁹

Con todo, doctrinalmente se han reconocido los siguientes deberes genéricos de conducta que se desprenden de la obligación de actuar de buena fe en los tratos preliminares:

a. Deber de información:

Bajo este deber, las partes deberán advertirse recíprocamente todas aquellas situaciones y circunstancias que se consideren relevantes para la celebración del contrato. De igual forma, es importante que las partes conozcan cuáles serán las condiciones tanto de tipo objetivo como subjetivo que rodearan la celebración del acuerdo de voluntades, más aún en aquellos contratos de contenido predispuesto en el cual no existen posibilidades para una de las partes de negociar sus condiciones. Al respecto, Stiglitz señala que “...el 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.”⁴⁰ Este deber cobra mucha importancia en esta etapa del *iter-negocial*, toda vez que es en allí cuando los contratantes empiezan a recolectar los elementos de juicio suficientes para emitir libre de vicios su declaración de voluntad. Para lo cual, resulta indispensable la constante cooperación entre las partes, en un contexto de corrección y lealtad.

³⁸ OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Op. Cit.* p. 94

³⁹ CUADRADO PÉREZ, Carlos. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003. p. 46

⁴⁰ STIGLITZ, Rubén S. *Op. cit.* p. 165

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de abril de 2001 sostuvo sobre el particular que,

“...dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien es variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten.”

Ahora bien, lo anterior no implica que la existencia del deber de información sea contraria a la carga que deben asumir los contratantes en cuanto a documentarse lo suficientemente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual, señala el profesor Arturo Solarte Rodríguez, *“...habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de ‘autoinformarse’, para determinar hasta donde 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.”*⁴¹

b. Deber de consejo:

Aunque tiene varios puntos comunes con el deber de información, el deber de secreto tiene una entidad y un contenido de mayor alcance que este último, razón por la cual se ha considerado que debería originarse en una disposición legal o emanar de la voluntad de las partes cuando se decida su incorporación al esquema obligacional del respectivo contrato. Este deber se caracteriza porque quien está en la obligación de suministrarlo realiza una valoración de la información objetiva a su alcance y, con fundamento en el análisis de la misma, advierte a quien debe recibir el consejo sobre las consecuencias que tendría el hecho de tomar una decisión en uno u otro sentido. De otro lado, quien recibe el consejo tiene está en plena libertad de tomar en consideración el consejo, evaluando los aspectos favorables o desfavorables de dicha opinión, adoptando, en consecuencia, la decisión que mejor favorezca sus intereses en el negocio, por lo cual, de los efectos que se deriven de

⁴¹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *Op. cit.* En: Derecho de las Obligaciones. Ed. Ibañez, 2008. p. 142

dicha determinación no podrá endilgársele responsabilidad a la persona que haya dado el respectivo consejo, salvo que se demuestre que obró de mala fe.⁴²

c. Deber de reserva o secreto:

Este deber de reserva, secreto o confidencialidad consiste la prohibición de no suministrar información, bien sea personal o con relevancia patrimonial, que con ocasión de las tratativas se haya conocido del otro. Cuando las partes en el curso de las negociaciones preliminares, manifiestan detalles técnicos, de mercadeo, industriales, de producción, con el objeto de explorar el interés contractual de la otra parte y conocer los alcances del futuro acuerdo, el deber de secreto impone la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en que ésta fue suministrada y para fines contrarios al negocio que se pretende celebrar. De lo contrario, se estaría desconociendo manifiestamente la buena fe y lealtad negocial, como también ocurriría en el caso en que dicha información fuera utilizada en provecho propio o en perjuicio de quien la proporcionó, sin importar si el contrato pueda perfeccionarse o no.

d. Deber de protección y conservación:

Este deber consiste, según lo planteado por el profesor Cuadrado Pérez, en asumir la custodia y conservación de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas que hagan parte de la misma, protegiéndolas de los daños patrimoniales o personales que se puedan ocasionar como consecuencia de los tratos preliminares.⁴³

e. Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa:

Entre las distintas hipótesis de incorrección durante las negociaciones preliminares, de la cual se genera responsabilidad precontractual, es especialmente relevante la concerniente al rompimiento injustificado de las mismas. Sobre el particular es importante resaltar el hecho de que los sujetos involucrados en los tratos previos están dotados de un cierto margen de autonomía que les permite decidir si se vinculan o no mediante un contrato, pues esto tiene fundamento en el principio de la libertad contractual, que va de la mano con las estructuras

⁴² *Ibíd.* p. 142

⁴³ CUADRADO PÉREZ, Carlos. *Op. Cit.* p. 46

de las economías de mercado; sin embargo, no podrá confundirse esta “libertad” con la temeridad o arbitrariedad de abandonar las negociaciones sin una justa causa.

Este deber ha sido entendido como aquel de debe orientar el negocio a su realización, esto es, de entrar en las negociaciones con la intención real de celebrar un contrato, aunque en la práctica no se logre el cometido.

Al respecto, el profesor Munar Cadena señala que “...a medida que los tratos avanzan surge entre los interlocutores una explicable confianza en la seriedad y las buenas perspectivas de aquellos, de manera que no pueden abandonarla caprichosamente, es decir, sin que exista una justificación razonable.”⁴⁴ En efecto, este imperativo de conducta impone a las partes que, aún pudiendo no contratar, en ejercicio de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato cuando no es esa su real intención, siendo coherente con los puntos fijados en las negociaciones y prudente a la hora de retirarse de las mismas, lo cual de suyo implica manifestar claramente las razones de su decisión.

El profesor Italiano Cessare Massimo Bianca advierte que debe tenerse como un comportamiento doloso aquel en el que incurren las partes que inician o prosiguen las negociaciones preliminares con la intención de no celebrar el contrato. De igual forma, señala que hay culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del negocio, y avanzar en las tratativas, sin verificar la posibilidad con grado de certeza o sin existir cierta determinación en el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. Se incurre en ambos casos en responsabilidad precontractual por violación del deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.⁴⁵

Finalmente, el profesor antes mencionado, rescata otros deberes de conducta, como los de claridad, según el cual, durante las tratativas precontractuales las partes deben evitar un lenguaje equívoco, susceptible de ser malinterpretado por el otro, aprovechándose de su poco conocimiento sobre la materia y todo lo concerniente a las estipulaciones aceptadas; sigilo, que coincide, en mi criterio, con el deber de confidencialidad, que les impide a las

⁴⁴ MUNAR CADENA, Pedro Octavio. *Op. Cit.* pp. 388-389.

⁴⁵ MASSIMO BIANCA, Cessare. *Derecho Civil*, T. III, el contrato. Trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª Ed., Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2007. P. 186 y ss.

partes divulgar asuntos reservados que hayan conocido en razón de las negociaciones, máxime cuando se impone legalmente para ciertos casos el deber de secreto, como ocurre con los profesionales; finalmente, menciona el deber de realizar los actos necesarios para la validez o eficacia del contrato, que puede evidenciarse en la negligencia de las partes de ejecutar todos aquellos reputados necesarios para el perfeccionamiento del contrato, como cuando se abstienen de diligenciar las autorizaciones y licencias previas que sean del caso.⁴⁶

Con todo, a manera de conclusión de esta primera parte, debemos entender que los tratos preliminares son concebidos como los primeros acercamientos de los posibles contratantes, con el principal objetivo de conocer las condiciones objetivas y subjetivas que rodearían la eventual celebración del contrato, al igual de servir como un canon hermenéutico del acuerdo de voluntades que eventualmente llegare a perfeccionarse.

De igual forma, dichos tratos preliminares derivan su fuerza vinculante de la obligación de actuar de buena fe, la cual en sentido objetivo debe ser entendida como una guía de conducta de los futuros contratantes o un contenido positivo que impone ciertos deberes, que deben ser atendidos por las partes que deciden emprender las negociaciones encaminadas a perfeccionar un contrato y cuya inobservancia traerá consecuencias negativas que conllevan la indemnización de perjuicios en sede precontractual.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 186 y ss.

QUINTO CAPÍTULO:

Naturaleza de la responsabilidad precontractual a la luz de la doctrina.

Por tratarse de un agente de vital importancia dentro del debate sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el estudio doctrinal nos exige una mayor atención. Luego el presente capítulo pretende explicar el concepto de la *culpa in contrahendo* para posteriormente, contrastar la posición de diferentes doctrinantes y así poder determinar alguna tendencia en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad que surge en esta etapa del *iter negocial*.

Contraria a la posición jurisprudencial que fijó la naturaleza de la responsabilidad precontractual en el régimen de la responsabilidad extracontractual, el debate doctrinal no ha sido tan pacífico, pues como lo mostraremos en el presente capítulo, los autores, a pesar de justificar la responsabilidad precontractual en los mismos conceptos que le dan su fundamento, no han logrado llegar a un consenso en cuanto a las reglas jurídicas que la regulan, esto es, a qué régimen de responsabilidad pertenece.

Se observa en la doctrina, que el fundamento principal de la responsabilidad precontractual recae en el principio de la buena fe, y sus deberes secundarios, los cuales son, el deber de secreto, de información y de cuidado o de conservación. Sin embargo, además de estos conceptos que abordaremos posteriormente, se erige el de la *culpa in contrahendo* como pilar fundamental de la responsabilidad precontractual.

Si bien el concepto de *culpa in contrahendo*, aun sigue en formación, este puede entenderse como aquella interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo. Al respecto, el tratadista alemán Rudolf von Ihering, padre del concepto, manifiesta que la *culpa in contrahendo*, “consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede expuesto a la contingencia de constituirse en víctima de la negligencia del otro”⁴⁷. Sin embargo, es importante señalar que para el célebre tratadista alemán, la responsabilidad precontractual

⁴⁷ Cantarelli Leonor, Las tesinas de Belgrano; Daño al interés negativo, Universidad de Belgrano 2004, Pág. 7.

no puede surgir ante la inexistencia de una oferta previa. Ahora se debe recordar que el concepto de la *culpa in contrahendo*, del teórico alemán, fue la base para el concepto que rige hoy en día en nuestro país. Actualmente y contrario a lo que pensó Ihering, no es necesaria la intervención previa de una oferta, para poder hablar de *culpa in contrahendo*.

Como se demostró en capítulos anteriores, la legislación colombiana, específicamente el artículo 1603 y en especial el artículo 863 del C.Co., ordenan a las partes que intervienen en la celebración de un contrato, actuar según los postulados de la buena fe, independientemente de la existencia de una oferta formal o no. En este sentido, se resalta entonces que es de vital importancia, establecer en qué se entiende por una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo.

En la actualidad, es claro que en la etapa negocial, las partes no están obligadas a celebrar ningún contrato, siendo potestad de estas, decidir si continuar o no con las negociaciones. Sin embargo como lo manifiesta el profesor Monsalve Caballero,

“los intervinientes tratan, pero no contratan, hay tractatus, pero no contractus”, ahora, lo que sucede es que cuando una parte, por su forma de comportarse, ha generado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión de un negocio, lícito es que para interrumpir los tratos necesite una justa causa, cualquier excusa o pretexto n la consabida libertad contractual no han de servirle para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente acusación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos, de tal manera que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de cómo realmente son”⁴⁸

Ahora se tiene entonces, que la *culpa in contrahendo* es en la que se incurre cuando se ha generado, por medio de la conducta propia, una confianza en la contraparte contratante, y

⁴⁸ MONSALVE CABALLERO Vladimir, Disertación Hacia Una Nueva Construcción En Colombia De La Culpa In Contrahendo, 2007, Revista de derecho julio número 027, Pág 52.

sin justificación alguna, se cambia la conducta generando un daño a quien deposito su confianza en el perfeccionamiento del futuro contrato.

De lo anterior, es posible observar que la *culpa in contrahendo* guarda una estrecha relación con la doctrina de los actos propios, razón por la cual es de vital importancia hace una breve descripción del principio del *venire contra factum proprio non valet* y su regulación legal en Colombia.

El principio del respeto a los actor propios, encuentra su fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política, que reza; *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

En lo que respecta a los negocios jurídicos, encontramos en el estatuto comercial, el artículo 871 que establece: *“Los 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.”* Y por su parte, el artículo 1603 del código civil ordena: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

Si bien, en los artículos citados, no se hace referencia expresa al principio de respeto de los actos propios, estos han sido el fundamento para que jurisprudencialmente si se desarrolle. Encontramos por ejemplo la sentencia, T-295 de 1999, en la cual el magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció lo siguiente:

“La teoría del respeto del acto propio tiene origen en el brocardo venire contra pactum proprium nelli conceditur y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria. El tratadista y magistrado del Tribunal Constitucional español Luis Díez Picazo enseña que la prohibición no impone la

obligación de no hacer[,] sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios” (...)

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”

Luego encontramos que la doctrina del respeto a los actos propios establece un límite a la autonomía de la voluntad, en cuanto increpa a quien actuó de cierta manera a no cambiar su comportamiento en perjuicio de quienes confiaron en un principio de su actuación.

Ahora encontramos que doctrinariamente, se han establecido los siguientes requisitos para el empleo y aplicación de la doctrina de los actos propios.

“Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia argentina y comparada sobre que los presupuestos para la aplicación de esta doctrina son los siguientes:

- 1. Una situación jurídica preexistente.*
- 2. Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro.*
- 3. Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto. Cuando están, prima facie, reunidos los presupuestos de aplicación de la herramienta, debe analizarse si se cumplen acabadamente los requisitos para su empleo; ellos son:*

- 1. Los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho.*
- 2. La contradicción con el acto anterior debe ser palmaria.*
- 3. La voluntad inicial no debe haber estado viciada.*

4. *La voluntad plasmada en el primer acto, que luego se pretende contradecir, debe haber sido libre, pues si hubiera sido coaccionada de algún modo, no se aplicaría a este caso la doctrina del venire contra factum.*

5. *Debe darse la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas.*

6. *La juridicidad de la primera conducta.*⁴⁹

En esta medida, encontramos que además de que la doctrina de los actos propios, y la *culpa in contrahendo*, encuentran su fundamento en la buena fe, ambas teorías hacen referencia, a una prohibición de cambiar un actuar intempestivamente, en perjuicio de quien se fio del actuar primitivo. Al respecto, consideramos que la doctrina de los actos propios, es el género, y la *culpa in contrahendo*, es la aplicación de ésta, para el caso específico de las tratativas previas a la celebración de un contrato.

Ahora, en lo que refiere a la *culpa in contrahendo* y los deberes secundarios derivados de la buena fe, se erige el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad, que emerge de estos. Como se manifestó anteriormente, la jurisprudencia civil, considera que la responsabilidad que emerge del abandono, intempestivo e injustificado durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato, es de naturaleza extracontractual. Sin embargo, doctrinariamente este debate no ha sido tan pacífico.

Actualmente, encontramos que en materia de responsabilidad precontractual, se presentan tres posturas. La primera que defiende la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, y que es fuertemente defendida por la Corte Suprema de Justicia. La segunda postura defiende la naturaleza contractual y que es sostenida por autores como Vladimir Monsalve Caballero y Juan David Palacio Barrientos y por último una tercera posición que afirma el Profesor Monsalve Caballero, se conoce como “contacto social”.

La teoría del *sozialer kontakt* es definida por el profesor Cabanillas Sánchez de la siguiente manera:

⁴⁹ LOPEZ MESA, MARCELO J. *La Doctrina de los Actos Propios*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, julio-diciembre de 2009. P. 198

*“La doctrina del contacto social está enmarcadamente orientada por la relevancia de un momento factico: el paso de los individuos de una anónima convivencia con la posibilidad de lesiones ocasionales, que la norma delictual general del *neminem laedere* trataría de prevenir, a situaciones de un mas estrecho contacto entre ellos, surgiendo cuando alguien, para alcanzar determinado fin expone sus bienes a la influencia ajena, y especialmente cuando entre a en la esfera jurídica dominada por otro.”⁵⁰*

Se tiene entonces que esta teoría, fundamenta la responsabilidad precontractual en la diligencia que se debe tener frente a quien expone sus bienes y derechos con ocasión de una negociación. En esta medida se observa que dicha relación tiene sobre pasa las relaciones puramente extracontractuales e impone relaciones obligacionales aun cuando no exista contrato previo.

En palabras del profesor Monsalve:

*“La naturaleza que emana del *sozialer kontakt*, se debe a que en el momento en el que los sujetos entran en negociaciones, abandonan la esfera de las relaciones de naturaleza extracontractual, para entrar en aquellas relaciones de naturaleza exquisitamente obligacional, cuyo nivel de diligencia exigible a las partes debe ser el mismo que se tiene, o se guarda durante la fase de ejecución y cumplimiento contractual.”*

Sin embargo, encontramos que esta doctrina, si bien propone un fundamento actualmente vigente a la responsabilidad precontractual, no responde a la incógnita sobre la naturaleza de ésta, pues aunque separa la responsabilidad bajo estudio de la extracontractual y la acerca a la contractual, la deja en un limbo sin siquiera proponer un régimen autónomo.

La escuela extracontractualista, sostenida y defendida por la Corte Suprema de Justicia, sostiene que a falta de una norma concreta sobre responsabilidad precontractual, esta se regulara por norma general de responsabilidad, esta es la responsabilidad extracontractual que impone el deber de no dañar al otro (*alterum non laedere*). Esta escuela sostiene básicamente que cualquier daño que no se derive del incumplimiento de un contrato es de naturaleza extracontractual, lo cual claramente se traduce en que ante la inexistencia de un

⁵⁰ MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad Precontractual Ruptura Injustificada De Las Negociaciones*. 2010. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez. P. 331.

contrato previo en las tratativas previas, el daño que surja en esta etapa será de naturaleza extracontractual.

En palabras del profesor Monsalve:

“Los estudiosos que abordaron la problemática desde la metodología deductiva, no dudaron en establecer que la naturaleza de la culpa in contrahendo es de carácter extracontractual. Afirman, que con base en el principio que impone una norma de comportamiento que debe ser adoptado por las partes y el cual es aplicable a todas las relaciones sociales, económicas, jurídicas, y políticas que deban adoptar los hombres en su entorno o convivencia social.

Conforme a lo anterior, se halla el criterio de que los tratos preliminares no forman una obligación en sentido técnico, sino una simple relación de hecho que en ocasiones la actuación de los deberes universales impuestos a todas las personas y cuya transgresión, siendo un acto ilícito ocasiona la responsabilidad extracontractual. Como consecuencia lógica de lo anterior, la responsabilidad precontractual se presenta como una manifestación de culpa extracontractual común, pues en las negociaciones no se establece un vínculo contractual.

Para los seguidores de esta doctrina, no se puede hablar entonces de responsabilidad contractual desde que en la fase de negociaciones falta un vínculo obligatorio, con ocasión a lo anterior es frecuente encontrar afirmaciones que consagran, que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contrato y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual”⁵¹

En lo que respecta a la escuela contractualista, encontramos que ésta a encontrado gran acogida en la doctrina nacional, teniendo como grandes exponentes a los profesores, Vladimir Monsalve Caballero y a Juan David Palacio Barrientos.

⁵¹ Ibíd. Pág. 325.

La teoría contractualista, apoyada en la doctrina del “contacto social” y en el concepto de *culpa in contrahendo* de Ihering, sostiene que en las negociaciones previas a la celebración de un contrato, las partes han generado un vínculo o relación social, que les impone el deber de actuar según los postulados de la buena fe y como consecuencia abstenerse de generar daño a quien deposita sus bienes y derechos en manos de la contraparte, con el objeto de llevar a cabo una relación contractual, obligaciones que claramente tienen un aspecto contractual.

Ahora en términos del profesor Alonso Pérez, encontramos lo siguiente:

“En términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio... Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares... Lo que supone dar a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual”⁵².

Sin embargo, el citado profesor manifiesta que para que se configure una responsabilidad precontractual la simple culpa no es suficiente, siendo necesario por su parte, un *dolo in contrahendo*.

En la doctrina colombiana, se observa una fuerte tendencia a esta postura contractual, sin embargo, aparte de lo que manifiesta el profesor Pérez, se observa que la simple culpa genera responsabilidad precontractual.

El profesor Vladimir Monsalve Caballero sostiene que la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual, y fundamenta su posición argumentando que, “*es indudable que con la iniciación de las negociaciones se establece una relación de confianza que impone recíprocas obligaciones con un contenido positivo, y por tanto, es procedente asimilar la culpa in contrahendo a la imputabilidad contractual, es decir, a aquella imputabilidad a aquella culpa que se encuadra en una relación de obligación*”⁵³.

⁵² Ibíd. P. 337

⁵³ Ibíd. P. 338

La escuela contractualista, sostiene que el principio de la buena fe, que rige la ejecución de un contrato, debe ser observado tanto en la celebración de éste, como en las tratativas previas. Efectivamente, éste permea toda la relación contractual, esto es desde las negociaciones previas, hasta la terminación de la relación y en esta medida, establece unas cláusulas generales de conducta independientes al derecho positivo o al pacto expreso de las partes, pero que sin embargo son entendidas como obligaciones que rigen la relación contractual y por lo tanto tienen esta naturaleza.

“La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto, ni de fuentes de integración normativa (ley dispositiva y usos), sino del principio de la buena fe, que obliga a respetar la confianza legítima en la vincularidad de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones que completan el programa contractual”⁵⁴.

Por otra parte, el profesor Juan David Palacio Barrientos, si bien defiende la naturaleza contractual de la responsabilidad que surge en las tratativas previas, éste a diferencia del Dr. Monsalve, en su artículo “*La Responsabilidad Precontractual ¿Se Aproxima A La Responsabilidad Contractual?*”, sustenta su posición en la función económica del contrato y más específicamente en la naturaleza del daño que surge de este tipo de responsabilidad.

Como se resalto en capítulos anteriores, la jurisprudencia colombiana, a determinado, que en tratándose de responsabilidad precontractual, solo es indemnizable el interés negativo, el cual en palabras del profesor Monsalve es aquel que “*pretende reponer, en términos económicos, las cosas al estado en el que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez*”⁵⁵. Es precisamente esta posición que critica el profesor Palacio por cuanto considera que no indemnizar el interés positivo, (aquel que “*persigue rehacer la situación patrimonial en la que se hallaría el contratante*

⁵⁴ Ibíd. P. 341.

⁵⁵ Ibíd. P. 372

si el contrato se hubiera realizado y cumplido”⁵⁶) genera una carga injustificada a quien fue víctima directa de los tratos contractuales⁵⁷.

En este mismo sentido, resalta la naturaleza del daño que se genera con ocasión a la interrupción intempestiva de los tratos previos y con fundamento en esto y en el principio de reparación integral, sostiene que la responsabilidad precontractual debería regirse por los principios de la responsabilidad contractual.

El primer elemento sobre el que sostiene su tesis es la naturaleza del hecho generador del daño, pues mientras la responsabilidad civil extracontractual, es una obligación abstracta e indeterminada, en tratándose de responsabilidad precontractual, las partes adquieren la obligación, si bien de medios, determinada, de no defraudar injustificadamente a la contraparte negocial.

En este sentido, el autor sostiene que al indemnizarse solo el interés negativo, se esta vulnerando el principio de reparación integral que rige la responsabilidad extracontractual y por lo tanto propone que sea contemplada como responsabilidad contractual, pues este régimen si comprende conceptos aplicados actualmente a la *culpa incontractando*, ejemplo de esto es la graduación de la culpa y la no indemnización del daño imprevisible.

En palabras del autor:

“No obstante lo anterior, y tal como se menciono en líneas anteriores, cuando se genera un perjuicio derivado de responsabilidad precontractual, tampoco hay lugar a que se aplique el principio de la reparación integral, y no porque estemos frente a un perjuicio hipotético, sino porque se aplica la teoría de la culpa incontractando.

De allí que, la responsabilidad precontractual, aunque se dice que es de naturaleza extracontractual, realmente y pese a que no surgió un contrato- o aun en los eventos en que sí- se parece más a la responsabilidad contractual que a la nada de la responsabilidad extracontractual.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ PALACIO BARRIENTOS, Juan David. *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía Del Derecho Tomo I, La Responsabilidad Precontractual ¿Se Aproxima A La Responsabilidad Contractual?* 2011, Biblioteca Jurídica Díké, Caracas. P. 101.

Con base en esta primera conclusión, considero que se debería empezar a buscar darle un giro a la responsabilidad precontractual, de tal manera que se busque darle su verdadera dimensión y naturaleza, pues no podemos desconocer, que ésta se aproxima más a la responsabilidad contractual que a la extracontractual (...)

Como quiera que la responsabilidad civil no es nada diferente a la obligación que recae en aquella persona que le causa daño a otra de manera culposa – entendiendo culpa en sentido amplio- de indemnizar todos los perjuicios que le cause, este concepto pareciera que no se aplicara en tratándose de la responsabilidad precontractual al limitarse la obligación indemnizatoria sólo a ciertos daños que, si bien se reputan existentes, se consideran no indemnizables”⁵⁸

Por último queremos traer a colación al profesor Jorge Oviedo Albán quien plasma en su artículo *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual* el debate doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual de una manera más que acertada. Expresa el autor lo siguiente:

“En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad derivada de la mala fe en las negociaciones precontractuales, la doctrina se encuentra dividida: algunos acudiendo a uno de los clásicos criterios estructurados a efectos de diferenciar la responsabilidad contractual con la extracontractual, cual es el momento de surgimiento del contrato, expresan que mientras no haya nacido el mismo, todo daño que se cause deberá ser reparado por las vías de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual. Otros, por el contrario, piensan que el deber de actuar de buena fe en este período se puede equiparar a obligaciones específicas y, por tanto, la responsabilidad originada es contractual.”⁵⁹

En lo que concierne su naturaleza extracontractual, cita el profesor Oviedo a la Corte Suprema de Justicia, cuya posición ya ha sido ampliamente ilustrada en el presente trabajo, y en lo que respecta a la naturaleza contractual al profesor Santos Ballesteros, del cual transcribe lo siguiente:

⁵⁸ Ibídem P. 109

⁵⁹ OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Op. Cit.* P. 104

“... Por consiguiente, a la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida en la etapa preliminar es actuar abusivamente, es desconocer la finalidad de los tratos, es incurrir en la infracción de un deber secundario de conducta, es realizar un comportamiento de mala fe, incurrir en la transgresión de un deber jurídico concreto, efectuar una contravención, cuya sanción específica es la indemnización de perjuicios de llegar a ocasionarse un daño con tal comportamiento que se encuadra por consiguiente en el ámbito de la responsabilidad contractual ...”⁶⁰

A continuación, manifiesta a través de las palabras de los tratadistas Pizarro y Vallespinos que,

“...la responsabilidad contractual deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora. (...) La expresión “responsabilidad contractual” es –de tal modo– muy estrecha para representar el concepto jurídico que nos ocupa, por lo que resulta preferible hablar de responsabilidad obligacional o por incumplimiento obligacional”⁶¹

Lo anterior nos permite considerar posibilidad de un régimen autónomo de responsabilidad, sin embargo, dicha posición es descartada rápidamente por el autor en los siguientes términos:

“Finalmente, cabe señalar que una tercera posibilidad que ha venido siendo sostenida por autores de diferentes latitudes es la de calificar la responsabilidad civil precontractual, como autónoma, por oposición a la contractual y extracontractual, la que todavía no tiene mayor receptividad en la doctrina, e incluso autores como Alterini, Ameal y López Cabana, rechazan implícitamente dicha posición afirmando que la responsabilidad precontractual no tiene características ontológicas propias.”

Con todo, se observa que el debate doctrinal acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual ha sido muy álgido, y si bien jurisprudencialmente, no se discute su naturaleza extracontractual, en el marco doctrinal, se observa una tendencia a considerar la

⁶⁰ Ibíd. P. 107.

⁶¹ Ibíd. P. 108

responsabilidad precontractual como contractual. De igual forma, se resalta que la posibilidad de considerar un régimen autónomo es aún muy lejana.

CONCLUSIONES GENERALES DEL ESTUDIO

Como se ha observado a lo largo del presente trabajo de investigación, el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual en Colombia no ha sido pacífico, sin embargo, por la naturaleza de los agentes de dicho debate, este se encuentra afinado en la postura que sostiene que la responsabilidad precontractual debe estudiarse como la infracción de la obligación genérica de la responsabilidad extracontractual.

Debemos entender que la responsabilidad por culpa *in contrahendo* es aquella que surge por el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta exigibles durante la etapa preparatoria, según el parámetro determinado por la buena fe en sentido objetivo, la cual debe ser entendida como una guía de conducta de los futuros contratantes que debe ser atendida en todo momento, so pena de incurrir en responsabilidad precontractual por incumplimiento de dichos deberes.

Ahora bien, en cuanto a los tratos preliminares debemos entender que éstos surgen cuando los precontrayentes entran en contacto y emprenden conversaciones en torno a la eventual celebración de un contrato, en la cual se intercambian ideas de forma verbal, establecen propósitos, se realizan sugerencias, actas de intención o memoriales de entendimiento, entre otras actividades, que no estructuran por sí mismo un negocio jurídico en estricto sentido. Es por esta razón, que las tratativas pueden definirse como los primeros acercamientos de los posibles contratantes en los cuales se fijan las condiciones objetivas y subjetivas que rodearán la eventual celebración del contrato, que fungen, asimismo, como un estándar hermenéutico de la voluntad de las partes una vez perfeccionado el contrato.

La responsabilidad precontractual encuentra su fundamento normativo en el artículo 863 del Código de Comercio, sin embargo, a falta de norma expresa sobre la naturaleza, este tema se ha decantado a partir de diferentes interpretaciones de tipo doctrinal y jurisprudencial.

La primera, y quizá más común de las interpretaciones, le otorga la naturaleza de responsabilidad extracontractual, pues en las tratativas previas no se ha perfeccionado un contrato del cual se deriven obligaciones. Esta posición ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, quien contundentemente cerró la posibilidad de considerar la responsabilidad precontractual, como de naturaleza contractual, luego se observa claramente una “línea jurisprudencial” que sostiene que la responsabilidad precontractual solo se repara bajo el régimen de responsabilidad extracontractual, y asimismo solo es resarcible el interés negativo.

Lo anterior tiene como consecuencia, que el debate bajo estudio, por el momento solo tenga una aplicación teórica, pues quien procure actualmente iniciar un proceso por una responsabilidad derivada de las tratativas previas a la celebración de un contrato, deberá inevitablemente encaminar sus pretensiones a través de la acción de responsabilidad precontractual.

Ahora, se recuerda que dichas posturas jurisprudenciales en la mayoría de las veces responden al criterio del magistrado o magistrados de turno, por lo tanto, estas líneas o posturas al cabo del tiempo pueden cambiar súbitamente, lo cual, para el caso concreto da lugar a contemplar la posibilidad de que dicha postura cambie, *máxime*, cuando se observa que doctrinariamente la tendencia es hacia la responsabilidad contractual.

En efecto, autores como el profesor Vladimir Monsalve Caballero y Juan David Palacio Barrientos, sostienen que la responsabilidad precontractual por sus características no puede simplemente repararse bajo el sistema general de la responsabilidad extracontractual, pues a *grosso modo* y, como ya se explicó en capítulos anteriores, entre los futuros contratantes se establece una relación jurídica que acarrea el nacimiento de ciertas expectativas así como obligaciones y derechos, luego la relación jurídica que se desarrolla en torno a estos difiere ostensiblemente de quien genera un simple daño extracontractual.

En este sentido, se debe concluir que si bien en la práctica, la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual, y dicha posición es bastante consistente, se va abriendo paso una segunda postura que propende por contemplar ésta como de

naturaleza contractual, sin embargo, por tratarse de posturas puramente teóricas o doctrinarias, estas carecen de fuerza práctica.

Por otra parte, es importante resaltar que el debate que se reseña en el presente trabajo, acarrea importantes consecuencias prácticas, pues la posición del juez al momento de elegir sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, repercute en la carga probatoria del proceso, en los plazos de prescripción y como se ha manifestado antes, en el mismo daño indemnizable, entre otros.

Al respecto es conveniente traer a colación al profesor Monsalve Caballero, quien manifiesta:

*“El tratar de establecer la naturaleza de la responsabilidad precontractual, tiene unas implicaciones y unos efectos que se detallan por las notables diferencias de las dos formas de responsabilidad, la obligacional y la aquiliana. Así, se pueden encontrar tan diversas diferencias, que pueden ir desde inversión de la carga probatoria y plazos de prescripción, hasta el interés resarcible (...)”*⁶²

En lo que concierne a la carga de la prueba, se recuerda que en tratándose de la responsabilidad aquiliana, se debe probar la culpa así como el perjuicio producido, mientras que en la responsabilidad contractual basta con probar el incumplimiento. Por otra parte, y quizá más importante, en la responsabilidad extracontractual, la regla general es la reparación integral, luego en tratándose de responsabilidad precontractual bajo este régimen, no podría solamente indemnizarse el interés negativo de probarse otro tipo de perjuicios. Sin embargo, se observa que actualmente solo se indemniza el interés negativo, lo cual nos remite inevitablemente a una indemnización propia del régimen de la responsabilidad contractual.⁶³

Por otra parte, es importante señalar que tras el estudio de la responsabilidad precontractual, y el debate sobre su naturaleza, observamos una dinámica bastante particular. La responsabilidad civil extracontractual, encuentra su fundamento en el lleno de los requisitos axiológicos de ésta, los cuales son, la culpa, el daño y el nexo causal. Por su

⁶² MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Op. Cit.* P. 357

⁶³ *Ibid.* P. 359

parte, la responsabilidad contractual, se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones adquiridas mediante el contrato, sin embargo, consideramos, de manera muy personal que la responsabilidad precontractual, encuentra su génesis en situaciones muy diferentes a las de los demás regímenes.

Tras observar los fundamentos de la responsabilidad precontractual, encontramos que ésta responde única y exclusivamente al cumplimiento de los deberes secundarios derivados de la buena fe en sentido objetivo, luego, es el incumplimiento de uno de estos deberes el que da lugar a la indemnización de los perjuicios que pudiesen generarse. Lo anterior se traduce en que si bien la idea de un régimen autónomo de responsabilidad precontractual es aún lejana, en la práctica, este régimen de responsabilidad por culpa *in contrahendo* tiene sus propias reglas de juego que lo diferencian del régimen de responsabilidad contractual o extracontractual. No obstante, consideramos que en una futura investigación podría buscarse la verdadera dimensión y naturaleza de la responsabilidad por los daños ocasionados en sede precontractual, con el objeto de argumentar la necesidad de crear un régimen autónomo con reglas sustanciales y procesales adecuadas para su reclamación.

BIBLIOGRAFÍA

a. Doctrina

CANTARELLI, Leonor, Las tesinas de Belgrano; Daño al interés negativo, Universidad de Belgrano, 2004.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. Reseña de “*Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*” de Marcelo Barrientos Zamorano. Revista Chilena de Derecho, vol. 36, núm. 2, 2009.

CUADRADO PÉREZ, Carlos. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Parte General. Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

LOPEZ MESA. MARCELO J. La Doctrina de los Actos Propios. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 189-222, julio-diciembre de 2009

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá, 1998.

BIANCA, Cessare Massimo. *Derecho Civil*, T. III, el contrato. Trad. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, 2ª Ed., Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2007.

MEDINA-ALCOZ, María. *La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual*. En: Contratos, T.3 de la Colección: “Derecho Privado y Globalización.” Ed. Ibañez, Bogotá, 2008.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrehendo*. En: Revista de Derecho N° 27 , Universidad del Norte, Barranquilla, 2007.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *Responsabilidad Precontractual Ruptura Injustificada De Las Negociaciones*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibañez. 2010.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad Precontractual*. Ed. Runbinzal-Culzoni, 2006.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA FERNÁNDEZ, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis. Bogotá, 2000.

OVIEDO-ALBÁN, Jorge. *Derecho privado y globalización: Contratos*. Ed. Ibañez, 2008

OVIEDO-ALBÁN, Jorge, *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*, Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 115: 83-116, enero-junio de 2008.

PALACIO BARRIENTOS, Juan David. *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía Del Derecho Tomo I, La Responsabilidad Precontractual ¿Se Aproxima A La Responsabilidad Contractual?* Biblioteca Jurídica Diké, Caracas, 2011.

PATIÑO, Héctor. *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración: Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. Archivo electrónico disponible en: [http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerecho Privado/](http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/)

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. En: Contratos, T.3 de la Colección: “Derecho Privado y Globalización.” Ed. Ibañez, Bogotá, 2008.

STIGLITZ, STIGLITZ. *Responsabilidad precontractual*. Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1962.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, T. 1, Ed. Legis, Bogotá, 2007.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Ed. Reus, Madrid 1934. p. 114

b. Jurisprudencia

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. De 23 de noviembre de 1989, M.P. José Alejandro Bonivento.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. del 28 de junio del año 1989, Rafael Romero Mesa.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. de 15 del febrero de 1991, M.P Pedro Lafont Pianetta.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. del 27 de junio de 1990, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

C. S. J, Sent. del 16 de febrero de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

C. S. J. Sala de Casación Civil, Sent. del 2 agosto de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. del 4 de abril del 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

C. S. J, Sent. del 13 de Diciembre del 2001, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

C. S. J, Sala De Casación Civil, Sent. del 12 de agosto de 2002, M.P José Fernando Ramírez Gómez.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. del 19 diciembre de 2006, M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

C. S. J, Sala de Casación Civil, Sent. del 5 de julio del 2011, M.P Ruth Marina Díaz Rueda.

C. S.J. Sala de Casación Civil, Sent. Del 2 de febrero de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

C. C, Sent. T-0295 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.