

**ARTÍCULOS DE  
INVESTIGACIÓN**



# DISERTACIÓN PARA UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN EN COLOMBIA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*\*

Vladimir Monsalve Caballero\*\*

---

\* Este artículo es el tercer avance de la investigación “Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad precontractual”, adelantada por el grupo de Estudios en Derecho privado, categoría B, según Colciencias, convocatoria 2006.

\*\* Abogado, Universidad de Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial y Financiero. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho privado (DEA), Universidad de Salamanca (España), Master oficial en Regulación Económica, Universidad de Salamanca. Doctor (c) en Derecho Privado, Universidad de Salamanca (España). *vlachomonsalve@hotmail.com*

## Resumen

*El ordenamiento jurídico reconoce o admite que la autonomía privada sea el punto de partida y conformación del contrato, pero no hasta el extremo de considerar que, así las negociaciones preliminares permitan la concreción de un contrato, éste tenga un sistema propio, o autónomo, que esté sujeto a los términos incluidos en el texto contractual. Por el contrario, las reglas generales del juego siguen siendo las establecidas por el marco normativo en su conjunto y, por tanto, ellos comparten una necesaria adecuación del acuerdo contractual (lex privata,) a las mismas. Así, el principio de buena fe se hace presente, se extiende de igual forma, en el contenido de eticidad de cada acto que deba examinarse a la luz de las circunstancias particulares, direccionando las conductas humanas, y en especial los actos y contratos que gobiernan la convivencia, de tal forma que estas prescripciones generales siempre serán aplicadas no sólo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación como el de perfeccionamiento y ejecución. La doctrina europea, y en especial la italiana y la española, en los últimos años han venido encontrando en la buena fe la fuente de unos deberes secundarios de conducta, que rigen la relación jurídica prenegocial, y que han conllevado a una nueva construcción dogmática sobre la naturaleza, fundamento y extensión de la responsabilidad precontractual.*

**Palabras claves:** *Culpa in contrahendo*, tratos preliminares, responsabilidad precontractual, formación contractual.

## Abstract

The juridical classification recognizes or it admits that the private autonomy is the starting point and conformation of the contract, but not until the point of considering that, the preliminary negotiations allow this way the concretion of a contract, this he/she has an own, or autonomous system that this subject to the terms included in the contractual text. On the contrary, the general rules of the game continue being the established ones for the normative mark in their combined one and therefore they share a necessary adaptation of the contractual agreement (lex privata,) to the same ones. Thus, the principle in good faith becomes present, it extends of equal form, in the content of each act that should be examined by the light of the particular circumstances, addressing the human behaviors and especially the acts and contracts that govern the coexistence, in such a way that these general prescriptions, will always be applied, not only to the contractual agreement, but also they will also be called to govern the whole process of formation, as that of improvement and execution. The European doctrine and especially the Italian and the Spaniard, in the last years, they have come finding in the good faith, the source of some secondary duties of behavior that govern the juridical prenegocial relationship, and that they have borne to a new dogmatic construction about the nature, foundation and extension of the precontractual responsibility.

**Key words:** *Culpa in contrahendo*, pre-contractual dealings, pre-contractual responsibility, contractual formation.

*Fecha de recepción:* 4 de diciembre de 2006

*Fecha de aceptación:* 28 de junio de 2007

## PRESENTACIÓN

Hasta hace algunos años, los tratos preliminares no tenían relevancia jurídica; de hecho, con frecuencia grandes tratadistas civiles ni siquiera los enunciaban al momento de redactar sus afamados tratados sobre derecho de las obligaciones<sup>1</sup>, pero éstos resurgieron con la nueva contratación moderna y con el proceso de declinación del formalismo de los códigos civiles<sup>2</sup>; prueba de lo anterior es el interés que generaron en los doctrinantes alemanes, italianos, franceses y españoles del siglo XX. A pesar de que en la actualidad se han dado grandes avances, y al momento de abordar la teoría de la formación contractual esta temática es de obligado estudio, no se ha logrado consolidar una dogmática y, por tanto, una doctrina frente a sus límites, alcances, naturaleza jurídica y características.

En el panorama latinoamericano, el tema sin duda se presenta con mayor desolación, aquí no hay confrontación, y la influencia que ejerció la clásica escuela francesa en don Andrés Bello parece que sigue extendiendo sus raíces, no sólo en los códigos civiles que él dirigió y acompañó, sino en las clásicas e inamovibles posturas de los altos tribunales judiciales, que han optado por las posiciones más radicales al momento de establecer el fundamento dogmático de la responsabilidad precontractual originada en la ruptura de los tratos preliminares.

<sup>1</sup> Son los seguidores de la escuela clásica, quienes incluso manifiestan que el consentimiento nace entre el concurso de la oferta y la aceptación, olvidando el período de formación, propiamente el período de los tratos preparatorios. Entre estos exponentes se encuentra principalmente en la clásica y codificadora escuela francesa a, entre otros, Planiol, M. et Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de Derecho civil Francés*, T.VI. Trad. Díaz Cruz C. La Habana: Editorial Cultural S.A; Ripert, G. et Boulanger, J. (1957). *Traité de droit civil*, t. 2; Gaudemet, E., *Théorie générale des obligations*, t.1 par Desoix, H et Gaudemet, J. (1965); Jossierand, L. *Derecho Civil*, tomo II, vol. I, *Teoría general de las obligaciones* (p. 40). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cía.

<sup>2</sup> En todas legislaciones formalistas hasta el siglo XVIII en Europa, la voluntad manifestada no tenía efectos jurídicos si ésta no se expresaba de conformidad con las solemnidades contractuales establecidas. En tales legislaciones, donde la forma era indispensable para que nacieran las obligaciones a cargo de las partes, no era concebible que en las negociaciones de un contrato se produjeran obligaciones para los sujetos negociales; este panorama cambia sustancialmente con la aparición de los códigos civiles, ya que en aquellos cuerpos legales se buscaba en todo proteger a las partes y a sus intereses, de tal forma que comienzan a desaparecer formalismos donde a pesar de no subsistir los contratos, podían originarse obligaciones resarcitorias, de modo que con la entrada y aplicación de estos nuevos cuerpos legales comienza un proceso de declinación de las solemnidades mantenidas gracias a la costumbre y a las prácticas comerciales y sociales de los siglos XVIII.

Las necesidades del tráfico, los altos niveles de diligencia exigibles a las partes, la objetivación de los regímenes de responsabilidad, entre otros, y en general el normal proceso de adaptación del derecho a las circunstancias circundantes del comercio, han conllevado a que desde mediados del siglo pasado en Europa continental se comiencen a reformular los principios y reglas de la responsabilidad civil, y en la actualidad se esté comenzando a gestar un inevitable cambio de visión, lo cual ha llevado a que se utilicen y adopten novedosas posturas al momento de la formulación de los supuestos de imputación jurídica del daño precontractual. No obstante, como ya se dijo, y especialmente en el panorama colombiano, dicha dinámica jurídica en algunos casos todavía no se plantea, y en otros, los pasos de transformación y cambio se dan diezmada y paulatinamente, teniéndose en esta materia todo un marco jurídico, que hoy día añorarían los franceses y por demás españoles y otros países de la Europa continental. Por lo anterior, es necesario precisar unos fundamentos históricos y dogmáticos sobre la responsabilidad precontractual, y posteriormente se presentarán unas reflexiones para una posible regulación en la materia.

## 1. GENERADORES DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

En general, los autores que se han planteado la cuestión en el siglo XIX y XX, la habían resuelto en sus inicios al rechazar cualquier concepto de daño generado con ocasión de la fase inicial de la formación de los contratos, dado que al realizarse la intervención en esta etapa con ánimo de no obligarse, podían los sujetos apartarse o desistir en cualquier momento de las negociaciones, con lo que las partes no hacían más que ejercitar un derecho, y por tanto no había lugar a generador alguno de responsabilidad civil.

Hoy día, ese posicionamiento jurídico ha cambiado sustancialmente y se considera en la actualidad que en la medida que las partes comienzan a remover todos esos obstáculos que surgen normalmente en los primeros acercamientos en los negocios, comienza a generarse poco a poco un interés más cercano en la celebración del contrato. Sin duda, esa libertad con la que las partes se acercaron comienza a desaparecer y, por tanto, si el comportamiento de las partes afirma una realización cada vez más segura de la celebración del tan esperado acuerdo, el interés jurídico tutelado se inclina por proteger a quien se le han frustrado sus expectativas legítimas.

Desde sus inicios los generadores de la *culpa in contrahendo*<sup>3</sup> han sido diversos, y cada vez que se abordaba el tema por parte de las diferentes doctrinas se limitaba o se extendían los alcances de los mismos, teniendo, eso sí, como eje central de la discusión la ruptura intempestiva de las negociaciones fuera de los tiempos o circunstancias discrecionales en los casos en los cuales no se alcanzaba a celebrar un acuerdo de voluntades. Ahora si se acuerda a los adjetivos, arbitrario e intempestivo, el significado que ordinariamente tienen, debe concluirse que Faggella<sup>4</sup> y sus partidarios hacen nacer la responsabilidad *in contrahendo* de una ruptura adoptada unilateralmente<sup>5</sup>. No obstante esta calificación no es siempre sencilla, ya que no se tienen antecedentes legales que regulen la institución en la mayoría de estados con tradición jurídica latina<sup>6</sup>, sino también por la vaguedad del concepto que no permite asentar en el fundamento de la obligación de resarcir, lo que hace que esta valoración sea una tarea básicamente jurisprudencial y doctrinal.

<sup>3</sup> Estos generadores de la *culpa in contrahendo* se presentan en la fase de formación contractual; ahora, lo que sucede es que se podrán clasificar dependiendo de si hubo o no acuerdo de voluntades. Si existe, por tanto, un acuerdo perfecto, la doctrina ha abordado esta temática desde la nulidad por vicios de voluntad (consistente en error); si, por el contrario, nunca se llegó a celebrar el contrato, hablamos de la ruptura injustificada de las negociaciones, tema en el cual centraremos nuestros esfuerzos, de conformidad con nuestros objetivos propuestos.

<sup>4</sup> Los escritos de este afamado jurista italiano llegan a la doctrina europea como consecuencia del rechazo y total oposición que este escritor hiciera a los estudios del maestro alemán IHERING, R., *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans le conventions nulls ou restees imparfaites. Oeuvres divisies*, traducción francesa de O. De Meulenaere, 1893, tomo II, p., 1 a 100, célebre romanista, quien fue el primero que se ocupó del tema de la *culpa in contrahendo*. Son éstos los principales escritos de FAGGELLA, G. *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ad esatta costruzione scientifica*, “*Studi fadda*”, III, p. 269; *I periodi precontrattuali e la responsabilita precontrattuale*, Roma, 1918, p. 36; *Fundamento giuridico Della responsabilita in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Guiar*, 1909, p. 128. Son de destacar también los artículos publicados por este mismo autor en la *Rev. Crítica*, 1909, p. 1 y ss., en la *Giur. Ital.*, 1917, IV, I, en la *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II, p. 1016, y 1917, p. 129; en *Arch. Guiar.*, 1909, p. 128 y ss.

<sup>5</sup> Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia sentencia de la Sala Civil del 23 de noviembre de 1989, expediente 2435, y en la sentencia del 27 de junio de 1990, expediente 239; ver también, expediente 13405 de 7 de junio de 2001, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, y en la sentencia de la Sala Civil del 2 de agosto de 2001, exp. 3561 de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>6</sup> Siendo en el caso europeo Italia (1337, 1338 C.C.) y Portugal (227Cc), en el caso latinoamericano está regulado exclusivamente en la legislación comercial de Colombia (863 C. de Co.).

## 2. LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

### 2.1. Su regulación

El estudio de la responsabilidad originada en el *iter contractus* ha tenido bastantes seguidores, especialmente en países donde se encuentra tipificada la materia, tal es el caso italiano, en sus artículos 1337<sup>7</sup> y 1338<sup>8</sup>, normas pioneras en la órbita europea, donde gracias a su existencia, la doctrina y la jurisprudencia han presentado grandes avances al respecto. Sin duda, esta codificación, así como la doctrina que se ha construido sobre la materia, ha tenido su repercusión en varias codificaciones europeas; por citar un ejemplo, encontramos la norma griega del artículo 197 y 198<sup>9</sup>, en similares condiciones se encuentra la normativa portuguesa; allí, con la confección de su novísimo Código Civil, se consagró en el art. 227<sup>10</sup>, y desde el entonces el tema de la *culpa in contrahendo* ha sido objeto de múltiples pronunciamientos no sólo de la jurisprudencia sino también por parte de la doctrina, influenciada en gran parte por la experiencia italiana y alemana, y en el caso alemán, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de la materia desde cuando Ihering llegó al opúsculo con su magistral escrito; desde entonces, esta responsabilidad ha ido acreciendo con múltiples aportes, y en especial de notables fallos del *Reichsgericht*, los cuales poco apoco han ido marcando un hito<sup>11</sup> en la

---

<sup>7</sup>Art. 1337: TRATTATIVE E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

<sup>8</sup> Art. 1338: "Conoscenza delle cause d'invalidità La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

<sup>9</sup> Art. 197: "Au tours des négociations, pour la conclusion d'un contrat, les parties se doivent mutuellement la conduite dictée par la bonne foi et les usages dans le rapports d'affaires". Y el Art. 198: "Celui qui a cause, par sa faute, un préjudice à l'autre partie, au cours des négociations, pour la conclusion d'un contrat, este tenu a réparation même si le contrat n'a pas été conclu. La disposition relative a la prescription des réclamations nées d'actes illicites s'applique para analogie a la prescription de cette réclamation".

<sup>10</sup>Art. 227: "(Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia (com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

<sup>11</sup> Por referenciar alguno, famoso el caso del *Linoleum*, cuyo posicionamiento jurídico fue acogido favorablemente por la doctrina alemana, la cual no se limitó a adherirse a la construcción hecha, sino porque atribuyó a la relación preparatoria la naturaleza de contrato. A pesar de las críticas, los autores germánicos no abandonaran la idea del *reichsgericht* de incluir entre los deberes

historia y evolución de la *culpa in contrahendo*, cuyos resultados se ven reflejados en el actual BGB<sup>12</sup>, ya que a pesar de que no se contemplaba en su texto original de 1896 norma expresa, tras la reforma introducida por la ley de modernización del derecho de obligaciones del 26 de noviembre de 2001, la contiene en el parágrafo 311.2<sup>13</sup>.

Con la aparición de las primeras normas que regularon la materia en el código civil italiano y posteriormente el portugués, a pesar de que en dichos ordenamientos existían normas que desarrollaban el *neminem leadere*, que protegían al dañado por otro, se buscó dar relevo a las llamadas cláusulas generales, propias de la codificación napoleónica. Esto conllevó a denominar con más ahínco al código civil italiano como un código moderno, al desarrollar expresamente postulados sobre las conductas que debían optar las partes en la etapa de formación contractual, aserto que caracteriza uno de los parámetros de la novedad del ordenamiento, ya que como es sabido, la valorización de los comportamientos humanos a la sombra de la buena fe anda de la mano con el progreso del derecho. (Es posible hablar de progreso en cuanto al derecho como en cuanto a otra expresión del espíritu humano)<sup>14</sup>.

---

*in contrahendo* los de conservación, procurando apenas una justificación que no fuera como las precedentes, pero abierta a las objeciones. Se sustentó entonces que quien inicia negociaciones expone la propia esfera jurídica a riesgos y peligros que sin ellas no existirían, entran en una zona de inseguridad por el hecho de que la actividad negligente de la otra parte puede resultar dañosa y perjudicial a los bienes y a la misma persona. Por tanto, la regla de la buena fe (242BGB) completaría y reforzaría la tutela de los dos derechos absolutos ya previsto en el 823 y 826 del BGB, de ahí surgió una serie paralela de las obligaciones (relativas) de protección.

<sup>12</sup> Bürgerliches Gesetzbuch. Si bien sólo hasta la reforma del año 2001 se consagraron expresamente normas sobre la materia, no quiere decir que en la elaboración del originario texto de 1886 no se tuviera en cuenta dicha teoría, ya que en los materiales que reflejan las distintas etapas de elaboración del BGB se puede constatar cómo fue ésa la denominación que se dio en primer lugar a la responsabilidad originada por vicios en los contratos válidos. Para mayor información, veáse, ASÚA GONZÁLEZ, C. (1989). *La culpa in contrahendo* (p. 32). Bilbao: Departamento de Publicaciones de la Universidad del País Vasco.

<sup>13</sup> 311.2 *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach. 241 abs. 2 entsteht auch durch [...], 2. die Andahmung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewahrt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte.* En castellano, a pesar de no existir una traducción se puede entender así: Si una parte proporciona a la otra la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos o intereses, o se los confía, con la intención de crear una relación contractual, o similares contactos negociales, puede surgir una obligación de las previstas en el parágrafo 241.2 del BGB.

<sup>14</sup> BENNATI, F. (1970). *A responsabilidade pré-contratual* (p.180). Traducción portuguesa de A. Vera Jardim. Coimbra: Almedina.

En los países donde no existen normas concretas sobre responsabilidad precontractual se acude a los clausulados generales, y en especial a la norma contenida en el art. 1382 del código napoleónico: *“Tout fait quelconque de l’homme, qui cause autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer”*. Norma consagrada en la totalidad de las legislaciones civiles de tradición latina, tanto europea como latinoamericana.

Si bien es cierto son éstos los únicos códigos<sup>15</sup> que regulan propiamente la materia de los tratos preliminares o formación contractual, no quiere decir esto que los diferentes casos de la *culpa in contrahendo* no sean regulados, o hayan sido tenidos en cuenta, al momento de moldear y estructurar los demás cuerpos normativos, y en especial los nacidos en el siglo XX. Estas novísimas inclusiones legales nos hacen pensar que existe dentro de la doctrina jurídica europea<sup>16</sup> un nascente interés para regular y controlar las actividades de las partes en la etapa negocial.

---

<sup>15</sup> En el plano no europeo no podemos dejar de mencionar la ley israelí sobre contratos (ley del *Knesset*, 1973-5733), que contiene una norma también muy acorde con el panorama ya estudiado, consagrando una norma específica sobre el comportamiento en la fase de la formación contractual. Dicha norma consagra: Art. 12. a) Los sujetos que adelantan las negociaciones de un contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe (*tom lev*) y de conformidad con los usos (*bederech mekubélet*). B) La parte que no se conforme de acuerdo a la buena fe y a los usos, está obligada a compensar a la otra parte de los daños causados en virtud de las negociaciones.

<sup>16</sup> En los diferentes procesos de unificación y armonización de la legislación europea es necesario destacar cómo las nuevas tendencias en los proyectos abanderados por las principales escuelas del pensamiento jurídico europeo, en el tema de los tratos preliminares tienen un especial tratamiento, tanto para la comisión LANDO, que elaboró los Principios de derecho europeo de los contratos (véase LANDO, O. (1995). *Principles of european contract law. Part 1: Performance, Nonperformance and remedies*. Martinus Nijhoff, y (2000). *Principles of european contract law. Part 1 and II, the Hague London*, Boston: kluwer, como para la Academia de los privatistas europeos, que publicó un Código europeo de contratos en 2001. Las publicaciones de Gandolfi se encuentran principalmente en italiano y francés; las más relevantes son: (2001). *Code Europeen des contrats avant- projets livre premier 1*. Milano: Giuffrè; (2001). *Sul progetto di un codice europeo dei contratti* (p. 455-473), RDC. Estos temas han sido de obligado estudio, puesto que en sus diferentes apartados se han consagrado concretas normas sobre el comportamiento de las partes en la formación contractual, situación ésta que se presenta en los últimos tratados celebrados que regulan la contratación internacional y propiamente la *lex mercatoria*, así UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*. Adoptes par le conseil de direction d’ Unidroit, a sa 83 eme session tenue a Rome (Italie) les 19-21 avril, 2004, 2.1.15. *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. 2. toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu’elle cause a l’autre partie. 3. Es, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu’elle n’a pas l’intention de parvenir a un accord.*

## 2.2. El caso colombiano

La situación que presenta normativamente Colombia es, sin duda, privilegiada<sup>17</sup>, ya que si bien el Código Civil plantea las normales cláusulas de cierre originadas en el *neminem leadere* consagradas en el art. 2341<sup>18</sup>, no obstante, al igual que los italianos, portugueses y alemanes, el código del comercio consagra en su art. 863 el mismo clausulado sobre el que se ha estructurado la doctrina de la responsabilidad precontractual europea. A pesar de lo anterior, teniendo este antecedente normativo, la doctrina, y en especial la jurisprudencia nacional, ha hecho caso omiso a la evolución que ha tenido en Europa central dicho tema, y ha optado por posturas y adoctrinamientos que muchas veces se presentan como verdaderas involuciones jurídicas.

Mientras en países como España y Francia se ha tenido que acudir a la integración de normas, en especial las referentes a la buena fe objetiva, para fundamentar el sustento jurídico de la responsabilidad precontractual, el panorama legislativo colombiano presenta un rico y fructífero sustento normativo; es entonces donde encontramos no sólo este tipo de normas como el art. 1603<sup>19</sup> del C.C., sino el art. 863<sup>20</sup> del C. de Co, donde expresamente se consagra la obligación de comportarse en el período precontractual de acuerdo con los mandatos y prescripciones de la buena fe.

<sup>17</sup> Similar situación se presenta en Paraguay, donde se regula esta institución en la Ley N° 1.183/85, Código Civil, art. 689: "En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe". Igualmente el artículo Art. 690 consagra: - "La parte que conociendo, o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiere dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato". Bolivia y Cuba al respecto hacen una trascripción literal de esta norma en el artículo 465 del código civil y en la ley de la contratación económica y comercial, de diciembre de 2003, art. 5 y 8, respectivamente.

<sup>18</sup> ART. 2341.—"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

<sup>19</sup> Art. 1603.—"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

<sup>20</sup> Art. 863.— "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

Aun así, los pocos pronunciamientos que sobre la materia ha hecho la Corte Suprema siempre se han destacado por no presentar un mayor interés por las cuestiones relativas a la fase preparatoria del contrato, y se ha limitado a ratificar el posicionamiento jurídico de la escuela clásica francesa, al afirmar

que las partes no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo, y como se está justo en el período precontractual, este consentimiento no se ha asentado y por tanto estos temas se encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana<sup>21</sup>.

Al estudiar en conjunto los diferentes pronunciamientos de la Corte, si bien presentan posturas y posicionamientos totalmente homogéneos, al momento de establecer la naturaleza de la responsabilidad precontractual con ocasión de la ruptura injustificada de los tratos preliminares, ha perfilado en diferentes ocasiones planteamientos que a juicio personal han pasado desapercibidos por la gran mayoría de doctrinantes nacionales<sup>22</sup>, y ante dichos conceptos, en algunas ocasiones contradictorios entre sí, frente a tan complejo panorama me permito presentar estas notas acerca de la institución precontractual.

---

<sup>21</sup> Se destacan en esta línea jurisprudencial las sentencias de casación civil del 11 de mayo de 1970. GJ N°s 2326 y ss., p. 124, sentencia del 28 de junio de 1989, en *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XVIII, N° 213, p. 597 y ss.; sentencia del 23 de noviembre de 1989. GJ, tomo CXCVI, N° 2435, p. 124; sentencia del 27 de junio de 1990, GJ, tomo CC., N° 2439, p. 304 y ss.; sentencia de casación, 13 de diciembre de 2001, expediente 6775. Sentencia de casación, 12 de agosto de 2001, expediente 6151, situación ésta que comenzó a reformularse por la escuela francesa desde comienzos del siglo XX y que cada día recibe más adeptos, pues han visto la necesidad de acondicionar y readaptar sus inamovibles posturas en el tema, y hoy por hoy, conscientes de la incoordinación jurídica existente frente a la ausencia de normas que regulen el comportamiento y sus consecuentes parámetros en la formación contractual, comienzan a estudiar y por tanto a reconocer los alcances del principio de la buena fe en el tema. Véase, entre otros: GENY, F. (1902), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, N° 172, p. 529, París; GHESTIN, J. (1980), *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat* (p. 23), París, LGDJ; VANWOKCL-ALEXANDRE, M. (1980) *La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats*, Ann. Dr. Lg., p. 20.

<sup>22</sup> Con excepción del profesor J. SANTOS BALLESTEROS, quien en sus diferentes tomos de *Instituciones de Responsabilidad Civil* (2ª reimpresión, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005) ha hecho especial énfasis en la indebida incoordinación que la Corte Suprema ha hecho a la materia (véase 59 y ss., tomo I, y p. ss., 227 y ss., tomo II), sentencias que en su momento el mismo se negó a suscribir, y sobre las que haremos alusión más adelante.

### 2.3. Precisiones conceptuales

Cuando se habla de la ruptura de las negociaciones estamos frente a un abandono a ese acercamiento que tuvieron las partes con ocasión de la celebración de un eventual negocio. Es justo en este momento en el que entra en juego el principio de la autonomía de la voluntad y, en concreto, el enfrentamiento respecto al mismo de dos tendencias fundamentales y opuestas. Por un lado, una parte que considera que al estar en los negociaciones preliminares está dentro de su libre discrecionalidad el retiro de las mismas y, por otra parte, aquel que considera “lesionado su interés de confianza” frente a las expectativas frustradas y los perjuicios originados por la ruptura de los tratos por parte de su opositor<sup>23</sup>.

En la actualidad es doctrina pacífica, la integración de estos dos conceptos, reconociendo que en la etapa de los tratos preliminares, de acuerdo con la libertad contractual, los tratos no obligan a contratar, de ahí que las partes sean libres de no seguir negociando. Y es que durante esta etapa preparatoria “los intervinientes tratan, pero no contratan, hay *tractatus*, pero no *contractus*<sup>24</sup>; ahora, lo que sucede es que cuando una parte, por su forma de comportarse, ha generado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión de un negocio, lícito es que para interrumpir los tratos necesite una justa causa, cualquier excusa o pretexto invocando la consabida libertad contractual no han de servirle

<sup>23</sup> Este debate se remonta a la época de la escuela pandectista alemana. Este conflicto surge cuando aparece una diferencia existente entre lo realmente querido y lo realmente declarado; esta divergencia plantea un conflicto de intereses entre el que declara de manera involuntaria y el destinatario de la declaración, pues mientras aquél intentará que prevalezca su voluntad interna, éste sostendrá el valor de la declaración en la que ha confiado. Recuérdese que justamente en el enfrentamiento de quienes sostenían estas diferentes teorías tuvo origen la doctrina de *la culpa in contrahendo*. Por una parte, la doctrina de la voluntad (*willenstheorie*) defiende que la declaración no corresponde a la voluntad efectiva de quien la emite, ésta no tiene eficacia alguna; por el contrario, la teoría de la declaración (*Erklärungstheorie*) defiende que en el derecho debe prevalecer la declaración como símbolo máximo de manifestación de la voluntad. Y en tal caso, si éstas no coinciden, por seguridad jurídica debe prevalecer lo manifestado. Véase, SAVIGNY, F., *Traité de droit romain*, T. III, p. 249 y ss.; JORDANO FRAGA, F. (2988). *Falta absoluta de consentimiento interpretación e ineficacia contractuales* (p. 39). Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España; PIETROBON, V. *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 80 y ss., donde se encuentra una abundante bibliografía, especialmente alemana, sobre los fundamentos de cada una de estas escuelas y la importancia que tuvieron las mismas para la civilística europea.

<sup>24</sup> CALUSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontractuale. *Riv. Trim. Dir e proc. Civile*, I, p. 470 y ss.

para justificar una ruptura, la que no podría calificarse de otra manera que de caprichosa, con la consiguiente acusación de daños a la parte que de buena fe había confiado en la seriedad, corrección y congruencia de unos comportamientos humanos, de tal manera que se había hecho dogma de aquella creencia que afirma que nadie podrá hacerle creer a la otra parte que las cosas son diferentes de como realmente son<sup>25</sup>.

La tutela de la confianza siempre ha sido controvertida. Debido a la ausencia de norma nacional como extranjera que logre respaldar concretamente su protección, los doctrinantes acuden a las diferentes normativas, y en especial a las que regulan los casos de la buena fe *in contrahendo*<sup>26</sup> en los tratos preliminares, tratando de colmar la laguna legislativa de la responsabilidad, entonces se busca la protección normativa en las reglas tanto abstractas como las específicas de la buena fe.

### 3. LA INTEGRACIÓN DE LA BUENA FE EN EL MOMENTO DE FORMACIÓN CONTRACTUAL

El ordenamiento jurídico reconoce o admite que la autonomía privada sea el punto de partida y conformación del contrato, pero no hasta el punto de considerar que aunque las negociaciones preliminares permitan la concreción de un contrato, éste tenga un sistema propio, o autónomo, que esté sujeto a los términos incluidos en el texto contractual. Por el contrario, las reglas generales del juego siguen siendo las establecidas por el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por tanto, compartan una necesaria adecuación del acuerdo contractual (*lex privata*) a las mismas. Y como es obvio, dicha adecuación no cabe entenderla limitada al momento germinal del contrato, con preterición de su posterior

---

<sup>25</sup> En las diferentes sentencias de casación civil proferidas por la Corte Suprema de Justicia anteriormente relacionadas se comparten dicho posicionamiento. De igual forma, a grandes rasgos, éste es el postulado defendido por

<sup>26</sup> Consagradas expresamente en el art. 1337 del *codice civile*, 227 del código portugués y 863 del Código de Comercio colombiano. Sobre esta materia, MENGOLI, L. (1956). En comentario a la sentencia del tribunal de Roma del 24 de gennaio de 1955 *Sulla natura ella responsabilita precontrattuale*, *Rivista del diritto commerciale*, anno LIV, p. 370, afirma que la relevancia de la confianza como elemento esencial de la negociación resulta expresamente del art. 1337 1338 y 1398 y del resto e implícitamente en el contenido extenso de la buena fe objetiva, revisada en el punto como norma de tutela de la confianza de un sujeto en la lealtad probidad y corrección, del otro sujeto, con el cual el primero había entrado en una relación negocial.

desenvolvimiento y ejecución. Esto es, que resulta inacabable reducir la cuestión a la existencia de los requisitos esenciales o estructurales del contrato regulados en el art. 1502 C.C. y ss., y establece que a partir de tal momento el ordenamiento jurídico se declara sometido y sojuzgado a la autonomía privada<sup>27</sup>.

El derecho, como sistema regulador de las conductas humanas, siempre va a direccionar los actos y hechos que gobiernan la convivencia dentro de un ente social; esta regulación se hace por medio del ordenamiento legal, y en especial de las llamadas prescripciones o clausulados generales. De tal forma que éstos siempre serán aplicados no sólo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación como el de perfeccionamiento y ejecución<sup>28</sup>. La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal del art. 1603 del C.C., que se reconoce el carácter heterónimo tanto del contrato como de todo el ordenamiento legal. De tal forma que se podría afirmar que los acuerdos a los que llegan los sujetos contractuales son reglas, si bien autónomas, incompletas. Dentro de esta tendencia entonces aparece el principio de la buena fe como un horizonte orientador para las operaciones jurídicas en cuanto que a la misma naturaleza del derecho la ayuda, la suplen y la corrigen.

La buena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe, así lo estipula el art. 1603, y propiamente el art. 863 del Código de Comercio, que consagra: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

<sup>27</sup> Así lo reconoce también la sala civil de la Corte Suprema, sentencia del 2 de agosto de 2001, magistrado ponente, Carlos Ignacio Jaramillo J. Exp. 6146.

<sup>28</sup> GODREAU, M. J. (1992). Lealtad y buena fe contractual. *RCDI*, N° 609, marzo-abril, p. 292. En este mismo sentido, MIGUEL GONZALEZ, J. (1989). Observaciones en torno a la buena fe. En *Homenaje al profesor JUAN ROCA JUAN* (p. 497 y ss.). Universidad de Murcia: Scretariado de Publicaciones.

Según el mandato expreso de esta norma, la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos. “Así, la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ‘ejecución continuada’, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)<sup>29</sup>”, ya que, como se ha dicho en las páginas anteriores, son los conceptos de buena fe y el de la confianza los que inspiran la conducta de las partes en los tratos preliminares.

La buena fe *in contrahendo* se identifica y se relaciona en el actuar correcto que debe presidir todas las conductas humanas, y en especial en el período de formación contractual, exigencia que hace referencia al principio ético de no causar daño a otro<sup>30</sup>. Es decir, se comporta con buena fe objetiva la persona que procede en la forma acostumbrada, según el negocio de que se trate y los parámetros fijados por los usos negociales (art. 1603 C.C.), lo cual implica admitir la existencia de unos modelos estándares de conducta en el tráfico jurídico, lo que indica el acatar unas determinadas reglas que implican la celebración de actos jurídicos en un ambiente sano, recto y honesto.

De tal forma que la buena fe no sólo puede ser invocada para reprimir conductas abiertamente maliciosas o fraudulentas, sino también para imponer un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación<sup>31</sup>. Por lo tanto, este concepto no viene a sancionar una conducta específica, sino que su naturaleza y razón de ser es eminentemente prefijada no por el ordenamiento legal sino por unas expectativas sociales de comportamiento ejemplar y leal. Se observa que el principio de la buena fe viene, en definitiva, a constituirse en uno de los límites impuestos por el ordenamiento a la explicación de la autonomía privada.

---

<sup>29</sup> STIBLITZ, R.S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. I (p. 440). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>30</sup> En este mismo sentido, COSTANZA, M. (1989). *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede* (p. 28). Milano: Giuffrè editore.

<sup>31</sup> GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información* (p. 14). Madrid: La Ley.

Todo esto es compatible con las exigencias de la convivencia y de la solidaridad social; si tratamos de profundizar, éstas se presentan bajo un doble aspecto, cuya naturaleza puede imponer obligaciones positivas y negativas, como bien lo señala Betti<sup>32</sup>, las cuales se deben distinguir claramente: a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del *Alterum non laedere* y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. B) Bajo un aspecto positivo, que impone no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminadas a promover su interés<sup>33</sup>.

La confianza es el soporte de cualquier vínculo obligacional que pueda regir las conductas humanas<sup>34</sup>; desde los inicios de las mismas negociaciones, de conformidad con el tráfico normal, las partes interactúan y comienzan a cimentar las bases de un futuro acuerdo basado en los actuares leales y correctos. Y justo en ese estado de la negociación en la cual las partes se entregan confiadamente a la concreción de unas expectativas legítimas que se puedan tener, en ese mismo instante se justifica en todo la imposición del deber de lealtad.

Este deber de lealtad implica para las partes un actuar de cooperación permanente y constante, tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas de la contraparte; ello incluso puede representar el deber de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. Este deber básico está cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma leal frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza, pues es sabido que en este principio se fundamenta el contrato justo<sup>35</sup>. Razón tiene Fages<sup>36</sup> cuando afirma que en la práctica la buena fe implica la fe

<sup>32</sup> DIGESTO 1, 1, 10, 1.

<sup>33</sup> BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*, tomo I (p. 71 y ss.). Traducción y notas de J.L. De los Mozos. Madrid: RDP.

<sup>34</sup> DA ROCHA E MENEZES, A.M. (2001). *Da boa fe no direito civil* (p. 55). Lisboa: Colecao tesses.

<sup>35</sup> El principio de la lealtad no ha sido una preocupación exclusiva de los juristas, por el contrario, es de la discusión filosófica que se ha ahondado profundamente al respecto. Existen tres escuelas que abanderan distintas teorías, que justifican su existencia. Véase, los principios individuales de la equidad, de RAWLS, J. (1988), *La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique* (p. 279-317). Editions du Seuil, coll. Politique. Según este autor, en el desarrollo de los pueblos se va creando un orden justo de cooperación y descubrimiento,

de un comportamiento leal y de un comportamiento cooperativo. Con lo expuesto y de conformidad con el art. 863 del Código de Comercio, es indudable que la expresión *buena fe exenta de culpa* debe entenderse como objeto de la obligación, como deber de comportamiento o como los deberes secundarios de conducta. Así, desde el momento en que entran en contacto las partes están sujetas al cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes, los cuales han intentado ser clasificados por los diferentes estudiosos<sup>37</sup> que han abordado este tema, pero en todos lo que sí se ha tratado de unificar, y que aquí recogemos, es un deber de información, de secreto y de conservación o custodia, siendo además éstos los tres deberes que recogen los proyectos adelantados por la academia en los procesos de uniformidad y unificación del derecho europeo, al cual ya se ha hecho alusión<sup>38</sup>.

La doctrina moderna sustenta que los deberes precontractuales encuentran su fuente en la relación (en el contacto social) que nace entre las partes con el fin de preparar el contenido del futuro contrato. De manera que hoy la literatura jurídica germánica habla que todo se resume al significado de la ecuación relación precontractual = relación de confianza<sup>39</sup>. Esta relevancia de la confianza como elemento esencial

---

que se va extendiendo en la conciencia de todos los individuos y, a su vez, va afectando a otros. La teoría de la regla de la justa conducta, de HAYEK, A. (1996), *Procéduralisation du droit et négociation collective. Democratie et procéduralisation du droit. Sous dir. Coppens Ph, et Lenoble J*, Travaux des XVIIe d'études juridiques Dabin, J., organisées par le centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Université Catholique de Louvain, tome XXX (p. 171-196), Bruxelles, y la teoría de la ética de la discusión de HABERMAS, M. (1992), *De l'éthique de la discussion* (p. 115 y ss.), París: Ed. Cerf. Para muchos, éste es el fundamento ético de la democracia moderna. Según el autor, a cada comunidad, y propiamente a sus miembros, les corresponde discutir, dialogar y comunicarse, y así reglarse sobre las cuestiones morales, es decir, que las reglas básicas de su coexistencia. Esta doctrina se fundamenta en dos principios, la discusión y la universalización.

<sup>36</sup> FAGES, B. (1997). *Le comportement du contractant* (p. 300). Institut de droit des affaires, Université Aix-Marseille.

<sup>37</sup> Puede estudiarse PIOTET, P. (1963). *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit prive suisse* (p. 100 y ss.), Berne; BENNATI, F., A responsabilidade pré-contratual..., *op. cit.*, p. 47 a 96; CARRESI (1987). *Il contratto*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dirigido por Cicu y Messineo y continuado por MENGONI) 2, Milano, p. 440 y ss.; ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 887 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 63.

<sup>38</sup> Sin embargo, es de resaltar cómo, por ejemplo el proyecto del código europeo de los contratos de la Academia de Pavía, los enuncia expresamente en los artículos, 6, 7 y 8. También el proyecto los Principios del Derecho Europeo de los Contratos consagra los Deberes generales de los contratantes de conformidad con la buena fe contractual (Artículo 1:201).

no sólo del período de formación negocial, sino de todo el proceso contractual, está orientada en el propio concepto de la buena fe objetiva, reconocida expresamente como norma dirigida a la tutela de confianza y la lealtad, en correlación con el otro con quien primero se entra en relaciones negociales.

En 1990, la Corte Suprema reconoció la existencia de estos deberes de comportamiento, y destacó especialmente el deber de información, y afirmó que era obligación exteriorizar la buena fe, objetivizándola diligentemente ante la otra u otras partes interesadas, suministrando oportunamente todas las informaciones necesarias, y adoptando los comportamientos inequívocos pertinentes y cumpliendo los deberes preparatorios<sup>40</sup>.

En la actualidad, estos deberes de conducta, que otrora tuvieron en entredicho su existencia, gozan del reconocimiento continental; producto del mismo es que poco a poco éstos han ido adquiriendo su carácter normativo en las diferentes leyes, y en especial las que regulan el derecho de consumo. Su importancia y relevancia es tal que no se puede olvidar su inclusión dentro del derecho europeo de los contratos y del ordenamiento civil, donde los deberes de conducta gozan de una amplia y especial protección y se reconoce su origen en la buena fe contractual, lo cual sin duda da fin al debate suscitado especialmente entre la escuela aquiliana, que desconocía la existencia de estos deberes como unos deberes específicos que llegan a la esfera negocial cuando las partes comienzan las negociaciones<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Así lo consagran diferentes autores de la talla de STOLL (1936) en su obra *Die lehre von den leistungsstörungen*, Tübingen, p. 26; EICHLER (1950), en *Rie rechtslehre vom vertrauen*, Tübingen, p. 11 y ss., y ENNECCERUS-LEHMANN (1958), en *Recht der schuldverhältnisse* 15, T. I, Tübingen; BENNATI, F. *Culpa in contrahendo*, contratto e impresa..., *op. cit.*, p. 245, y en *A Responsabilidade pre...*, *op. cit.*, p. 140, y ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 849, cuando afirma en su escrito que la doctrina alemana establece casi unánimemente la siguiente ecuación: *vertragsverhandlungen = vertrauensverhältnis* (es decir, relación precontractual = relación de confianza).

<sup>40</sup> Sentencia del 27 de junio de 1990, GJ, tomo CC., N° 2439, p. 304.

<sup>41</sup> No se entiende cómo reconociendo la existencia de los deberes especiales de conducta, por parte de la Corte Suprema de Justicia, se pueda sostener al mismo tiempo la naturaleza aquiliana de la responsabilidad civil, posición adoptada por el alto tribunal cada vez que aboca el tema.

#### 4. LA RUPTURA CON OCASIÓN DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES EMANADOS DE LA BUENA FE

Para determinar si la parte que ha roto las negociaciones ha violado o no la buena fe en sentido objetivo, es necesario proceder a efectuar un juicio comparativo entre su conducta precedente, mantenida durante las negociaciones, y su conducta sucesiva, constitutiva de la ruptura (juicio cognitivo). De manera que si se observa que la conducta constitutiva de la ruptura no ha cumplido con el modelo de conducta de coherencia exigible, vulnerando la confianza despertada en su contraparte, por tanto, habrá que concluir que el deber de actuar de buena fe ha sido infringido. Aquí, el contenido de la buena fe expresa una valoración *a posteriori* (en el momento del cotejo), consistente en un cierto comportamiento considerado a prescindir de la motivación que lo ha determinado; puede considerarse oportuno y como tal justificado, si éste se ajusta a los cánones, de lo contrario deberá ser catalogado como generador de un daño por la inobservancia de las determinadas reglas del comportamiento, o *correttezza* para la doctrina italiana.

Aquí resulta oportuno indicar que para Galgano<sup>42</sup> las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad. Corresponderá al juez establecer dichas reglas con fundamento en el examen que realice de la costumbre, lo que puede conducir a un resultado que no coincida con su personal concepto de corrección o lealtad.

Concretamente, Jordano Fraga<sup>43</sup> afirma que el deber general de *correttezza* es un trasunto del de buena fe, éste no es sino el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio, situación que se comparte en todo y cuya definición servirá para reconstruir la función y el valor del principio de buena fe, asignándole, como efectivamente lo ha hecho la doctrina, un significado progresivamente mayor.

---

<sup>42</sup> GALGANO, F. (1992). *El negocio jurídico* (p. 453). Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>43</sup> JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual* (p. 136). Madrid: Civitas.

La obligación general de buena fe en la formación el contrato adquiere en las negociaciones preliminares un aspecto específico, *no obliga a no romper las negociaciones, pero exige no cortarlas cuando se ha suscitado en él la contraparte, la confianza en la conclusión del acuerdo*. El daño consistente en engañar la confianza creada deberá tener en cuenta la efectivamente instaurada en cada caso entre las partes<sup>44</sup>. La ruptura infundada de las negociaciones preliminares supone, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta repudiable y, por tanto, reprochable.

## 5. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES Y SU RELACIÓN CON LA NATURALEZA JURÍDICA

Frente al incumplimiento de los deberes emanados de la buena fe ya los estudiosos del tema en el siglo pasado se planteaban la cuestión sobre la naturaleza de estos deberes y la relación que tenían frente a los tratos preliminares. El debate se planteó desde dos ángulos totalmente opuestos, siempre teniendo como referencia la máxima romana *Alterum non laedere*, lo cual conllevó a posiciones necesariamente contrarias adoptadas por escuelas que veían en este principio el fundamento de una acción aquiliana, y otras que, por el contrario, planteaban que en la relaciones fundamentadas en el contacto social existían deberes especialísimos que constituían para las partes una vinculación jurídica que hacía ésta exigible al tenor de los cánones contractuales. También han existido por parte de las escuelas españolas y portuguesas posturas de quienes han propuesto la naturaleza de la ruptura de los tratos preliminares como los típicos casos de la formulación de un *tertium genus*<sup>45</sup>. Y también podemos encontrar en la materia a quien no le parece relevante el debate, puesto que en determinado momento se pueden

<sup>44</sup> SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute précontractuelle. En *Revue Trimestrielle de droit civil*, T. 72, París, p. 118.

<sup>45</sup> En el caso del derecho español, por ejemplo, el mismo Alonso Pérez en su escrito de la responsabilidad... *op. cit.*, p. 920 y ss. reconoce que esta figura tiene características para que en cierto momento pueda ser considerada como un caso de un *tertium genus*; también lo hace Manzanares Secades (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, ADC, p. 1007-1009, quien fundamenta su posición en los principios de la doctrina alemana sobre la confianza y sobre los alcances de la buena fe, pero que a falta de una normativa legal se inclina por la aplicación de *lege lata* al artículo 1902 Cc. En los mismos términos, Espin CANOVAS (1983). *Derecho civil Español III, Obligaciones y Contratos*, 6ª ed. (p. 380 y ss.). Madrid: Edersa. En el derecho argentino BREBBIA, R. (1987). *La responsabilidad precontractual* (p. 85 y ss.). Buenos Aires: Ediciones la Rocca, es partidario de una teoría autónoma de la responsabilidad

ejercitar ambas acciones (Contractual y la extracontractual) de forma alternativa o subsidiaria<sup>46</sup>.

### 5.1. La escuela aquiliana y la doctrina jurisprudencial colombiana

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

Con base en esta concepción se halla el criterio de que los tratos preliminares no conforman una obligación en sentido técnico, sino una simple relación de hecho que en ocasiones la actuación de los deberes universales impuestos a todas las personas y cuya trasgresión, siendo un acto ilícito, ocasiona la responsabilidad extracontractual<sup>47</sup>. Esta es

---

precontractual, fundamentada en lo relativo a las nulidades de los actos jurídicos (Lib. II, Sec. III, Tit.1 del Código Civil argentino), donde se contempla de manera específica el proceso de formación del acuerdo de voluntades, así como también la responsabilidad que incumbe a los contratantes en caso de nulidad o anulación de contratos, producida por alguna culpa de ellos (art. 1158 y 1159), y lo que se refiere al nuevo texto del art. 1198, ap. 1º., impone a los contratantes el deber de obrar de buena fe en la celebración del contrato de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En el derecho portugués, llama la atención que quienes proponen un *Tertium genus* se decantan por la naturaleza obligacional; son exponentes de esta doctrina: SOBRAL DO NASCIMENTO, P. (2003). *A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações*. Estudos em homenagem ao Prof. Doctor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, p. 249 y ss. Coimbra: Almedina. La responsabilidad emergente del art. 227 no se reconduce en las figuras de la responsabilidad obligacional ni en la delictual, sino a un *tertium genus*, pero al momento de materializar la acción se inclina por el régimen obligacional, resaltando que no se está técnicamente frente a obligaciones sino frente a deberes. ALMEIDA COSTA (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato* (p. 338), Coimbra Editora, al afirmar que se configura una tercera vía de responsabilidad civil, aplicando sobre todo el régimen de responsabilidad obligacional en lo que respecta a la presunción de la culpa. MENEZES LEITÃO (2002). *Obrigações*, vol. I (p. 338). Coimbra: Almedina.

<sup>46</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2003). *Ilicitud contractual, supuestos y efectos* (p. 541). Valencia: Tirant lo Blanch. Este autor cita diferente jurisprudencia del Tribunal supremo donde en diferentes casos se admiten la posible yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual a favor siempre del perjudicado.

<sup>47</sup> En el ámbito italiano son famosos los escritos de CARRESI (1965). *In tema di responsabilità precontrattuale*, Roma; *Il contratto*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dirigido por Cicu y

la postura adoptada por lo general en aquellos países donde no existe una norma concreta *ad hoc* sobre la responsabilidad precontractual. De manera que en Francia se aplican a este tipo de casos las normas del 1382 y 1383 del código civil, similar situación es aplicable en Suiza<sup>48</sup>, y en países como España se aplican las normas del 1902, y en Colombia la norma del 2341, que no son otra cosa que las cláusulas generales de reparación, en las cuales se obliga a todo aquel que en sus actos cause un daño, ya sea por culpa, dolo o negligencia, a reparar el daño causado.

Se sostiene enfáticamente que no se puede hablar entonces de responsabilidad contractual desde que en fase de negociaciones falta un vínculo obligatorio. Con ocasión de lo anterior y sustentando esta posición, es frecuente encontrar afirmaciones que consagran que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual<sup>49</sup>.

---

Messineo y continuado por Mengoni) 2, Milano, 1987, p. 734; FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*. Comentario del codice civile, Riretto de D'AMELIO y FINZI, E. (1948). *Libro dele obbligazioni*, I (p. 369). Firenze; SACCO (1975). *Trattato di diritto civile*. Il Contratto (p. 676). Dirigido por Vassalli, Utet, Torino; CALUSI, *In tema di trattative*, cit., p. 484; DELL'AQUILA (1980). *La correttezza nel diritto privato* (p. 72), Milano. Últimamente BIANCA (2000). *Diritto civile*, T. III, II, *Contratto*, 2ª edic. (p. 161 y ss.). Milano, Giuffrè Editore; PATTI, S. (1993). *Responsabilità precontractuale e contratti standard* (p. 35 y ss.). Giuffrè Editore, donde estos autores defienden la naturaleza extracontractual de las rupturas en la fase de los tratos preliminares.

<sup>48</sup> PIOTET, P. (1976). *De la culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse* (p. 24 y ss.), Berna. Afirma que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas.

<sup>49</sup> Véase TERCIER, P. *La culpa in contrahendo en droit Suisse. Premières journées juridiques yugoslavo-suissees*. Publications de l'institut suisse de droit compare, N° 21984, p. 229; PIOTET (1967). *De la culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, Berna; MAZEAUD-TUNC (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, tom. I vol., trad. de la 5ª edición francesa. Buenos Aires: De Alcalá-Zamora, edit. Juris. Europa-América, quienes son citados constantemente por la Corte Suprema para justificar su posicionamiento eminentemente extracontractual; COHERIER, C. (1939). *Des obligations qui naissent des pourparlers préalables a la formation des contrats* (p. 54). París: Publications Paris; VINEY, G. (1995). *Introduction a la responsabilité, en traite de droit civil*. Dirigido por J. Ghestin, 2ª ed. LGDJ, París, N°s, 196-200, pp. 354-366. En el caso español se puede citar a TORRALVA, V. (1984). *Lecciones de Derecho civil*, vol. II (p. 559). Barcelona: Publicaciones universitarias; MORENO QUESADA (1963). *La oferta de contrato* (p. 24). Barcelona: Ediciones Nereo, así como en sus obras *La oferta de Contrato*. En Revista de Derecho Notarial. Año IV- numero XIII- XIV, Julio diciembre de 1956, p. 122; *La*

## 5.2. La escuela contractualista, una adecuada posición

Situación muy diferente se aborda desde la escuela contractualista, ya que para los primeros estudiosos de la *culpa in contrahendo*, así como para los juristas pertenecientes a las nuevas corrientes del derecho italiano<sup>50</sup>, así como para el suscrito, los deberes emanados de la buena fe llegan a la relación jurídica entre las partes, justo en el momento en el que comienzan sus acercamientos, su contacto social<sup>51</sup>, por tal circunstancia dicha inobservancia es una relación contractual, encuadrable en una relación que en sentido lato podría calificarse como relación de obligación. Aquí se defiende que contrario a lo que creen los extracontractualistas, los deberes de protección existen con independencia de los deberes delictuales, especialmente son independientes de los deberes de seguridad del tráfico (*verkehrssicherungspflichten*).

Nótese que la principal característica que distingue a estos deberes radica en que los deberes de secundarios favorecen a un determinado sujeto, mientras que los deberes delictuales se dirigen a la generalidad. La inclusión de los deberes de protección en el círculo de la relación precontractual no es algo ajeno a la *culpa in contrahendo*. Ya las negociaciones contractuales determinan que las partes que puedan ser dañadas

---

oferta de contrato cuarenta años después, T. IV, derecho civil y derecho público, 1996, p. 4979 y ss. Madrid: Civitas; LASARTE ÁLVAREZ, C. (1994). *Principios de derecho civil*, T. III, contratos (p. 65). Madrid: Trivium; DE CASTRO, F. (1971). *El negocio jurídico* (p. 29 y 30). Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; MENENDEZ MATO (1998). *La oferta contractual* (p. 88 y 89). Pamplona: Arazandi; LOBATO DE BLAS, J.M. (1976). En consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, en *RGLJ*, p. 548; PASCUAL ESTEVIL, L. (1994). La responsabilidad precontractual. En revista *La Ley*, N° 4, p. 944, quien además, califica como una ficción legal producto de mentiras útiles, el tratar de encuadrar dicha responsabilidad como contractual.

<sup>50</sup> MANCINI, C. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro* (p. 53 y ss.). Milán: Giuffrè Editore; MENGOLI, L. (1956). En comentario a la sentencia del Tribunal de Roma del 24 de gennaio de 1955; *Sulla natura ella responsabilità precontrattuale. Rivista del diritto commerciale*. Anno LIV, p. 393. STOLFI (1968). *Sulla responsabilità precontrattuale del minore Riv.Dir. Comm.*, p. 165; BENATTI, F. (1970). *A responsabilità pré-contractual* (p. 149 y 153). Traducción portuguesa de A. Vera Jardim. Coimbra: Livraria Almedina.

<sup>51</sup> IHERING, *op. cit.*, p. 40 y ss.; CHIRONI (1973), *op. cit.*, p. 100 y ss.; VISINTINI (1972). *La reticenza nella formazione dei contratti* (p. 98 y ss.), Padova; MESSINEO (1973). *Il contratto in genere*, I (p. 365), Milano, quien antes había defendido la naturaleza aquiliana; STOLFI (1968). *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, Riv.Dir. Comm., p. 275; y del mismo autor, *in tema di responsabilità precontractuale*, in foto it, 1954 il. Col 1100; MENGONI, *op. cit.*, p. 361 y ss.; SCOGNAMIGLIO (1968). *Responsabilità contrattuale ed extracontractuale*. Novissimo digesto Italiano XV, Torino, p. 675; DE CUPIS, A. (1966). *Il danno*, vol. I (p. 99). Milano: Giuffrè Editore.

están protegidas por estos deberes, que son en esencia precontractuales, que surgen en las negociaciones basadas en la confianza (*in anspruch genommenes und gewahrtes Vertrauen*)<sup>52</sup>.

Con la reforma incorporada al BGB en el 2001 no se hizo otra cosa que transformar una costumbre jurídica aceptada (que comenzó con la teoría la relación jurídica preparatoria de Stoll<sup>53</sup>) a una norma clara y precisa frente al efecto jurídico-vinculante que tienen las relaciones jurídicas preparatorias y la relaciones obligatorias negociales. De manera que hoy día en el panorama jurídico germano los deberes precontractuales de comportamiento traen su causa en la relación obligatoria nacida de las conversaciones precontractuales.

Hasta aquí se ha dicho que es indudable que con la iniciación de las negociaciones se establece una relación de confianza que impone recíprocas obligaciones con un contenido positivo, y por tanto es procedente asimilar la *culpa in contrahendo* a la imputabilidad contractual, es decir, a aquella imputabilidad, a aquella culpa, que se encuadra en una relación de obligación. Ahora, recuérdese que en principio en los tratos preliminares impera ante todo la libertad contractual, la cual comienza a limitarse en la medida en que las negociaciones avanzan y el nivel de confianza y diligencia es mayormente exigible a las partes; cuando las partes han llegado a un punto en el que se ha hecho nacer expectativas bien fundadas, es cuando se puede afirmar que al ponerse socialmente en contacto surge para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone eventualmente no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas tal y como cada uno las conoce según su ciencia y conciencia<sup>54</sup>. Ya se dijo que por vía del art. 1603 del Código

<sup>52</sup> Así lo pone de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000). *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral* (p. 59). Madrid: Civitas; FROST (1981). *Vorvertragliche, und vertragliche Schutzpflichten* (p. 23). Berlín.

<sup>53</sup> STOLL, H. (1936). *Die lehre von den leistungsstörungen* (p. 143). Tübingen. Su fundamento radica en que las partes desde el mismo instante en el que entran en contacto están vinculadas a una relación jurídica contractual, y por ende, tanto el periodo de las negociaciones como el de la conclusión contractual están bajo el ámbito contractual; ya la sola invitación de entrar en negociaciones constituye para este autor un acto jurídico unilateral, bien la oferta, o bien la invitación a entrar en negociaciones.

<sup>54</sup> Véase BETTI, E., *op. cit.*, p. 93.

Civil, cuando se aborda esta temática de los daños causados en vía de formación del contrato, no puede hablarse de otro tema que del contractual, ya que el actuar dañoso del causante del perjuicio incumple no sólo las obligaciones que surgen directamente de la imposición del art. 863 C. de Co.; no obstante lo anterior, en los casos como el español y el francés, la doctrina reconoce que aun no existiendo una norma expresa que los reconozca, éstos hacen parte del ordenamiento de la relación *inter partes*, situación ésta que con la función integradora de la buena fe y de la norma en mención hacen posible su exigibilidad<sup>55</sup>.

Díez Picazo reconoce que ésta debe ser la aplicación de este artículo, y afirma que “los deberes accesorios o de conducta tienen su fundamento en la órbita contractual estricta, entre otras razones, porque de otra manera quedaría sin contenido el precepto cardinal del artículo 1258 del Código Civil y además, porque los deberes nacidos de una relación contractual –sean unos u otros específicamente pactados– deben tener un tratamiento uniforme en sede contractual”<sup>56</sup>.

Por tanto, en la práctica es especialmente importante que la responsabilidad por infracciones de un deber de conducta precontractual se rige por los mismos principios que la responsabilidad por infracción de deberes de conducta contractual. De ahí que cada parte soporte la culpa por las personas de que se sirva para la preparación de la conclusión y para el cumplimiento de los deberes precontractuales que en dicha preparación le afectan, respondiendo ellos por su propia culpa<sup>57</sup>. De ahí también que este parámetro objetivo de conducta leal integre

---

<sup>55</sup> En los mismos términos, ASÚA GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 247 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, p. 50 y ss.; DE LOS MOZOS, J. L. (2001). Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato. En *Estudios de Responsabilidad civil, en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (p. 124 y ss.). Editorial Ciudad Argentina y Dikynson, s.l.; GARCÍA AMIGO, M. (1980). “Integración del negocio jurídico”, *Revista del Derecho Notarial*, Madrid, p. 118; OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA (1980). *Teoría general de los actos o negocios jurídicos* (p. 409 y ss.). Bogotá: Temis; MESSINEO, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Doctrinas generales (p. 483). Traducción de S. Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América; SCOGNAMIGLIO, R. (1983). *Teoría general del contrato*. Traducción de F. Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; STOLFI G. (1959). *Teoría del negocio jurídico* (p. 285). Madrid: Editorial RDP; VATTIER FUENZALIDA, C. (1987). “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *Anuario de derecho civil* (p. 495 y ss.). Madrid, y SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Revista Universitas*, julio-diciembre, Universidad Javeriana, Bogotá.

<sup>56</sup> DIEZ PICAZO, L. En el prólogo de la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *op. cit.*, p. 19.

<sup>57</sup> LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones*, T.I (p. 110). Traducción española.

una relación obligatoria, que revaloriza y moraliza las posiciones de las partes. De modo que si el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas) y determina, a su vez, una virtual posibilidad de injerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, sin duda se está en el marco de una relación principal crédito-deuda<sup>58</sup>.

Además, no puede olvidarse que la Corte ha sostenido en múltiples pronunciamientos que la responsabilidad contractual nace del incumplimiento de una obligación, vale decir, de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, vínculo éste que, como queda demostrado, existe al tenor de la norma del 863 C. de Co y del 1603 del C.C.; sin duda, esta ampliación de la esfera de la relación obligatoria da como resultado una relación obligatoria de carácter general y, por qué no, de carácter complejo<sup>59</sup>, que puede ser aplicada si se tiene claridad frente al concepto de legítima confianza, cuando ésta aparece razonablemente dentro de las negociaciones de los tratos preliminares.

Además, en el marco de los tratos preliminares, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe tienden a la promoción y satisfacción de las expectativas de un determinado sujeto, y por tanto, se diferencian de las originadas en el art. 2341, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno. La responsabilidad precontractual ha de representar una protección más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o culposa frente a la otra parte. Por tanto, el punto de vista preferible es el de adoptar una posición en la que concurren obligaciones de contenido positivo y negativo, ya que es más conveniente asemejar la inobservancia del deber de lealtad y de probidad en los tratos preparatorios, a la buena fe contractual, concibiéndola como una anticipación de ésta, un efecto prodrómico de la misma. Desde mi óptica, la responsabilidad extracontractual está

<sup>58</sup> JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, p. 139.

<sup>59</sup> Así lo referencia JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 139; ver en los mismos términos a MANCINI, C. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro* (p. 53 y ss.). Milano: Giuffrè Editore; MENGONI, L., *op. cit.*, p. 393.

esencialmente ligada a la violación de deberes absolutos, que surgen pero más allá de una relación específica entre sujetos determinados, siendo cierto que la determinación del contenido de los deberes correspondientes es extraña a una valorización seguida de la buena fe.

En este caso, la responsabilidad contractual<sup>60</sup> es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, y se convierte tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio. Por ello se debe tener un concepto más amplio de la responsabilidad contractual, en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento referida, sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de deberes de protección o seguridad. La responsabilidad precontractual ha de calificarse de contractual porque supone la violación de una obligación legal derivada de la buena fe (art. 1603 C.C. y 863 C. de Co) que impone comportarse correctamente en la fase preliminar a su celebración del contrato<sup>61</sup>. Aquí la buena fe, al convertirse en fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración de la regulación contractual u obligaciones, se produce una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual, pues, en efecto, la ritualidad de estas obligaciones accesorias consiste en que la violación de las mismas da lugar a responsabilidad diferente de la ex delicto. Aquí el elemento vinculante se encuentra en la ley, ya que antes de producirse el daño el derecho ha regulado una situación jurídica vinculatoria entre las partes.

Atrás quedó la consideración tradicional de clasificación de la responsabilidad contractual, la cual sostenía que esta responsabilidad deviene exclusivamente de los contratos; por el contrario, la doctrina ha advertido en los últimos años que esta zona ha venido adquiriendo una extensión creciente; esto se debe a la evolución expansiva de la responsabilidad contractual, que alejándose del centro de gravedad

---

<sup>60</sup> El concepto de la responsabilidad contractual no ha tenido el alcance, naturaleza y extensión que tiene en la actualidad; por el contrario, su evolución ha sido tan notoria que basta estudiar los clásicos para percatarse de su notable desarrollo. Así lo reconoce DE CUPIS, *op. cit.*, p. 98; VISINTINI, *op. cit.*, p. 100, y sobre todo TURCO, C. (1990). *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale* (p. 729). Milano: Giuffrè Editore. Siguiendo este autor fundamentalmente a BENATTI, F. *A Responsabilidade pré-contratual...*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>61</sup> JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, p. 31 a 32.

tradicional, se manifiesta en la simplificación de las formas contractuales y multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, en la adición a lo pactado de una amplia gama de obligaciones, que, con origen en la buena fe, en la publicidad o en naturaleza misma de las cosas vienen a integrar el contenido obligacional del contrato.

En el marco de la responsabilidad precontractual, al igual que en sede de la responsabilidad contractual, el daño se presenta entre personas que se conocen (aquí el daño se produce en miras a la formación de un contrato), ¿cómo entonces al tenor de la norma del 2341 se explica aquí la conducta culpable cuando en los tratos preliminares las partes gozan de libertad contractual? ¿Cómo explicar que de conformidad con las normas de la buena fe *in contrahendo* existe una cantidad de deberes secundarios de conducta? Frente a los deberes secundarios se disponen obligaciones positivas (información, conservación) y negativas (secreto). ¿Acaso cuando se falta a éstas no se está frente al caso de un incumplimiento de un deber u obligación predeterminada? Los diferentes postulados que consagran la buena fe consagran un deber de abstención de una injerencia incorrecta, dañosa para la contraparte. ¿Acaso éste no se entiende como un vínculo jurídico preexistente entre las partes? Los nuevos horizontes del derecho privado apuntan hacia la protección del que se ha comportado de acuerdo con los *estandares* de conducta y que ha confiado en los buenos actos de su contraparte, convirtiéndose, a su vez, en la parte más débil de la relación jurídica; por tanto, acaso ¿no es lícito que aquel que ha incurrido en culpa o dolo en el período precontractual sea quien tenga que soportar la carga de la prueba? Son éstos, sin duda, cuestionamientos irresueltos tanto por la doctrina nacional como por la Corte Suprema de Justicia, que demuestran hoy por hoy la necesidad de dinamizar la institución de la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las negociaciones.

Ahora, si miramos el panorama internacional, la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad dimanante de la ruptura injustificada de los tratos preliminares no aparece contemplada en ninguna norma, pero no se puede pasar por alto que su fundamento legal, la buena fe objetiva y los deberes precontractuales de conducta están tratados en la fase contractual, en principio no tendría mucho sentido su afirmación como responsabilidad aquiliana, además en todas las normas y jurisprudencias citadas, la obligación resarcitoria nace del incumplimiento del deber de actuar de buena fe, como principio

que regula todo el proceso tanto de formación, perfeccionamiento y ejecución contractual. Por lo anterior, entiendo que los textos aquí analizados constituyen una adecuada fuente para la reconstrucción de dicha institución en el panorama nacional.

El Derecho evoluciona, a veces de manera lenta, en otras ocasiones a pasos agigantados, pero es evidente que esta evolución marcha al compás de la vida de las sociedades, y sería erróneo pensar que puede permanecer inalterable un solo instante, pues sobre él influyen poderosamente los más variados factores sociales, culturales y políticos y cada época imprime carácter propio.

## CONCLUSIONES

Los mandatos y prescripciones que demanda la buena fe siempre serán aplicados no sólo al acuerdo contractual, sino que también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación como el de perfeccionamiento y ejecución. La buena fe, como una norma general, es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico, ya que es por expresa disposición legal art. 1603 del C.C. que se reconoce el carácter heterónimo tanto del contrato como de todo el proceso de formación y construcción. Es, a su vez, el art. 863 del Código de Comercio fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles por vía del concepto de la buena fe *in contrahendo*, el cual tiene su fundamento en la buena fe objetiva, pero es exigible única y exclusivamente a las partes cuando entran en negociaciones, y se origina el contacto social, el cual se genera en el ámbito de las relaciones económico-patrimoniales entre dos sujetos. Esta buena fe *in contrahendo* es creadora de la obligación de una norma de conducta social y prejurídica, la cual impone la adopción de actitudes leales que deben adoptar las partes, en cuanto a sus deberes y comportamientos, presentando siempre situaciones reales y cognoscibles.

Los deberes secundarios de conducta tienen su origen en la doctrina, y en la actualidad, en diferentes países europeos se reconoce su existencia y vinculación por vía jurisprudencial y legal. En España y Colombia son reconocidos jurisprudencialmente, y ya ha comenzado el proceso de inclusión legal, primeramente en las normas de consumo. Estos deberes imponen determinados estándares de comportamiento y, sobre todo, lealtad en toda la fase previa a la constitución de los contratos.

Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente lo que determina el texto legal, sino a todo lo que impone cada situación. En este sentido se desarrollan los deberes y derechos que se le imponen a las partes cuando están en negociaciones, por una parte, absteniéndose de ejecutar actos que dañen o perjudiquen a su contraparte y, a su vez, ejercitando todos aquellos actos necesarios para la satisfacción de sus mutuas necesidades, lo que nos conlleva a concluir que en el ejercicio de sus intereses legítimamente protegidos, las partes deben actuar de conformidad con la buena fe. Esta lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo; las principales son el deber de secreto y el de custodia y cuidado; de hecho, la buena fe no sólo es lealtad, sino que impone obligaciones de carácter positivo, como las de comunicar y suministrar toda la información que se conoce o se debe conocer de acuerdo con la debida diligencia, así como el deber de cooperación permanente y constante con el fin de satisfacer los intereses armónicamente contractuales.

Superada la consideración tradicional de clasificar que la responsabilidad contractual deviene exclusivamente de los contratos, la doctrina ha advertido en los últimos años que esta zona ha venido adquiriendo una extensión creciente, por tanto la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, y se ha venido convirtiendo tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio, ese vínculo que, como ya queda demostrado, es dado por la buena fe *in contrahendo*. Por ello se debe tener un concepto más amplio de la responsabilidad contractual, en el que se incluya no sólo la responsabilidad por incumplimiento referida, sino también la responsabilidad precontractual y la derivada de la violación de deberes secundarios de conducta; aquí el elemento vinculante se encuentra en la ley, ya que antes de producirse el daño, el derecho ha regulado una situación jurídica vinculatoria entre las partes.

## Referencias

- ALMEIDA COSTA (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra Editora.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. (1989). *La culpa in contrahendo*. Bilbao: Departamento de Publicaciones de la Universidad del País Vasco.

- BENNATI, F. (1970). *A responsabilidade pré-contratual*. Traducción portuguesa de A. Vera Jardim. Coimbra: Almedina.
- (1987). *Culpa in contrahendo, contratto e impresa*.
- (1994). *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, Contratto e impresa*.
- BETTI, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*, tomo I. Traducción y notas de J.L. De los Mozos. Madrid: RDP.
- BREBBIA, R. (1987). *La responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Ediciones la Rocca.
- BIANCA (2000). *Diritto civile*, T. III, II *Contratto*, 2ª edic. Milano: Giuffrè Editore.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2000). *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas.
- CARRESI (1987). *Il contratto*. En *Trattato di Diritto civile e commerciale* (dirigido por Cicu y Messineo y continuado por Mengoni). Milano.
- COHERIER, C. (1939). *Des obligations qui naissent des pourparlers préalables a la formation des contrats*. París: Publications Paris.
- DA ROCHA E MENEZES, A.M. (2001). *Da boa fe no direito civil*. Lisboa: Collecao tesses.
- DE CASTRO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- DE CUPIS, A. (1966). *Il danno*, vol. I. Milano: Giuffrè Editore.
- DELL'AQUILA (1980). *La correttezza nel diritto privato*. Milano.
- DE LOS MOZOS, J.L. (2001). *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato*. En *Estudios de Responsabilidad civil, en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Editorial Ciudad Argentina y Dikynson, s.l.
- EICHLER (1950). *Rie rechtslehre vom vertrauen*. Tubingen.
- ENNECCERUS-LEHMANN (1958). *Recht der schuldverhältnisse* 15, T.I. Tubingen.
- ESPIN CANOVAS (1983). *Derecho Civil Español*, vol. III, *Obligaciones y Contratos*, 6ª ed. Madrid: Edersa.
- FAGGELLA, G. *Dei periodi precontrattuali e Della loro vera ad esatta costruzione scientifica*, "Studi fadda", III.
- (1918). *I periodi precontrattuali e la responsabilita precontrattuale*. Roma.
- (1909). *Fundamento giuridico Della responsabilita in tema di trattative contrattuali*. En *Arch. Guiar*.
- FAGES, B. *Le comportement du contractant*. Institut de droit des affaires. Université Aix-Marseille.
- FRAGALI (1948). *Dei requisiti del contratto*. Comentario del codice civile, Riretto de D'amelio y Finzi, E. Libro dele obbligazioni, I. Firenze.
- FROST (1981). *Vorvertragliche, und vertragliche Schutzpflichten*. Berlín.
- GALGANO, F. (1992). *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GANDOLFI, G. (2001). *Code Europeen des contrats avant- projets livre premier 1*. Milano: Giuffrè Editore. *Sul progetto di un codice europeo dei contratti*. RDC.

- GARCÍA AMIGO, M. (1980). Integración del negocio jurídico. *Revista del Derecho Notarial*. Madrid.
- GENY, F. (1902). *Méthodes d'interprétation et sources en droit prive positif*, N° 172. París.
- GHESTIN, J. (1980). *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*. París: LGDJ.
- GÓMEZ CALLE E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley.
- HABERMAS, M. (1992). *De l'éthique de la discussion*. París: Cerf.
- HAYEK, A. (1996). *Procéduralisation du droit et négociation collective. Démocratie et procéduralisation du droit*. Sous dir. Coppens Ph, et Lenoble j, Travaux des XVI<sup>e</sup> d'études juridiques Dabin J, organisées par le Centre de Philosophie du Droit, Bruylant, Université Catholique de Louvain, tome XXX, Bruxelles.
- IHERING, R. (1893). *De la culpa in contrahendo ou des dommages –interdi dans les conventions nulls ou restees imparfaites*, tomo II, *Oeuvres divisies*. Traducción francesa de O. De Meulenaere.
- JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- JOSSERAND L. *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, *Teoría general de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía.
- LANDO, O. (1995). *Principles of european contract law. Part 1: Performance, Nonperformance and remedies*. Martinus Nijhoff.
- (2000). *Principles of european contract law. Part 1 and II, the Hague London*, Boston: Kluwer.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1994). *principios de derecho civil*, T. III: *Contratos*. Madrid: Trivium.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de obligaciones*, T.I. Traducción española. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LOBATO DE BLAS, J.M. (1976). Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares. En *RGLJ*.
- MANZANARES SECADES (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, ADC.
- MANCINI, C. (1957). *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Milano: Giuffrè Editore.
- MAZEAUD- TUNC (196). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, T. I, vol. II. Traducción de la 5<sup>a</sup> edición francesa de Alcalá-Zamora. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- MENENDEZ MATO (1998). *La oferta contractual*. Pamplona: Arazandi.
- MENEZES LEITÃO (2002). *Obrigações*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- MENGOLI, L. (1956). Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma del 24 de gennaio de 1955 *Sulla natura ella responsabilita precontrattuale*. En *Rivista del diritto commerciale*, anno LIV.
- MORENO QUESADA (1963). *La oferta de contrato*. Barcelona: Nereo.
- (1956). La oferta de Contrato. En *Revista de Derecho Notarial*, año IV, N<sup>os</sup> XIII- XIV, julio-diciembre.

- (1996). La oferta de contrato cuarenta años después. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, *Derecho civil y derecho público*. Madrid: Civitas.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. & OSPINA ACOSTA (1980). *Teoría general de los actos o negocios jurídico*. Bogotá: Temis.
- PASCUAL ESTEVIL, L. (1994). La responsabilidad precontractual. En revista *La Ley*, N° 4.
- PIOTET, P. (1963). *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit prive suisse*. Berne.
- PLANIOL, M et RIPERT, G. (1945). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, T.VI. Trad. C. Díaz Cruz.s La Habana: Editorial Cultural.
- RAWLS, J. (1988). *La théorie de la justice comme équité: une théorie politique et non pas métaphysique*. Editions du Seuil, coll. Politique.
- RIPERT, G. et BOULANGER, J. (1957). *Traité de droit civil*, t. 2. París.
- SANTOS BALLESTEROS, J. (2005). *Instituciones de Responsabilidad Civil*, tomo I y II (2ª edición). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- SACCO (1975). *Trattato di diritto civil. Il Contratto*. Dirigido por Vassalli. Torino: Utet.
- SCHMIDT, J. (1974). *La sanction de la faute précontractuelle*. En *Revue Trimestrielle de droit civil*, T. 72. París.
- SCOGNAMIGLIO (1968). *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. Novissimo digesto italiano XV. Torino.
- SOBRALDONASCIMENTO P. (2003). A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações. *Estudos em homenagem ao Prof. Doctor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV. Coimbra: Almedina.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Revista Universitas*, julio-diciembre. Bogota: Universidad Javeriana.
- STIBLITZ, R.S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, T.I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STOLL (1936). *Die lehre von den leistungsstor-ungen*. Tubingen.
- STOLFI, G. (1959). *Teoría del negocio jurídico*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- (1968). Sulla responsabilità precontrattuale del minore. *Riv.Dir. Comm.*
- TERCIER, P. (1984). *La culpa in contrahendo en droit Suisse. Premières journées juridiques yugoslavo-suissees*. Publications de l'institut suisse de droit compare, N° 2.
- TORRALVA, V. (1984). *Lecciones de Derecho civil*, vol. II. Barcelona: Publicaciones universitarias.
- TURCO, C. (1990). *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè Editore.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1987). La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. *Anuario de derecho civil*. Madrid.

- VINEY G. (1995). *Introduction à la responsabilité, en traite de droit civil*, 2<sup>a</sup> ed. Dir. por J. Ghestin. París: LGDJ.
- VANWOKCL-ALEXANDRE, M. (1980). *La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats*, Ann. Dr. Lg.