

TRATOS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL*

*Jorge Oviedo - Albán***

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda, desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, el concepto y alcance de los tratos preliminares en la contratación privada en el derecho colombiano, indicando el sentido que se les da a la buena fe en la etapa precontractual y a los deberes de conducta que de ella se derivan. Igualmente, se analiza la forma como se trata el tema en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. Posteriormente, se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad por violación del deber de buena fe, mostrando los argumentos de las teorías contractualistas y extracontractualistas, al igual que los daños indemnizables.

Palabras clave: tratos preliminares, contratos, responsabilidad civil.

Fecha de recepción: marzo 10 del 2008
Fecha de aceptación: marzo 30 del 2008

* Este trabajo corresponde a la conferencia presentada el día 22 de abril del 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA; la Universidad EAFIT y la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Igualmente, se basa en el capítulo primero de: JORGE OVIEDO ALBÁN, “La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación”, Temis, Bogotá D.C., 2008 y se enmarca dentro de la línea de investigación “Derecho Mercantil Internacional” del grupo de investigación en derecho privado Universidad de La Sabana, categoría “A” en Colciencias.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes (Chile). Jefe del Área de Derecho Privado y de la Emresa en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y Director del Grupo de Investigación en Derecho Privado, categoría “A” en Colciencias, de la Universidad de la Sabana. Contacto: oviedoalban@yahoo.com

PRELIMINARY DEALINGS AND PRE-CONTRACTUAL LIABILITY

ABSTRACT

In the present work, from a legal, scientific and jurisprudential perspective, the concept and scope of preliminary dealings are studied under Colombian law private contracts, by indicating the sense given to good faith in the pre-contractual stage and to the duties of behavior derived there from. As well, the United Nations on the International Sale of Goods and Unidroit Principles are analyzed for domestic and international contracts. Subsequently, the juridical nature of liability arising from breaching of the duty of good faith is analyzed, showing the arguments of contractual theories and torts theories, as well as harm subject to payment of damages.

Key words: preliminary dealings, contracts, civil liability.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el *status quaestionis* a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial de los tratos preliminares y la responsabilidad derivada de los daños cometidos en la etapa precontractual, como consecuencia de la violación de la buena fe y los denominados deberes secundarios de conducta, en el derecho privado colombiano en paralelo con la forma como dichos temas son tratados en los instrumentos que conforman el Derecho Mercantil Internacional, reguladores de los contratos internacionales. El método comparativo de trabajo y el planteamiento conceptual, descripción y análisis de los temas tratados ha llevado a la necesidad de hacer referencias a legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras, con el fin de ilustrar las tendencias que se viven en diferentes latitudes, para de esta manera lograr una visión general del tema expuesto.

La regulación y explicación lógica de las diferentes etapas que pueden observarse en la formación de un contrato, es un tema de interés dentro del derecho privado contemporáneo, no solo por las dificultades de orden práctico, sino precisamente por las diferencias que existen entre las diferentes legislaciones sobre algunos de los *ítems* que comprenden cada una de las etapas.

Los contratos requieren para su perfeccionamiento el cruce de voluntades de quienes participan en él. Dicho momento suele estar precedido de dos pasos

previos, que son la oferta y aceptación¹, que pueden entenderse de manera general como manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas a producir el efecto de formar un convenio, que puede estar dirigido a su vez a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas².

En ocasiones los contratos se forman sin que las partes contratantes concurren en un mismo tiempo y lugar a su celebración, caso en el cual se pueden separar las diferentes etapas que serán analizadas; pero en otras, también frecuentes, no es posible establecer en qué momento se gestó cada una. Es de indicar por esto que en algunos casos no se sigue el proceso de “formación sucesiva”, o no se puede identificar de manera clara la presencia de las etapas señaladas. Ello no obsta, como se indica en la doctrina en materia de compraventa internacional, para considerar que dicho proceso quede regido por las normas relativas al proceso de formación del contrato³. Por esto, ha de interpretarse de una forma amplia el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, que dispone: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

En la doctrina se apela al artículo 18, numerales 1º y 3º de la Convención, de los cuales se puede deducir que la aceptación no necesariamente debe ser una manifestación formal de voluntad, al disponer que toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación y que si conforme a los usos o prácticas establecidas entre las partes pudiera inferirse que el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto que permita deducirlo⁴, como por ejemplo, para citar los casos consagrados en la norma,

1 En este sentido el artículo 1262 del Código Civil español: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. Valga anotar que la ley española de 11 de julio del 2002, sobre servicios de la sociedad de la información, ha modificado los artículos 1262 del Código Civil español y 54 del Código de Comercio de dicho país. La redacción del inciso primero del artículo actual coincide con la anterior.

2 “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, (...)”. VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán por W. ROCES, t. 1, Editorial Reus, Madrid, 1934, pág. 114.

3 Este tema ha sido analizado por un destacado sector de la doctrina internacional a propósito de la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, conforme con la regulación contenida en la Convención de Viena de 1980. PERALES VISCASILLAS, PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 118 a 124. FOLSOM, RALPH; GORDON, MICHAEL WALLACE; SPANOGLE, JOHN A., *International business transactions*, 2nd edition, West Group, St. Paul, Minn, 2001, págs. 28 y 29. SCHLECHTRIEM, PETER, *Uniform sales law, The UN – Convention on contracts for the international sales of goods*, Manz, Vienna, 1986. Igualmente en CISG PACE Database, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

4 La jurisprudencia relativa a la compraventa internacional ha acudido a las prácticas anteriores entre las partes para integrar los elementos del contrato. Así en el caso Caso Adamfi Video Production GmbH v.

mediante la expedición de las mercaderías, o el pago del precio. Igualmente, se acude a los criterios contenidos en el artículo 8º, para interpretar las declaraciones y otros actos de las partes conforme a su intención, al criterio de razonabilidad y circunstancias pertinentes del caso.

Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales no dejan duda sobre el particular; en el artículo 2.1.1 expresamente se declara que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo⁵. En el comentario oficial a dicho artículo se afirma que la conducta de las partes basta para demostrar el acuerdo:

“En la práctica de la contratación mercantil, especialmente 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. Conforme con este artículo, un contrato se podría considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento, siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo. Con el fin de determinar si existen suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 4.1 y siguientes”⁶.

El esquema de análisis seguido en este trabajo tiene en cuenta los momentos identificados, además el orden en que se encuentran regulados en tanto en el Código de Comercio colombiano, como en la Convención de Viena de 1980, y los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales⁷.

Alkotók Studiósza Kiszövertkezet fallado por el Tribunal Municipal de Budapest (Hungria) de 24 de marzo de 1992, (Clout n° 52), aplicando el artículo 9º (1) de la Convención. El demandante reclamó el pago del precio e intereses por las mercancías vendidas. El demandado negó la existencia del contrato y la entrega. El tribunal dedujo la entrega de las mercaderías por medio de documentación aportada por la aduana húngara y la empresa de transporte. El tribunal, conforme a un contrato anterior celebrado entre las partes, determinó el precio y demás elementos del contrato, obligando al demandado a pagar.

- 5 CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Configuración básica del contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, ALFONSO LUIS CALVO - CARAVACA; JAVIER CARRASCOSA - GONZÁLEZ (Directores), Colex, Madrid, 2003, pág. 115.
- 6 UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004, 2ª edición en español editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, Roma, 2007, págs. 35 y 36.
- 7 Además, valga la pena resaltar la consideración de CALAMARI y PERILLO que el citado esquema oferta-aceptación constituye una valiosa herramienta de análisis. CALAMARI, JOHN; PERILLO, JOSEPH, *The law of contracts*, 4th edition, Hornbook series, West publishing Co., St. Paul, Minn., 1998, pág. 25. Incluso puede agregarse, es un esquema importante a la hora de entender y analizar algunos problemas, entre ellos la batalla de formularios y otros, como bien indica PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato*, ... cit., pág. 123.

1. Concepto y alcance

Lo mencionado anteriormente no implica que en todos los acuerdos de voluntades coincidan los actos de oferta y aceptación. Aun desde antes de la oferta suelen presentarse una serie de tratos previos, 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 obligada⁸. Estos buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorios⁹. Igualmente, se les atribuye una función interpretativa del contrato, en caso de llegar este a perfeccionarse.

No obstante no ser obligatorios, en el sentido de que de la negociación previa no debe resultar necesariamente un contrato perfeccionado, en el sistema europeo continental se ha asumido que en los tratos preliminares las partes están obligadas a actuar de buena fe, aun cuando no se llegue a celebrar el contrato y en el caso de causar daños al inobservar este deber, se reconoce la obligación de indemnizar perjuicios. Tal como precisa MESSINEO, "...las negociaciones *obligan en otro sentido*: esto es, que, 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 (*culpa in contrahendo*, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo, ...”¹⁰.

Igualmente, en el sistema europeo continental se concibe que la importancia de los tratos preliminares radica en el grado de responsabilidad que se puede imputar al sujeto que viola tal obligación que se predica del que comete un daño por la frustración del negocio sobre el que las partes se intentaban acercar, y por servir para la interpretación del acuerdo que se perfecciona, no solo para determinar la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del acuerdo negocial, sino también en caso de que surja entre ellos un conflicto posterior a la

8 STIGLITZ; STIGLITZ los conciben como aquellos "... diálogos preliminares que, en el *iter* negocial, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato". STIGLITZ; STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 34. Igualmente anotan los autores que "Su contenido varía según la función económico-social del contrato, que tal vez se celebre. Si presenta un relevante interés económico para las partes, es más probable que las negociaciones se extiendan en el tiempo y sean intensas. Si no es así, como por ejemplo, la prestación de servicios profesionales, generalmente suelen ser breves y, en ocasiones, innecesarias". STIGLITZ; STIGLITZ, *ob. cit.*, pág. 15.

9 SCONAGMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, Bogotá, 1991, pág. 119.

10 MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, T. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

perfección¹¹. Así, los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes, frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar.

De esta forma lo ha reconocido la Convención sobre compraventa internacional, cuyo artículo 8. 3 expresa que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, además de las prácticas establecidas entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior. En igual sentido los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, en los cuales expresamente se reconoce el valor interpretativo de las negociaciones entre las partes (art. 4.3), además de una función integradora del contrato, al establecer el artículo 4.8 que la buena fe y la lealtad negocial servirán para integrar el término más apropiado a las circunstancias.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esta función interpretativa de los tratos preliminares, en los siguientes términos:

“...es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito”¹².

A manera de recapitulación, se puede señalar que en el período precontractual se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse. Como se verá, no obstante reconocerse que independientemente de estar caracterizada dicha fase por su no obligatoriedad, las partes deben proceder de acuerdo con el principio de buena fe, y también podrá tenerse en cuenta para interpretar el eventual negocio celebrado. En los acápites siguientes se profundiza en el concepto *buena fe* en la etapa prenegocial, su alcance y los deberes secundarios de conducta, además de la responsabilidad derivada de su inobservancia.

11 STIGLIZ, STIGLITZ, ob. cit., pág. 17. MIRANDA - SERRANO, LUIS MARÍA, *Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general*, en: Miranda Serrano, Luis María; VELA TORRES, PEDRO JOSÉ; PRIÉS PICARDO, ADOLFO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales*. Protección de los consumidores, T. 30 Tratado de Derecho Mercantil, Directores: Manuel Olivencia; Carlos Fernández Novoa; Rafael Jiménez Parga; Coordinador: Guillermo Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 75.

12 Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 12 del 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm., 6151, M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

2. Deber de actuar de buena fe

2.1. Concepto y naturaleza jurídica

En la etapa de tratos preliminares, en la tradición europea continental se asume como un imperativo de conducta el adecuarse a los parámetros fijados por la buena fe, la cual se entiende de forma general como el deber de lealtad y corrección¹³, o lo que es lo mismo: el deber de obrar de manera leal y correcta¹⁴, no obstante la libertad contractual por la cual las partes que incursionan en negociaciones son libres de contratar o no hacerlo.

Siguiendo esta tradición, en el derecho privado colombiano se reconoce de manera explícita tal principio que rige en las etapas de negociación, celebración y ejecución del contrato. El Código Civil en el artículo 1603 pareciera que solo lo acepta en la etapa de ejecución al decir que “los contratos deben ejecutarse de buena fe ...”. Sin embargo, puede afirmarse que en dicho estatuto también se incluye el deber de observar la buena fe en los tratos preliminares, así no sea explícitamente, al reconocer el código que todo el que cause un daño estará obligado a repararlo, cuestión que sin duda puede suscitarse en dicha etapa del *iter* contractual¹⁵.

El Código de Comercio colombiano es un poco más explícito al imponer la obligación de actuar de buena fe en el período tratos preliminares de la siguiente manera:

Artículo 863. “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “...el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, (...) descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de varios deberes

13 FERRI, LUIGI, *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*, traducción de NÉLVAR CARRETEROS TORRES, Presentación, notas y edición al cuidado de RÓMULO MORALES HERVIAS y LEISSER L. LEÓN, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 32. BIANCA, C. MASSIMO, *Diritto Civile. 3, Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2000, pag. 162.

14 Como indica Barros, de la teoría de la culpa in contrahendo, desarrollada por Ihering –tema al que se hará referencia en las líneas siguientes– han surgido los deberes recíprocos que surgen para las partes incursas en negociaciones preliminares. BARROS - BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 1001.

15 Cfr. Artículo 2341 del Código Civil. En este código se encuentra una definición de buena fe, aunque circunscrita al tema de la posesión. Artículo 768: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”. Igualmente se incluye una presunción de buena fe, en los siguientes términos: “Artículo 769. La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”.

(seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar”¹⁶.

La buena fe ha sido entendida en un aspecto objetivo y en uno subjetivo¹⁷. De acuerdo con el primero, es una guía que conduce la conducta de las partes, con un contenido positivo que les impone deberes de conducta, o como se indicó, implica un deber de obrar leal y correctamente.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE destaca las siguientes características otorgadas por la doctrina a la buena fe objetiva:

“a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.

c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

f) El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en que actúa el sujeto”¹⁸.

La característica esencial que destaca DE LA PUENTE Y LAVALLE a la buena fe objetiva es que impone deberes, citando al efecto el artículo 1272 del Código Civil peruano, cuyos términos son similares al artículo 2320 del Código Civil colombiano, según el cual:

“El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, es solo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente”.

16 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 21 de marzo de 1998, M.P. Rafael Romero Sierra, expediente nº 4962.

17 LARROZA, RICARDO OSVALDO, “La buena fe contractual”, en: *Contratos, teoría general*, t. II, RUBÉN S. STIGLITZ (Director), Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 251 y 254. DE LA PUENTE Y LAVALLE, anota: “... En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama “buena fe creencia”; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine “buena fe-lealtad.” (cursivas fuera de texto). DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en: *Contratación contemporánea, Teoría general y principios*, ATILIO ALTERINI; JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS; CARLOS ALBERTO SOTO, (Directores), Palestra, Lima – Perú, Temis, Bogotá, D.C., 2000, pág. 276.

18 DE LA PUENTE Y LAVALLE, ob. cit., pág. 277.

De acuerdo con esta posición, LUIS DíEZ-PICAZO, comentando una sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1970, afirma: “La buena fe es un criterio objetivo, ... que en materia contractual estricta no solo funciona como un canon hermenéutico, – ... – sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes. En el artículo 1258 del Código Civil la buena fe está situada en el mismo plano y equiparada a la ley y a los usos normativos, como normas dispositivas o supletorias del negocio jurídico. Y nadie podrá decir que la ley y los usos normativos solo integran el contenido de los contratos cuando hay una voluntad de algún modo expresada de las partes que permite reconducirse a ellos”¹⁹.

Debe indicarse igualmente, que en el derecho anglosajón el deber de buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocido como en el derecho continental²⁰, no obstante que se observa un avance, por lo menos en el caso norteamericano, donde el Código de Comercio Uniforme ha señalado en el § 1-203 que se impone a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento. Lo cierto es que las cortes en los Estados Unidos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual²¹ afirmando a su vez que el deber de buena fe o *fair dealing* no se extiende a las negociaciones preliminares²². Aunque como señala FARNSWORTH, se observa una tendencia en la jurisprudencia en los últimos años a reconocer responsabilidades precontractuales, concretamente en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, *misrepresentation*, o representaciones o declaraciones falsas o erróneas, promesas específicas hechas en las mismas y un acuerdo para negociar de buena fe²³.

Ahora, y en cuanto al deber de actuar de buena fe en todas las etapas del contrato, está reconocido en los principios y normas de la *lex mercatoria*. Así se expresa en los principios de UNIDROIT:

“Artículo 1.7.

Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional²⁴.

Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”.

19 DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. 1, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 388. Sentencia de 17 de junio de 1979. Sánchez Ruizpérez y Gráficas Cervantes S.A. c. Sánchez Ruizpérez.

20 KOZOLCHYK, BORIS, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 345.

21 FARNSWORTH, E. ALLAN, *Contracts*, 3rd edition, Aspen Law & Business, New York, 1999, págs. 194 a 195.

22 FARNSWORTH, ob. cit., pág. 195.

23 FARNSWORTH, ob. cit., págs. 197 a 198.

24 Por su parte el artículo 7º de la Convención: “1. En la interpretación de la presente convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

Tal como lo señala la citada formulación de los Principios de UNIDROIT, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que “en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”²⁵.

Puede afirmarse que con esta fórmula se le está dando al principio de la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los Principios de UNIDROIT, y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes²⁶.

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente en el artículo 2301 la libertad de celebrar o no un contrato en virtud de la libertad de negociación, pero señalando en el numeral segundo que: “Sin embargo, la parte que hubiera iniciado roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte”. Se establece además en el numeral tercero que: “Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra”, repitiendo la fórmula consignada ya en el artículo 2.1.15 de los Principios de UNIDROIT. Igual formulación se contiene en el artículo 6 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

En la Convención sobre compraventa internacional, en principio parecería que la buena fe es simplemente un criterio de interpretación de la misma, tal como lo dispone el artículo 7. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente²⁷, un destacado sector de la doctrina afirma que, a pesar de que no se haya incluido expresamente, es un principio que rige durante toda la vida del contrato²⁸, y no

25 Principios de UNIDROIT, artículo 1.7.

26 En igual sentido la profesora PERALES: “El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los principios sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los principios respecto de otros textos de derecho uniforme, en particular respecto de la convención de Viena”. PERALES - VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de UNIDROIT (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)”, en: *Revista de Derecho Mercantil*, n° 223 (1997), págs. 221 a 297, igualmente en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>.

27 OVIEDO ALBÁN, JORGE, *Regulación del contrato de compraventa internacional*, Ibáñez, Bogotá, D.C., 2008.

28 “Resulta claro que el objetivo de asegurar la observancia de la buena fe es un principio de interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención y, por ende, del contrato. Sin embargo, consideramos que no debe quedar relegado a esta mera función interpretativa, sobre todo si se tiene en cuenta que la buena fe es un principio general informante de la Convención en su conjunto que influye en el comportamiento que puede exigirse a los contratantes”. PERALES - VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “Una aproximación al artículo 7° de la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional”, en *Cuadernos de derecho y comercio* n° 16, Madrid, (1995) págs. 55 a 88. Igualmente en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>. E”. Klein John, “Good faith in international transactions, Pace Law School Institute of

solamente a la interpretación de la Convención²⁹. Se derivan de este, una serie de deberes, como podrían ser entre otros el deber de confidencialidad y el de orientar el negocio a su realización. La Convención no regula expresamente la fase de tratos previos y menos aún el tema referente a la responsabilidad en la etapa precontractual. Sin embargo, si se analiza con cuidado el artículo 8º numeral 3º, se puede encontrar que la Convención sí le da un valor preponderante a esta fase al disponer que en particular las negociaciones y cualesquiera prácticas establecidas entre las partes sirven para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable³⁰, y en tal caso obligarlas.

A nivel de jurisprudencia arbitral internacional, se reconoce el deber de buena fe en los tratos negociales, "...cuya violación se sanciona de varias maneras: paralización de las negociaciones, resarcimiento, activación de las cláusulas penales, etc. (...) la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual, derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la *buena fe* en las negociaciones: 1. *Obligación de información recíproca*; 2. *Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa*. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la *buena fe precontractual*"³¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, tal vez sea del caso empezar por aclarar que el calificar a la buena fe y a los deberes de ella derivados, de los que se tratará en el acápite siguiente, puede generar equívocos. En efecto, se trata más bien es de una obligación en el sentido estricto del concepto, que pesa sobre el comportamiento de quienes se acercan en la etapa precontractual y como tal, un vínculo jurídico que los ata y cuya inobservancia traerá consecuencias negativas, traducidas en la

Internacional Commercial Law", en *Liverpool law review*, 15, (1993), págs.115 a 141. Igualmente CISG Pace Database, Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Klein.html>. Sobre el particular Magnus Ulrich, Remarks on goodth faith, en CISG Pace Database, Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>. Igualmente Perales Viscasillas, El contrato de compraventa internacional, cit.

29 Deben tenerse también como referencia las decisiones que han tenido al principio de buena fe como estándar de comportamiento de las partes: Sentencia de *Cour d'Appel de Grenoble, Chambre de Commerciale* 22 de febrero de 1995 (www.unilex.info), laudo arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría de 17 de noviembre de 1995 (www.unilex.info), donde expresamente se reconoció que la buena fe es un deber de comportamiento de las partes en la etapa de ejecución del contrato. La cita a estas decisiones ha sido tomada del escrito de la profesora PERALES VISCASILLAS, *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, ... cit.

30 En el caso *Filanto, S. pág. A. vs. Chilewich International Corp* (Clout nº 23) *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 91 Civ. 3253 (CLB) 14 de abril de 1992. El tribunal interpretó que si bien, conforme al párrafo 1 del artículo 18 de la Convención el silencio no entraña generalmente aceptación, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 8º, el curso de las tratativas entre las partes creaba un deber por parte del fabricante de formular prontamente sus objeciones y que su retraso en hacerlo constituía aceptación de la oferta de la empresa de Nueva York.

31 CARRASCOSA GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 116.

indemnización de perjuicios a que habrá lugar. Desde ya puede sostenerse que de esta calificación sobre la naturaleza jurídica de la buena fe precontractual dependerá, a su vez, la calificación como contractual o extracontractual, de la responsabilidad generada por su incumplimiento.

2.2. Deberes secundarios de conducta

Puede entenderse que de la obligación de actuar de buena fe en la etapa precontractual (tanto en los tratos preliminares como en la oferta y aceptación) se derivan para los particulares una serie de deberes que se resumen –se insiste– en los principios de lealtad y corrección de la conducta, y que consisten básicamente en manifestar claramente las circunstancias personales u objetivas que puedan rodear las respectivas etapas, y un deber de informar sobre todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte: las peculiaridades de la legislación; las circunstancias específicas que no puedan ser conocidas por el futuro contratante luego de un estudio profesional adecuado y que constituyen en cierta forma extensión de las obligaciones pre y poscontractuales. De esta forma, la no observancia del deber de buena fe en la etapa precontractual puede incluso manifestarse en un momento posterior, es decir, una vez perfeccionado el consentimiento, al aparecer que se contrató pero por un error, fuerza o dolo, al que fue inducida una de las partes, lo que podrá comprometer la validez misma del contrato. Sin duda, esta conducta originada en la etapa precontractual tendrá hondas repercusiones, conllevando una posible nulidad del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios, a la que se hará referencia³².

CUADRADO PÉREZ, en su obra *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, ofrece en este sentido un acertado análisis sobre el contenido del deber de buena fe *in contrahendo*, añadiendo además que el “*Standard* de conducta que ha de observarse durante la fase de los tratos preliminares varía, en función de la naturaleza del contrato que se pretende concluir y de la cualificación profesional de quienes participan en aquellos. Con el término ‘buena fe’ se alude, en abstracto, al comportamiento del operador serio y leal, que será diverso según el tipo de contratación que contemplemos y según la época en que nos hallemos”³³.

En general, suelen reconocerse los siguientes deberes genéricos que se derivan de la obligación de buena fe en la etapa precontractual³⁴:

32 BIANCA, ob. cit., págs. 159 a 161.

33 CUADRADO - PÉREZ, CARLOS, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, *Studia Albornotiana*, dirigidos por EVELIO VERDERA y TULLES, LXXXIV, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pág. 46.

34 Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo 1, Introducción teoría del contrato, 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pág. 311. Sobre este tema puede verse el estudio de SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Vniversitas*, n° 108, (2004), págs. 281 y siguientes. Igualmente Barros, ob. cit., pág. 1001. Este autor agrega el deber de

a) Deber de información

Según el cual las partes deben manifestarse mutuamente las circunstancias que se asuman importantes para la celebración del contrato³⁵. Igual, debe considerarse que si el contrato resulta como un acuerdo de voluntades entre los contratantes, se requiere –aun en contratos en los que existen pocas posibilidades para una parte de negociar su contenido– que las partes conozcan cuáles serán las condiciones tanto de tipo objetivo como subjetivo, que rodearán la celebración del mismo.

Sobre este ha señalado la Corte Suprema de Justicia colombiana, “...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”³⁶.

Cabe anotar que este deber se ha desarrollado en algunos sistemas por la vía del derecho de la competencia y de protección a los consumidores³⁷. Como ejemplo puede indicarse el caso español, donde se han introducido mecanismos de protección al consumidor en la etapa precontractual, por la vía de la Ley 34 de 1998, General

evitar la ineficacia del acto, el que sin duda debe ser considerado, pues según se indicará en el apartado referente a los daños indemnizables, se ha reconocido por sectores de la doctrina que uno de los casos que origina responsabilidad precontractual, es la nulidad del contrato.

- 35 CUADRADO - PÉREZ, ob. cit., pág. 48. Se conoce a su violación como “reticencia”. BIANCA, ob. cit., pág. 163. Véase en la doctrina francesa con referencias doctrinales y jurisprudenciales, GHESTIN, JACQUES, *La formation du contrat*, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, L.C.D.J., 3^e édition, Paris, 1993, págs. 576 a 653. Sobre el deber de información en sede precontractual, véase LLOBET I AGUADO, JOSEP, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, *passim*, en especial el capítulo III relativo a la obligación de información sobre los elementos necesarios para la formación del contrato, págs. 69 a 78. No obstante debe considerarse que se trata de un deber relativo, puesto que a pesar de necesitar las partes conocer los elementos del contrato que se empieza a proyectar y las circunstancias relativas a su perfeccionamiento y ejecución, dependiendo del caso concreto, tal información se encontrará con limitantes tendientes a proteger la libertad y autonomía y además de cierta esfera que los contratantes quieran mantener reservada. Véase sobre el particular: ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles, tomo 1, teoría general del negocio mercantil*, 12a edición Diké, Medellín, 2007, pág. 169. Igualmente, CORRAL - TALCIANI, quien señala: “Pero el principio de buena fe no solo es útil para fundamentar el deber precontractual de información sino también para moderarlo y reducirlo a sus justos límites. CORRAL - TALCIANI, HERNÁN, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, MARCOS M. CÓRDOBA (Director); LIDIA M. GARRIDO CORDOBERA; VIVIANA KLUGER (Coordinadoras), T. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 210.
- 36 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 4 de abril del 2001, M.P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. Véase igualmente la sentencia de 13 de diciembre del 2001 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. MANUEL ARDILA VÁSQUEZ.
- 37 SCHULZE, REINER, “*Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual Europeo*”, en: *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pág. 36.

de publicidad³⁸, la Ley 16 de 1989, de Defensa de la competencia³⁹; la Ley 26 de 1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 13)⁴⁰ y la Ley 7ª de 1996, de Ordenación del comercio minorista⁴¹.

En el derecho colombiano también puede sostenerse que este deber está regulado por las normas sobre publicidad engañosa contenidas en el estatuto de protección al consumidor y de la competencia. En efecto, el artículo 48 del Decreto 2153 de 1993 concibe como un acto contrario a la libre competencia el infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto del consumidor⁴². Igualmente, la Ley 256 de 1996, consagra como actos de competencia desleal la confusión, engaño, descrédito y comparación⁴³.

Sobre el derecho del consumidor a estar informado en virtud de este deber, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia colombiana en los siguientes términos:

“Así que –y para abordar sin pérdida de momento el punto al que se quería llegar–, independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y 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,

38 Especialmente los artículos 4º y 5º sobre que la publicidad no sea engañosa.

39 Especialmente los artículos 6º, sobre actos de confusión, 7, sobre actos de engaño y 8, sobre entrega de obsequios, primas y supuestos análogos.

40 Artículo 13 sobre la información que debe incluirse en los productos puestos a disposición de los consumidores y usuarios.

41 Artículo 40 sobre deberes de información previos a la celebración del contrato.

42 Véase sobre el particular los artículos 14 y siguientes del Decreto 3466 de 1982.

43 Cfr., artículos 10, 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996.

la calidad, idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”, disponiendo 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 interesados⁷⁴⁴.

Ahora, también debe señalarse que del régimen particular de algunos contratos se puede derivar que las partes están obligadas a brindarse cierta información, incluso desde la etapa precontractual, y el no hacerlo traerá consecuencias negativas, como eventuales nulidades del acuerdo contractual⁴⁵, pues al omitir algún tipo de información sobre el objeto, la calidad o identidad del mismo, o incluso del oferente, el destinatario podría incurrir en error, cuando aquellos hayan sido los motivos que lo llevaron a contratar, de tal forma que de haber conocido la realidad que se le ocultó no habría contratado.

En los Principios de UNIDROIT, el no revelar la información necesaria para la celebración del contrato es una de las circunstancias que, junto con las maniobras fraudulentas, constituye dolo y por ende puede comprometer la validez del contrato. En efecto, el artículo 3.8 dispone: “Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”.

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos se regula expresamente el deber de información en los siguientes términos:

44 Sentencia de 13 de diciembre del 2001, cit.

45 Tal el caso del contrato de seguro, cfr., artículo 1058 del Código de Comercio colombiano, donde incluso la reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. Igualmente, en materia de compraventa, el Código Civil establece que, tratándose de saneamiento por vicios redhibitorios, además de las acciones que corresponden al comprador contra el vendedor, aquel podrá pedir una indemnización de perjuicios, en el evento en que el vicio haya sido conocido de parte del vendedor o haya debido conocerlos en razón de su profesión u oficio y no los haya manifestado. Cfr., artículo 1918 del Código Civil.

“Artículo 7º. Deber de información.

1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo”⁴⁶.

b) Deber de secreto

El deber de secreto o confidencialidad consiste en guardar reserva sobre toda la información bien sea personal o con relevancia patrimonial que con ocasión de los tratos previos se haya conocido del otro⁴⁷. En la oferta, o aun en las tratativas precontractuales, una parte puede manifestar detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explorar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo. Surge entonces el deber de la confidencialidad que reside en la obligación de no utilizar esta información fuera del ámbito en el que fue confiada. El no proceder así contraría la buena fe y lealtad negocial, al igual que utilizarla para el propio provecho o en perjuicio de quien la proporcionó, sea que el contrato llegue o no a su conclusión.

También cabe destacar que este deber ha sido desarrollado en Colombia por la Ley 256 sobre competencia desleal, la cual en el artículo 16 consagra como un acto de tal naturaleza la violación de secretos, en los siguientes términos: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta ley”⁴⁸.

46 Artículo tomado de la versión en castellano contenida en: VATTIER, CARLOS; DE LA CUESTA, JOSÉ MARÍA; CABALLERO, JOSÉ MARÍA (Directores); *Código europeo de contratos*, Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), I, Comentarios en homenaje al Prof. D. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, DYKINSON, Universidad de Burgos, Madrid, 2003, pág. 47. En adelante, todas las normas del proyecto de código europeo de contratos a las que se haga referencia, han sido tomadas de esta edición.

47 CUADRADO - PÉREZ, ob. cit., pág. 48.

48 Lo que quiere decir que este deber rige para todo tipo de relaciones contractuales, y no solo las que caen bajo el ámbito objetivo de aplicación de la ley, señalado en el artículo 2º: “Ámbito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre

En los Principios de UNIDROIT 2004 se ha reconocido el deber de confidencialidad en los siguientes términos:

“Artículo 2.1.16.

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte⁴⁹.

Aunque refiriéndose al deber de confidencialidad en el contexto de los principios del Derecho Europeo de Contratos, por ser el contenido del artículo 2302 igual al del artículo 2.1.16 de los Principios de UNIDROIT, resulta pertinente el comentario hecho por Díez. PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, en el sentido de señalar que no se trata de un deber de confidencialidad general, sino el que resultare así de forma expresa o bien de forma tácita atendidas las circunstancias del caso concreto⁵⁰.

Igualmente, en el proyecto de Código Europeo de Contratos se consagra este deber, así:

“Artículo 8º. Deber de reserva.

1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones”.

c) Deber de protección y conservación

El deber de protección puede entenderse como el asumir la custodia o conservación y custodia de los bienes objeto de la negociación e incluso de las personas vinculadas en la misma, protegiéndolos de los daños patrimoniales o personales que se ocasionen como consecuencia de las negociaciones⁵¹.

En el derecho extranjero, resulta necesario referirse al famoso caso del linóleo, fallado en 1911. El caso consistió en un pleito entre el dueño de un almacén y su clienta, derivado de lo siguiente: esta entró con su hijo al almacén

que realicen (sic) en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

49 En términos similares, se reconoce el deber de confidencialidad en el artículo 2302 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

50 Díez - PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E.; MORALES A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 199.

51 CUADRADO - PÉREZ, ob. cit., pág. 50.

para realizar unas compras y manifestó su interés, al dependiente del almacén, de comprar una alfombra de linóleo. Al sacar el rollo de alfombra se produjeron lesiones sobre la clienta y su hijo. El Tribunal del Imperio Alemán señaló que “...existía una relación jurídica preparatoria (*vorbereitendes Rechtsverhältnis*), de la compra similar a la contractual (*mit vergänglichem Charakter*), creadora de un deber de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) con respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercancías. Por esto el daño causado por la conducta del dependiente debía enjuiciarse según el § 278 BGB⁵².

El RG establece, en esta sentencia, la responsabilidad con base en criterios contractuales sin haberse celebrado un contrato y (...) que el daño reparado no solo pueda ser primariamente patrimonial sino físico y el que se justifique la contractualidad afirmando la existencia de una relación preparatoria de la compra con carácter similar a la contractual⁵³.

En el Código Civil colombiano puede verse una clara aplicación de este deber, en materia de mandato. En efecto, el artículo 2151, norma a la que se hará alusión a propósito de la aceptación excepcional por el silencio, que las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar si aceptan o rechazan el encargo que se les hace, teniendo el silencio como aceptación en el evento en que en un término razonable no se exprese la voluntad de aceptar o rechazar la propuesta. En el inciso segundo de dicho artículo se consagra expresamente el deber de conservación, al señalar el artículo que aun cuando dichas personas se excusen del encargo, deberán tomar las medidas conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda⁵⁴.

En la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, si bien no está explícitamente consagrado este deber para la etapa precontractual, por vía interpretativa y de aplicación analógica puede sostenerse. En efecto, en primer lugar, debe considerarse el artículo 77⁵⁵ de la convención que consagra el deber de

52 N. del A. El párrafo 278 del Código Civil alemán consagra la responsabilidad del deudor por culpa de su representante y sus dependientes en el incumplimiento de la obligación. Establece la norma: “El deudor es responsable de la culpa de su representante legal y de las de las personas de las que se sirve para cumplir su obligación en el mismo grado en el que es responsable de su propia culpa (...)”. Código Civil Alemán comentado BGB, Emilio Eiranova Encinas (traductor), Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 125.

53 CABANILLAS - SÁNCHEZ, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 25 y 26.

54 En idéntico sentido, véase el artículo 1275 del Código de Comercio para el contrato de mandato mercantil. En la doctrina, ya había señalado en su momento STITCHKIN que esta obligación (referida a la norma equivalente en el Código Civil chileno) en el mandato, es de naturaleza extracontractual. STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato civil*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, págs. 106 a 112. STITCHKIN, incluso, se mostró partidario de la tesis consistente en que debería crearse un tercer tipo de responsabilidad, que fuere la precontractual, por oposición a la contractual y extracontractual.

55 Artículo 77. La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean

mitigación de daños, que aunque consagrado para los eventos de incumplimiento del contrato, puede sostenerse que se trata de uno de los principios en los que se basa la convención, y por ende, con base en el artículo 7º, que remite a aquellos, sostener que la obligación de mitigar los posibles daños derivados del incumplimiento de la obligación de buena fe y concretamente del de conservación, se aplica a la etapa precontractual.

En el mismo sentido, se puede tener en cuenta el artículo 86 y siguientes, en la parte relativa a la conservación de las mercaderías en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, que por la misma vía indicada en el párrafo anterior, puede entenderse aplicable a la etapa precontractual.

d) Deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa

Este deber obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará, manifestando por lo menos prudencia a la hora de retirarse del proceso de negociación. BIANCA señala claramente que puede advertirse un comportamiento doloso, cuando una de las partes inicia o prosigue las tratativas con la intención de no concluir el contrato. Según el mismo autor, habría culpa cuando se induce a la otra parte a confiar en la conclusión del contrato, y avanzar en las tratativas, sin verificar la real posibilidad o sin haber la suficiente determinación en la perfección del contrato⁵⁶. En estos casos, se incurriría en violación del deber mencionado al retirarse de las negociaciones⁵⁷.

Este deber está reconocido en los principios de UNIDROIT, en el artículo 2.1.15 donde se señala que negociar o interrumpir las negociaciones de mala fe obliga a indemnizar los perjuicios resultantes.

Tal vez como contenido en este, puede entenderse el deber de orientar el negocio a su realización, esto es, negociar con intención real de celebrar el contrato, aunque en la práctica no se llegue a ello.

razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

56 BIANCA, ob. cit., pág. 168.

57 Aunque de todas formas no puede omitirse la referencia a algunas posiciones que han considerado que el retirarse de las negociaciones no genera responsabilidad alguna, pues es un derecho de las partes que al generarle responsabilidades significaría limitar la libertad contractual. Esta es la posición, entre otros, de Avelino León Hurtado. LEÓN HURTADO, AVELINO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 1979, págs. 73 y 74.

Los principios regulan el tema de las negociaciones con mala fe de la siguiente manera:

Artículo 2.1.15

(Negociaciones con mala fe)

Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

En especial, se considerará mala fe el entrar en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo no tiene la intención de llegar a un acuerdo.

3. Responsabilidad en la etapa precontractual

La violación de los deberes mencionados genera la obligación de reparar los perjuicios cometidos. Frente a ello, se ha generado el principio de la culpa *in contrahendo*, atribuido a IHERING, de forma tal que quien genera daños en virtud de las negociaciones preliminares, será obligado a repararlos⁵⁸. IHERING pensó en el caso en que el contrato fuere declarado nulo, y como consecuencia de ello, además de la declaración de nulidad podría "...con apoyo en el propio contrato, exigirse una reparación por los daños sufridos"⁵⁹. Igualmente se atribuye a SALEILLES haber formulado como un deber derivado de la buena fe, el no terminar las negociaciones de manera arbitraria e indemnizar los perjuicios causados cuando ello ocurriere⁶⁰.

58 DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T. 1, Introducción teoría del contrato, 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, págs. 314 y 315.

59 CABANILLAS, ob. cit., pág. 27. "IHERING analizó el caso de una persona que solicitó el envío de 100 libras de un producto determinado y que, al confundir el signo de libra con el de quintal, recibió una cantidad muy superior a la pedida. El contrato era, por tanto, nulo, por adolecer de error esencial, pero ¿Quién debía afrontar los gastos de embalaje y expedición generados? La doctrina tradicional no encontraba una respuesta para el problema planteado, pues el vendedor dañado –que había confiado en la validez del contrato, veía defraudados sus intereses– carecía de acción contractual (el contrato era nulo) y de acción extracontractual (el caso no encajaba en ningún supuesto de la *lex Aquilia de damno dato*). El autor citado concluyó que, dado que había una culpa cometida en el período previo a la conclusión del contrato y, puesto que esta era generadora de un daño, podía denominarse culpa *in contrahendo*, y encontró apoyo para tal afirmación en determinados casos particulares del *Corpus iuris civilis* en los que se contemplaba la venta de *res extra commercium* y de herencia inexistente, cuando el vendedor no informaba al comprador de la imposibilidad (originaria) de la enajenación por la inexistencia del objeto. En estos casos, dado el régimen clásico de tipicidad de acciones, se consideraba que el contratante perjudicado disponía de una acción contractual, la *actio empti*, contra quien conocía (o pudo conocer) las circunstancias que imposibilitaban la validez del contrato para reclamarle el *id quod interest mihi interest contractum initum non fuisse*". 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", Jorge Oviedo Albán (Director), Ibáñez, Bogotá, D.C., 2008, págs. 165 y 166.

60 KOZOLCHYK, ob. cit., págs. 338 a 339. Puede verse en este autor cómo la jurisprudencia de varios países de tradición civilista, tanto de Europa como de América, ha reconocido este principio. Kozolchyk, ob. cit., págs. 339 a 345. BREBBIA, ROBERTO H., *Responsabilidad precontractual*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987, págs. 45 a 60.

En principio, y sobre el análisis de IHERING, la culpa *in contrahendo* fue pensada para la etapa que surge a partir de la oferta, considerándose que la responsabilidad debía ser considerada como contractual, pues no cabía dentro de la *lex Aquilia*. Posteriormente se atribuye al italiano GABRIELLE FAGGELLA haber sostenido que la responsabilidad precontractual abarcaría todo el período anterior al perfeccionamiento del contrato, incluyendo los tratos preliminares y no tan solo a partir de la oferta⁶¹.

Se debe indicar, siguiendo a DÍEZ PICAZO, que dentro de los supuestos que originan la precontractual, cabe la que se origina en el evento en que el contrato celebrado sea declarado nulo posteriormente⁶²; "...cuando se ha alcanzado entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley, de la voluntad de las propias partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de las partes desiste del contrato"⁶³; cuando "...las negociaciones fueron iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún momento, sino buscando un beneficio propio o de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibilidades de negociaciones"⁶⁴; "...las hipótesis de daños personales o accidentes sufridos en el momento de los tratos"⁶⁵ y además "...la ruptura de las negociaciones iniciadas y perseguidas de buena fe..."⁶⁶.

En Colombia, puede afirmarse que es el artículo 863 del Código de Comercio de 1971 el que introduce la culpa *in contrahendo*, al establecer la norma que la buena fe deberá observarse en la etapa precontractual, la cual abarcaría desde los tratos preliminares, pasando por la oferta y hasta antes de perfeccionarse el contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Cabe anotar que, en el caso colombiano, además de la responsabilidad patrimonial en la que se incurra en virtud de la violación del deber de buena fe y los deberes derivados de este principio, puede darse lugar a las sanciones pertinentes, por la violación de las normas sobre publicidad consagradas en el estatuto de protección

61 STIGLITZ; STIGLITZ, ob. cit., págs. 45 a 47. BREBBIA, ob. cit., pág. 52.

62 También en el evento de la responsabilidad por la nulidad del contrato, como en el caso de responsabilidad en las tratativas, podrán encontrarse dos tesis sobre su naturaleza. Para algunos la responsabilidad será contractual mientras otros sostienen su naturaleza extracontractual. Véase BREBBIA, ob. cit., págs. 46 a 48. APARICIO, JUAN MANUEL, *Contratos, 1, parte general*, HAMMURABI, JOSÉ LUIS Depalma Editor, Buenos Aires, 1997, pág. 381 quien al citar a IHERING afirma que este le dio naturaleza contractual. Igualmente ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, t. 1, 2ª edición, Editorial Jurídica Ediar – Cono Sur Ltda., Santiago, 1983, págs. 57 y 58. En idéntico sentido ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, t. 2, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión, 2005, pág. 824. Los dos autores coinciden al analizar los artículos 1455 inc. 2º y 1814 (equivalentes al 1512 y 1870 del Código Civil colombiano), que el Código Civil chileno admite expresamente lo anterior.

63 DÍEZ - PICAZO, ob. cit., pág. 320.

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

al consumidor y eventualmente a las sanciones por infringir las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y sobre competencia desleal⁶⁷.

3.1 Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad derivada de la mala fe en las negociaciones precontractuales, la doctrina se encuentra dividida⁶⁸: 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 extracontractual⁶⁹. 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 contractual⁷⁰.

BETTI explica el origen problemático de la figura así: “En el campo del derecho común se había visto, como también en el desarrollo de los tratos preliminares, era posible una culpa, consistente, por ejemplo, en ser reticente acerca de la materia del negocio, o en mantener ocultas circunstancias que se oponían a la validez del contrato. Por eso se discutió largamente sobre el carácter de esta culpa, designada como culpa *in contrahendo*, que no se podía calificar como culpa contractual (imputable al deudor en cuanto no cumple inexactamente la obligación), porque el contrato no había sido concluido todavía; pero tampoco podía calificarse como

67 Véanse los artículos 32 y siguientes del Decreto 3466 de 1982; 52 y siguientes del Decreto 2153 de 1992 al igual que el artículo 20 y siguientes de la Ley 256 de 1996.

68 Conviene indicar, siguiendo a BARROS, que el período que comprende la responsabilidad precontractual, “...puede tener por antecedente ilícitos cometidos durante la negociación de un contrato, al momento de convenirlo o con ocasión de la ruptura de las negociaciones”. BARROS, ob. cit., pág. 1006.

69 BIANCA considera que la responsabilidad precontractual se origina tanto al violar las tratativas como en contratos nulos, BIANCA, ob. cit., págs. 160 a 163. SCONAMIGLIO, ob. cit., pág. 119. GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, págs. 463 y 464. MESSINEO, ob. cit., pág. 337. La jurisprudencia italiana ha expresado por su parte, que la responsabilidad precontractual, que se configura por la violación del precepto del artículo 1337 del Código Civil, constituye una forma de responsabilidad extracontractual, por la violación de la regla de conducta. Cass. S.u. 16 julio 2001, n. 9645. “El derecho francés nunca ha admitido la teoría de la culpa *in contrahendo*, según la cual, la falta cometida en la conclusión o en la negociación de un contrato se deberá equiparar a una culpa contractual, esto es, a una culpa en la ejecución de una obligación contractual; lo que permitiría afirmar la responsabilidad contractual del causante de una culpa precontractual. Al contrario, en razón de que el contrato no existe todavía, la responsabilidad precontractual no es sino una aplicación de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil”. LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, v. 1, traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1999, pág. 185. Para las referencias al derecho francés, véase VINEY, GENEVIEVE, *Introduction à la responsabilité, Traité de Droit civil, sous la direction de Jacques Ghedin*, 2^e édition, L.G.D.J., París, 1995, págs. 356 a 366.

70 MONATERI, GIUSEPPE, “La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano”, en: ALPA, GUIDO; BIANCA, C. MASSIMO; CORSARO, LUIGI, y otros, *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942 – 2002)*, selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores, 2^a edición, Lima Perú, 2004, págs. 525 y siguientes. BREBBIA, ob. cit., págs. 60 a 82.

culpa extracontractual de una obligación de respeto y de conservación que incumbe a todos los miembros de la comunidad, puesto que era innegable que, entre los contratantes, existía ya una relación social por el solo hecho de haber iniciado las negociaciones⁷¹.

Resulta pertinente la cita de la reciente reforma al Código Civil alemán (BGB) del 2002, donde se ha regulado la culpa *in contrahendo* de la siguiente forma:

§241 “(2) El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”. Por su parte el §311 “(2) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el §241, apartado 2, nace también mediante:

1. La iniciación de negociaciones contractuales,
2. La preparación de un contrato mediante el cual una parte concede a la otra, con vistas a una eventual relación negocial, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o bien,
3. Contactos análogos de carácter negocial”.

Nótese cómo en la nueva regulación alemana se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen “relaciones obligatorias”, las cuales, como lo mencionan expresamente dichas normas, implican deberes. Cuando en el apartado citado se dice que la relación obligatoria “nace también” de los actos enumerados, debe entenderse en concordancia con el apartado primero del §311 que dispone que para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario. Sobre el particular puede tenerse en cuenta el comentario de ALBIEZ DOHRMANN, quien afirma: “También las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, conforme al §280, la correspondiente indemnización por lesión del deber (p. ej., lesión del deber de comportamiento)”⁷².

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha manifestado que como en esta etapa no están las partes vinculadas por lazo jurídico alguno, “...la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual

71 BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, T. 1, traducción de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, págs. 89 y 90.

72 ALBIEZ - DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, “Un nuevo derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del BGB”, en: *Anuario de Derecho Civil*, julio–septiembre (2002), España, pág. 1192. Las normas de la modificación al BGB han sido tomadas de “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, de MARÍA LUISA VIVES - MONTERO, en: *Anuario de derecho civil*, ob. cit., págs. 1229 a 1310.

sino extracontractual, y más concretamente precontractual⁷³. Corresponde al criterio adoptado por muchos, según el cual, la responsabilidad contractual solo nace del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado⁷⁴.

Por el contrario, como se indicó, otra doctrina considera que la responsabilidad en que se incurre en este período es de naturaleza contractual; así DE CUPIS, quien señala: “A nuestro entender se está en presencia de una relación *obligacional* –precedente a la que será establecida en el contrato–, en cuanto el vínculo jurídico referido por el artículo 1337 es un vínculo jurídico que liga a *una parte y a otra* por el hecho de haber participado en los tratos. Como es sabido, la obligación crea un vínculo jurídico entre sujetos determinados; antes de empezar los tratos no se está obligado a observar un comportamiento que afecte a la no iniciada fase precontractual; la iniciación de tratos es el hecho del que se deriva la obligación de una parte para la otra, de tener un comportamiento concorde a la buena fe. (...) El daño producido por el incumplimiento de tal obligación es un daño que recibe la denominación de “contractual” en tanto y cuanto tal expresión se aplica extensivamente a todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación, bien se derive de un contrato o de otra fuente⁷⁵.”

En Colombia el profesor SANTOS BALLESTEROS se ha mostrado partidario de la tesis contractualista, considerando que: “... Por consiguiente, a la luz del artículo 863 del Código de Comercio colombiano, actuar de manera diversa a la buena fe exigida

73 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de junio de 1989, Sala de Casación Civil, M.P. RAFAEL ROMERO SIERRA, en: *Jurisprudencia y doctrina*, n° 213, Bogotá, Legis, 1989, págs. 598 y siguientes. Es el argumento aducido además en la práctica –siguiendo tal vez los lineamientos jurisprudenciales–, así puede verse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana de 12 de agosto del 2002, “...el censor, para desarrollar el cargo, manifiesta que como en la etapa precontractual “no existe todavía contrato”, ello implica que en esa fase el tipo de responsabilidad que surge es la común para “delitos y las culpas” (C.C., art. 2341), mas no la derivada de una relación contractual”. En esta última se indican las sentencias donde la Corte Suprema de Justicia colombiana ha optado por la teoría extracontractualista: Sentencia de 11 de mayo de 1970; Sentencia de 28 de junio de 1989; y Sentencia de 27 de junio de 1990. A su vez puede verse a Medina Alcoz, quien destaca cómo en la jurisprudencia española, es la tesis extracontractualista la que ha sido asumida. MEDINA ALCOZ, ob. cit., págs. 184 a 186.

74 TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *Tratado de responsabilidad civil*, T. 1, 2ª edición, Legis, Bogotá, D.C., 2007, pág. 69. Véase igualmente TRIGO REPRESAS, FELIX A., “Responsabilidad precontractual”, en LÓPEZ MESA, MARCELO; TRIGO REPRESAS, FELIX A., *Tratado de la responsabilidad civil, cuantificación del daño*, La ley, Buenos Aires, 2006, pág. 547.

75 DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar ANGEL MARTÍNEZ - SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, págs. 168 y 169. “La teoría contractualista, según comentario de DE CUPIS, quien a su vez cita a BAUDRY LACANTINERIE, también expuesta por IHERING, bajo el entendido de que cuando se entra en una relación de negocios con otro para llegar a la conclusión de un contrato, “en estos meros tratos que integran los preliminares de un contrato principal se inyecta un pacto tácito de responsabilidad con el que se asume el riesgo de responder del daño que pueda causarse in contrahendo”. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de agosto del 2002. En América Latina, también la tesis contractualista ha sido acogida por autores como ALESSANDRI, ob. cit., págs. 55 a 58. Aunque es preciso aclarar que ALESSANDRI sin calificarla como contractual, pues como él mismo afirma “todavía no hay contrato”, establece que se rige por las reglas de la responsabilidad contractual, ob. cit., pág. 57.

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 ...⁷⁶.

Anteriormente se había indicado que al calificar la buena fe y los deberes secundarios de conducta como verdaderas obligaciones, el inobservarlas significaría incumplir obligaciones específicas que pesan sobre las partes y no tan solo el deber genérico de conducta de no dañar a otro. En este contexto, puede señalarse con 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"⁷⁷.

Debe destacarse que esta discusión no es solo teórica, puesto que la misma, y por ende la solución que se escoja, tendrá incidencia práctica. Esta puede ser advertida fácilmente al pensar en las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, entre otras, en lo relacionado con la presunción de culpa que pesará sobre el deudor en caso de las obligaciones derivadas del contrato, –y/o para el caso concreto de los tratos previos–, mientras que tratándose de responsabilidad extracontractual, la regla general informa que la culpa deberá ser probada por el que pretende la indemnización del daño, tal como sucede de acuerdo con el Código Civil colombiano⁷⁸.

76 SANTOS - BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, T. 1, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1996, pág. 69.

77 PIZARRO, RAMÓN DANIEL; VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de derecho privado, obligaciones*, 2, reimpresión de la 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 469. Así, entre otros, lo ha sugerido ALTERINI. "La responsabilidad que se imputa a los incumplimientos contractuales –responsabilidad contractual– ensancha su órbita de vigencia, toda vez que se subsumen en su regulación otros supuestos de actos lícitos que, por no ser bilaterales (o multilaterales) no constituyen contrato. Por de pronto sus preceptos se aplican, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial, (...) de tal manera (...) en la etapa que, atendiendo a su temporalidad, se denomina "precontractual", hay una serie de obligaciones emergentes de la declaración unilateral de voluntad que están regidas por las normas contractuales. (...) Consiguientemente, denominar "contractual" a esa responsabilidad, atendiendo solo a la ubicación metodológica de los preceptos legales que la rigen, puede provocar equívocos. Es necesario, pues, tener presente que se trata de responsabilidad derivada de obligaciones determinadas..." ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *Responsabilidad civil*, 3ª edición 2ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 31 y 31.

78 Cfr. FERRI, *ob. cit.*, págs. 33 y 34. MEDINA ALCOZ, *ob. cit.*, págs. 187 a 197. Igualmente hay que considerar la tesis para la cuál el factor de atribución de responsabilidad puede ser objetivo "...dado que la responsabilidad queda comprometida por el mero apartamiento arbitrario de las tratativas negociales". TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, pág. 545, indicando como partidario de esta teoría a Josseland. Éste autor manifiesta su adhesión a la teoría culpabilista como factor de atribución.

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 extracontractual⁷⁹, 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 propias⁸⁰.

Por otro lado, cabe afirmar que no existe unanimidad acerca del reconocimiento de la buena fe en la etapa precontractual, en los contratos regidos por la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías. No obstante, deben ser consideradas las posiciones que la asumen como una obligación de las partes, cuya violación generaría también responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

De todas formas, debe concluirse que la responsabilidad precontractual no es un tema regulado expresamente por la Convención⁸¹, por lo tanto, deberá encontrarse el derecho que resulte aplicable de acuerdo con las normas de conflicto⁸².

Ahora, bien podría sostenerse que al constituir el deber de buena fe, al que estarían sometidas las partes desde los tratos previos hasta la finalización del contrato, su violación tendría naturaleza de incumplimiento de obligaciones contractuales, por lo que resultarían aplicables las normas de la Convención que regulan las acciones derivadas del incumplimiento, tales como la indemnización de perjuicios⁸³.

Adicionalmente, en caso de “contractualización” de las negociaciones preliminares, es decir, en el evento en el cual las partes decidieren suscribir acuerdos donde además por escrito, o como suelen llamarse, celebrando “acuerdos de intención”, se comprometen a cualquiera de los denominados “deberes secundarios”,

79 Que como se anotó, esta tesis ha sido sostenida ya por autores de como STITCHKIN. Igualmente, autores de diversas latitudes la han sostenido: entre otros pueden verse referencias a autores que la han sostenido en APARICIO, ob. cit., pág. 387; ALESSANDRI, ob. cit., pág. 57., etc.

80 ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Óscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto; *Derecho de obligaciones, civiles y comerciales*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 3ª edición, reimpresión, Buenos Aires, 2006, pág. 761.

81 “Este puede decirse que es el punto de vista que ha tenido más aceptación en la doctrina uniforme, que entiende que el rechazo a reglamentar esta cuestión es demostrativo de la voluntad deliberada del legislador uniforme por abandonar la regulación de la responsabilidad precontractual al derecho interno que resulte aplicable”. PERALES - VISCASILLAS, *La formación del contrato... cit.*, pág. 146. Según señala VÁZQUEZ - LÉPINETTE, hay un caso donde se señaló que la Convención no regula la responsabilidad precontractual. LANDGERICHT HUYESEN, sentencia de 22 de diciembre de 1992, confirmada por OLG Frankfurt, sentencia de 4 de marzo de 1994. VÁZQUEZ - LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000, pág. 146.

82 SCHLECHTRIEM, ob. cit., pág. 56. El autor hace alusión al rechazo de una propuesta presentada en la conferencia diplomática por parte de la República Democrática Alemana consistente en introducir un principio general de culpa *in contrahendo* o responsabilidad precontractual. PERALES - VISCASILLAS, *La formación del contrato, ... cit.*, págs. 145 a 150.

83 Según VÁZQUEZ - LÉPINETTE, en la doctrina, esta posición la asume también BONELL, ob. cit., pág. 148.

su incumplimiento no cabe duda, generaría sin discusiones una responsabilidad de tipo contractual⁸⁴.

3.2 Daños indemnizables

Generalmente se afirma que los daños indemnizables en la etapa precontractual compensan el interés negativo, por oposición al positivo, que se reconoce por el incumplimiento del contrato.

El interés negativo consiste en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo⁸⁵. Por su parte, el interés positivo consiste en el interés en la celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño emergente y el lucro cesante⁸⁶.

Se ha entendido que dentro de los daños indemnizables solo cabe el interés negativo y por ende no habría lugar a perseguir una indemnización por las ganancias dejadas de reportar con el contrato que se frustró, al afirmar que el interés protegido "...no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante si hubiese llegado a celebrarse o si hubiese sido válido (esto es, la frustración del propósito contractual), sino los daños que se siguen del ilícito, como son los costos de negociación y los que se derivan de la confianza creada en la contraparte y contrariada de mala fe por el demandado"⁸⁷.

Existe una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante⁸⁸. De acuerdo con APARICIO, es unánime la aceptación del daño emergente, que cubre los gastos ocasionados con ocasión de las tratativas frustradas⁸⁹. No obstante, se discute sobre si debería incluir también el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir con el contrato cuya perfección se frustra. El mismo autor sostiene que no se encuentran razones para su exclusión, dado que nada impide la indemnización de las ganancias que

84 Cfr. Díez - PICAZO, ob. cit., págs. 325 y 326.

85 Se incluye el caso de la nulidad, puesto que se considera que los efectos de la misma son retroactivos, y puede significar el haber violado el deber de orientar el negocio a su celebración, evitando causales de ineficacia, que como se anotó anteriormente, estaría implícito en los deberes derivados de la buena fe. Sobre este punto y en este sentido BARROS, ob. cit., pág. 1013. Véase igualmente BREBBIA, ob. cit., pág. 221. Sobre los conceptos "daño al interés negativo" y "daño al interés positivo", véase MEDINA, ob. cit., págs. 168 a 170.

86 BIANCA, ob. cit., pág. 175.

87 BARROS, ob. cit., pág. 1007. Igualmente BREBBIA, ob. cit., pág. 221.

88 Véase sobre el particular el estudio de GALLO, PAOLO, "Responsabilità precontrattuale: il quantum" en *Rivista di Diritto Civile*, n° 3, (2004), págs. 487 a 520, en especial las págs. 507 a 520.

89 APARICIO, ob. cit., pág. 391.

se habrían obtenido con la ejecución del contrato frustrado⁹⁰. De todas formas, lo que se propone considerar es que cabría la indemnización del interés positivo, solo en los eventos de irrupción de ofertas que no obstante ser irrevocables, son incumplidas por el oferente⁹¹. Adicionalmente, como lo señala DÍEZ PICAZO, los casos de responsabilidad precontractual derivada de la nulidad del contrato "... donde la parte que ha violado los deberes de buena fe se encuentra obligada al resarcimiento de la pérdida de la ocasión más ventajosa para quien concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo"⁹².

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, además de reconocer la indemnización del interés negativo, se reconoce una indemnización por la pérdida de ocasiones similares causadas por los tratos, tal como lo dispone el artículo 6º numeral 4º.

Sobre los daños indemnizables en sede precontractual, ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

"Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados–, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama "interés negativo o de confianza", ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría, ... 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 en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada –pues una

90 APARICIO, ob. cit., pág. 391. Este autor, igualmente se muestra partidario de incluir en dicho monto el daño moral. APARICIO, ob. cit., pág. 392. Igualmente SOZO, GONZALO, *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 224. Esta tesis ya la había propuesto en Argentina BREBBIA, ob. cit., pág. 227.

91 BREBBIA, ob. cit., pág. 222.

92 DÍEZ - PICAZO, ob. cit., pág. 325. TRIGO REPRESAS por su parte: "Pero dentro de ese interés negativo en general se ha comprendido no sólo al daño emergente sino también al lucro cesante (...) pero este último rubro ha sido caracterizado más recientemente como "pérdida de un chance", en razón de que lo frustrado, por su propia naturaleza, es siempre algo de problemática realización". Cita el autor algunos fallos argentinos en este sentido: Cám. Nac. Civil, Sala A, 6/3/97, "Zocco c/ Club. Atl. Obs. Sanitarias de la Nación", LL 1997 - F- 961 (40.102-3); ídem 21 - 10-76, "Confitería El Zoológico SRL c/ Municip. De Bs. Aires", LL 1977 - D- 116 y ED 74 - 291; Cám. Civ. Com. Morón, Sala II, 30 - 3- 93, "Lynch c/ Paradiso de Domeq", JA 1994 - I- 484 y ED 154- 624. TRIGO REPRESAS, ob. cit., págs. 548 y 549.

utilidad de esa naturaleza integra sin duda el interés positivo o de cumplimiento que, como se advirtió antes, presupone un contrato *ab initio* válido y perfecto—sino de la pérdida que significa el que, por haber confiado en que el otro negociador haría lo necesario para llegar a la perfección del vínculo contractual proyectado, se haya abandonado una posición económicamente favorable y existente en realidad al momento del evento dañoso—v. gr. la posibilidad cierta de celebrar otro contrato distinto— que le habría reportado ventaja”⁹³.

Por otro lado, e independientemente de lo anterior, puede considerarse que hay casos en los cuales, por violarse deberes precontractuales—como el de información—, se genere una indemnización de tipo contractual, como es el caso del vendedor que conocía o debió conocer los vicios redhibitorios y no los declaró al momento de perfección del contrato, como indica el artículo 1918 del Código Civil.

En los Principios de UNIDROIT se reconoce expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual, al señalar el numeral 2º del artículo 2.1.15:

“Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”.

No obstante, los principios no aluden a las reglas aplicables a esta indemnización, salvo un caso que se destacará, por lo que deberá acudir a las normas nacionales aplicables según el Derecho Internacional Privado, para resolver este tema.

Los Principios de UNIDROIT contienen normas relativas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (artículo 7.4.1 y siguientes ubicadas en el capítulo 7 sobre incumplimiento), las que podrían resultar aplicables en caso de concluir que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza contractual, evento que llevaría a que según lo señalado en el artículo 7.4.2., los rubros que comprenderían la indemnización serían tanto el interés negativo como el positivo, e incluso el daño moral. Establece dicha norma:

“Artículo 7.4.2

(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”.

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989, M.P. José ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ.

En materia de indemnización del interés negativo, por violación del deber de confidencialidad, tanto en los Principios de UNIDROIT (art. 2.1.16) como en los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece que además de aquella indemnización, la misma podrá incluir “una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”. Se trataría de “...una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados”⁹⁴. Adicionalmente, en el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe, solo incluye en interés negativo: “Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido (...); el trabajo realizado (...) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (...). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502”⁹⁵.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones de lo expuesto en este trabajo, se pueden indicar las siguientes:

En el derecho privado europeo continental, y enmarcado dentro de él, el derecho colombiano, los tratos preliminares son concebidos como los primeros acercamientos de los posibles contratantes, con el fin de conocer las condiciones objetivas y subjetivas que rodearían la eventual celebración de un contrato, al igual que servir para la interpretación del contrato que eventualmente llegare a celebrarse.

No obstante gozar de la característica de no ser obligatorios, de los tratos preliminares se deriva la obligación de actuar de buena fe, la cual en sentido objetivo obliga a un actuar correcto y leal, de lo cual a su turno se han derivado una serie de deberes secundarios de conducta, los cuales han sido recogidos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y en los últimos tiempos han tenido

94 DIEZ - PICAZO, ROCA - TRIAS, MORALES, ob. cit., pág. 200. En el proyecto de Código Europeo de Contratos, en el numeral 2º del artículo 8º se establece: “Aquella de las partes que no respete este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si, además ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

95 LANDO, OLE; BEALE; HUGH (edición), *Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II*, edición española a cargo de: PILAR BARRÉS - BENLLOCH; JOSÉ MIGUEL EMBID - IRUJO; FERNANDO MARTÍNEZ - SANZ, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 268. El artículo 9:502 referido trata sobre el daño emergente y el lucro cesante derivado de la inexecución de las obligaciones del contrato.

desarrollos legales, básicamente en la legislación de protección a los consumidores y de la competencia.

En el derecho anglosajón, por su parte, la buena fe no obliga en la etapa precontractual, no obstante que se advierten tendencias a reconocerlas, al igual que sancionar su violación.

En los instrumentos del Derecho Mercantil Internacional, a pesar de no haber un claro reconocimiento de la etapa de tratos preliminares, sí se reconoce la obligación de actuar de buena fe, sobre lo cual se observa la tendencia a considerar que indirectamente, en dichos instrumentos se regulan las obligaciones de corrección y lealtad y los deberes secundarios de conducta.

En el derecho europeo continental, a pesar de ser todavía minoritaria, existe una tendencia a considerar la responsabilidad por daños cometidos en fase precontractual, como de naturaleza contractual, lo cual tendría importantes implicaciones de orden práctico, tales como la presunción de culpa de parte del actor del daño. Incluso, al abarcar la indemnización de obligaciones que no necesariamente surgen de un contrato, algunos proponen redefinirla como responsabilidad obligacional.

La indemnización de perjuicios por los daños cometidos en la etapa precontractual, según la interpretación generalizada, comprende sólo el interés negativo o de confianza en la celebración del contrato frustrado.

En el derecho colombiano se ha reconocido el valor de los tratos preliminares, de la buena fe y los deberes secundarios de conducta, siguiendo las que a la fecha han sido las tendencias mayoritarias, dentro del derecho europeo continental.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Las obligaciones*, T. 2, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, reimpresión, 2005.
- ALBIEZ DHORMAN, KLAUS JOCHEN, “Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del B.G.B.”, en: *Anuario de derecho civil*, (2002), págs. 1133 a 1228.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, T. 1, 2ª edición, Editorial Jurídica Ediar – Cono Sur Ltda., Santiago, 1983.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 3ª edición 2ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Óscar José; LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de obligaciones, civiles y comerciales*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 3ª edición, reimpresión, Buenos Aires, 2006.
- APARICIO, JUAN MANUEL, *Contratos, 1, parte general*, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1997.

- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, *Contratos mercantiles T. 1, teoría general del negocio mercantil*, 12ª edición, 2007, Diké, Medellín, 2007.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BETTI, EMILIO, *Teoría general de las obligaciones*, T. 1, traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BIANCA, C. MASSIMO, *Diritto civile. 3, Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2000.
- BREBIA, ROBERTO H., *Responsabilidad precontractual*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000.
- CALAMARI, JOHN; PERILLO, JOSEPH, *The law of contracts*, 4th edition, Hornbook series, West publishing Co., St. Paul, Minn., 1998.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (Directores), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, MARCOS M. CÓRDOBA (Director); LIDIA M. GARRIDO CORDOBERA; VIVIANA KLUGER (Coordinadoras), tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 207 a 224.
- CUADRADO PÉREZ, CARLOS, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, *Studia Alborntoniana*, dirigidos por Evelio Verdera y Tuller, LXXXIV, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.
- DE CUPIS, ADRIANO, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “La fuerza de la buena fe”, en *Contratación contemporánea, teoría general y principios*, Atilio Alterini; José Luis de los Mozos; Carlos Alberto Soto, (Directores), Palestra, Lima – Perú, Temis, Bogotá D.C., 2000, pág. 273 a 285.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T. 1, Tecnos, Madrid, 1979.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, tomo 1, Introducción teoría del contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- DÍEZ PICAZO, LUIS; ROCA TRÍAS, E.; MORALES A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- FARNSWORTH, E. ALLAN, *Contracts*, 3rd edition, Aspen Law & Business, New York, 1999.
- FERRI, LUIGI, *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil*, traducción de Nélvor Carreteros Torres, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leisser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- FOLSOM, RALPH; GORDON, MICHAEL WALLACE; SPANOGLE, JOHN A., *International business transactions*, 2nd edition, West Group, St. Paul, Minn, 2001.
- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia 1992.
- GALLO, PAOLO, “Responsabilità precontrattuale: il quantum”, en: *Rivista di Diritto Civile*, n° 3, (2004), págs. 295 a 325.

- GHESTIN, JACQUES, *La formation du contrat, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, L.C.D.J., 3^e édition, Paris, 1993.
- KOZOLCHYK, BORIS, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 2006.
- KLEIN JOHN, "Good faith in international transactions, Pace Law School Institute of International Commercial Law", en: *Liverpool law review*, 15, (1993), págs. 115 a 141. Igualmente en CISG Pace Database, Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Klein.html>.
- LANDO, OLE; BEALE; HUGH (edición), *Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II*, edición española a cargo de: Pilar Barres Benlloch; José Miguel Embid Irujo; Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LARROUMET, CHRISTIAN, *Teoría general del contrato*, v. 1, traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1999.
- LARROZA, RICARDO OSVALDO, "La buena fe contractual", en: Rubén S. Stiglitz (Director), *Contratos, teoría general*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 239 a 255.
- LEÓN HURTADO, AVELINO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 3^a edición, Santiago, 1979.
- LÓPEZ MESA, MARCELO; TRIGO REPRESAS, FELIX A., *Tratado de la responsabilidad civil, cuantificación del año*, La Ley Buenos Aires, 2006
- LLOBET I AGUADO, JOSEP, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MAGNUS ULRICH, *Remarks on goodth faith*, en: CISG Pace Database, Pace Law School Institute of Internacional Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>.
- 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*, Jorge Oviedo Albán (Director), Ibáñez, Bogotá D.C., 2008, págs. 151 a 208.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, T.1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.
- MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA, "Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general", En: MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA; VELA TORRES, PEDRO JOSÉ; PRIÉS PICARDO, ADOLFO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. 30 Tratado de derecho mercantil, Directores: Manuel Olivencia; Carlos Fernández Novoa; Rafael Jiménez Parga; Coordinador: Guillermo Jiménez Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MONATERI, GIUSEPPE, "*La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano*", en: ALPA, GUIDO; BIANCA, C. MASSIMO; CORSARO, LUIGI, y otros, *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942 – 2002)*, selección, traducción y notas de Leysser L. León, Ara editores, 2^a edición, Lima Perú, 2004, págs. 525 a 577.
- OVIDEO ALBÁN, JORGE, *Regulación del contrato de compraventa internacional*, Ibáñez, Bogotá D.C., 2008.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "Una aproximación al artículo 7º de la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional", en: *Cuadernos*

- de derecho y comercio* n° 16, Madrid, (1995) págs. 55 a 88. Igualmente en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>.
- PERALES VISCASILLAS, PILAR, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)”, en: *Revista de Derecho Mercantil*, n° 223 (1997), págs. 221 a 297, igualmente en CISG Pace database, Pace Law School, Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL; VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de derecho privado, obligaciones*, 2^{da}, reimpresión de la 1ra edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- SANTOS BALLESTEROS, JORGE, *Instituciones de responsabilidad civil*, T. 1, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1996.
- SCHLECHTRIEM, PETER, *Uniform sales law, The UN – Convention on contracts for the international sales of goods*, Manz, Vienna, 1986. Disponible en CISG PACE Database, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>.
- SCHULZE, REINER, “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual europeo”, en: *Anuario de derecho civil*, (2006), págs. 29 a 58.
- SCONAGMIGLIO, RENATO, *Teoría general del contrato*, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, Bogotá, 1991.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en: *Vniversitas*, n° 108, (2004), págs. 281 a 315.
- SOZO, GONZALO, *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del periodo precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- STIGLITZ; STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- STITCHKIN BRANOVER, DAVID, *El mandato civil*, 3^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
- UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, 2^a edición en español editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, Roma, 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *Tratado de responsabilidad civil*, T. 1, 2^a edición, Legis, Bogotá, D.C., 2007.
- VATTIER, CARLOS; DE LA CUESTA, JOSÉ MARÍA; CABALLERO, JOSÉ MARÍA (Directores); *Código europeo de contratos*, Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), I, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Dykinson, Universidad de Burgos, Madrid, 2003.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, TOMÁS, *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000.
- VINEY, GENEVIEVE, *Introduction à la responsabilité*, Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1995.
- VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las obligaciones*, traducido del alemán por W. Roces, T. 1, Editorial Reus, Madrid, 1934.