

EL ITER NEGOCIAL Y SUS INTERROGANTES SIN RESOLVER.

Nimai Moreira Chaves y José María Vivas

RESUMEN: Resulta innegable que el negocio jurídico es el vehículo jurídico más usado e importante para satisfacer las necesidades humanas. A lo largo de la historia el ser humano ha alcanzado sus objetivos con la ayuda de otros por medio de acuerdos privados, circunstancia que ha hecho del negocio jurídico uno de los instrumentos jurídicos más importantes desde antaño. El propósito de este texto es analizar las diferentes etapas del negocio jurídico a partir de un estudio crítico de las mismas, tratando de exponer las principales discusiones que se han presentado respecto de diferentes temas relativos al iter negocial por parte de la doctrina. Así mismo se busca evidenciar algunas de las principales dificultades que se presentan a lo largo del iter negocial, tales como conflictos de aplicación normativa, dificultades que se presentan en el marco de la responsabilidad civil, multiplicidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales frente a un mismo problema jurídico, falta de claridad acerca del inicio y fin de cada etapa, el momento a partir del cual la oferta surte efectos, la obligatoriedad de la oferta dirigida a personas indeterminadas, la prolongación de los deberes derivados de la buena fe a etapas posteriores a la pre-negocial, entre otros.

De antemano creemos que ha habido un mal manejo legislativo y doctrinal, respecto de muchos de los debates anteriormente enunciados, lo cual ha generado que aún existan muchas dudas en la resolución de casos concretos, se presenten dificultades interpretativas, entre otras problemáticas. Es por esto que este texto sugiere soluciones a dichas problemáticas, como por ejemplo evitar la división de las etapas del negocio en materia de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE: Iter negocial, negocio jurídico, contrato, oferta, aceptación, aplicación normativa, contrato de adhesión, etapa pre-negocial, etapa negocial, etapa post-negocial, tratativas preliminares, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extra-contractual.

TITLE: *The Contract Stages And Its Unsolved Questions.*

ABSTRACT: *It is undeniable that the contract is the most used and important legal vehicle to meet human needs. Throughout history, human beings have achieved their objectives with the help of others through private agreements, a circumstance that has made the contract one of the most important legal instruments since ancient times. The*

purpose of this text is to analyze the different stages of the contract from a critical study of them, trying to expose the main discussions that have been presented regarding different issues related to the contract phases by the doctrine. Likewise, it seeks to highlight some of the main difficulties that arise throughout the negotiation process, such as conflicts of regulatory application, difficulties that arise in the context of civil liability, multiplicity of jurisprudential and doctrinal criteria to solve the same legal issue, the lack of clarity about the beginning and end of each contract stage, the moment from which the offer takes effect, the obligation of the offer addressed to indeterminate persons, the prolongation of the duties derived from good faith to stages after the pre-negotiation, abuses of dominance position that occur in private tenders, among others.

Beforehand, we believe that there has been a legislative and doctrinal mismanagement, regarding many of the above-mentioned debates, which has generated that there are still many doubts in the resolution of specific cases, interpretative difficulties arise, all of the above caused position abuses dominant, entry barriers for small entrepreneurs in tenders, among others. This is why this text suggests solutions to these problems, such as avoiding the division of business stages in civil liability matters

KEYWORDS: *Contractual Stages, business, contract, offer, acceptance, regulatory application, adhesión contract, pre-negotiation stage, contractual stage, post-contractual stage, preliminary talks, contractual civil liability, extra-contractual civil liability.*

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN.....	3
1. UNA TRAVESÍA POR EL ITER NEGOCIAL.....	4
2. ETAPA PRE-NEGOCIAL	5
2.1. INTRODUCCIÓN	5
2.2. CUESTIONES PRELIMINARES.....	5
2.2.1. ¿ETAPA PRE-CONTRACTUAL O PRE-NEGOCIAL?.....	5
2.2.2. ¿SE INVOLUCRAN NEGOCIOS JURÍDICOS EN LA ETAPA PRE-NEGOCIAL?.....	6
2.2.3. ¿EXISTE LA ETAPA PRE-NEGOCIAL EN CONTRATOS PREESTIPULADOS O DE ADHESIÓN?	9

2.3. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO – SUB ETAPAS DE LA ETAPA PRE-NEGOCIAL	14
2.3.1. TRATATIVAS PRELIMINARES.....	14
2.3.2. OFERTA.....	17
2.3.3. ACEPTACIÓN.....	22
<i>Adicional a lo anterior, a nuestro criterio se pueden presentar confusiones en la práctica acerca de si en un determinado caso hubo una aceptación parcial y por tanto contraoferta o un acuerdo parcial, en cuyo caso las consecuencias serían compeltamente diferentes.....</i>	23
2.4. DIFICULTADES DE APLICACIÓN NORMATIVA EN LA ETAPA PRE-NEGOCIAL	23
3. ETAPA NEGOCIAL.....	25
4. ETAPA POST-NEGOCIAL	25
5. DEBERES DERIVADOS DE LA BUENA FE EN EL ITER NEGOCIAL.....	28
5.1. Consideraciones Preliminares.....	28
5.2. Deberes de conducta en la etapa pre-negocial.....	29
5.3. Deberes de conducta en la etapa negocial y post-negocial.....	32
6. ALGUNAS PROBLEMÁTICAS QUE SE PRESENTAN EN EL ITER NEGOCIAL.	33
6.1.1. ¿SE JUSTIFICA HACER UNA DIVISIÓN RADICAL ENTRE LAS ETAPAS DEL ITER NEGOCIAL?.....	33
6.2. LA GRAN CONFUSIÓN – RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACTO ILÍCITO.....	34
6.3. ZONAS GRISES, Y VACÍOS LEGALES DE LAS ETAPAS DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	40
BIBLIOGRAFÍA	41

INTRODUCCIÓN:

Tradicionalmente la doctrina ha hecho una división de las etapas del iter negocial, compuesto por la etapa pre-negocial, negocial y post-negocial. Los diferentes

ordenamientos jurídicos le han atribuido distintos deberes a los contratantes dependiendo de la etapa del negocio que se adelante. En consecuencia, no son las mismas obligaciones, efectos jurídicos, ni deberes los que se causan en cada etapa del negocio jurídico.

En el presente escrito pretendemos hacer un breve recorrido sobre las etapas del iter negocial, analizando algunos de los principales debates y dificultades prácticas que a menudo se presentan a lo largo del iter negocial, tratando de ofrecer soluciones a dichas problemáticas.

La doctrina, operadores judiciales y los contratantes se enfrentan a menudo ante dificultades, tales como la multiplicidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales, así como la variedad de normas aplicables respecto de una misma materia, entre otros, viéndose forzados a hacer grandes esfuerzos para aplicar correctamente la normatividad existente e interpretar correctamente los contratos y las normas aplicables. Para estos propósitos se busca responder algunas de las siguientes preguntas: ¿Tiene sentido hacer una división entre las etapas del iter negocial en materia de responsabilidad civil?, ¿Son plenamente identificables las etapas del negocio?, ¿Existen deberes pre-negociales derivados de la buena fe que deben prolongarse a lo largo de las demás etapas del iter negocial?, ¿Existe la etapa pre-negocial en los contratos de adhesión?, ¿Es la oferta un verdadero negocio jurídico?, entre otras.

1. UNA TRAVESÍA POR EL ITER NEGOCIAL:

Corresponde ahora analizar las diferentes etapas del iter negocial, con sus diferentes características, obligaciones y elementos.

Para efectos del presente trabajo, asumiremos la postura de que existen tres etapas que componen el iter negocial, la etapa pre-negocial, negocial y post-negocial con el objetivo de realizar un análisis más completo del iter negocial.

Se ha entendido que el iter negocial nace con la etapa pre-negocial, fase en la que las partes se ponen en contacto, se desarrollan negociaciones y actos preparatorios, se presentan invitaciones a negociar, licitaciones, ofertas y demás actos voluntarios encaminados a producir efectos jurídicos. Luego, aparece la etapa negocial que comienza cuando el destinatario acepta la oferta hecha por el proponente para el caso de negocios consensuales o cuando se cumple la formalidad o se entrega la cosa para el caso de negocios solemnes o reales. En dicha etapa luego de que se perfecciona el

negocio, se desarrolla lo acordado por las partes, quienes cumplen con las obligaciones que les corresponden. Por último, aparece la etapa post-negocial que se desarrolla luego de que se terminan de ejecutar las obligaciones y se resuelve el negocio, es una etapa en la que se mantienen algunos deberes derivados de la buena fe, tales como el deber de lealtad, confidencialidad, se mantienen obligaciones de garantía, entre otros.

2. ETAPA PRE-NEGOCIAL:

2.1. INTRODUCCIÓN:

Entrando en materia con la etapa pre-negocial, entendemos que se trata de una etapa en la cual prima la negociación como rasgo fundamental. En esta etapa aparece con gran relevancia la negociación, principalmente durante las tratativas preliminares donde cada parte busca preservar sus intereses en busca de lograr un acuerdo más favorable.

En esta etapa nos encontramos con un primer interrogante: ¿Desde qué momento se generan deberes, obligaciones, responsabilidades en una negociación?, ¿En qué momento puede decirse con tranquilidad que las partes han llegado a un acuerdo completo y vinculante? estas son algunas de las cuestiones que se presentan en esta etapa.

Nótese que estos interrogantes muestran una de las primeras dificultades que se presentan en la etapa pre-negocial, en tanto en muchas ocasiones no resulta claro determinar el momento a partir del cual surgen obligaciones para las partes.

2.2. CUESTIONES PRELIMINARES:

De manera preliminar vale la pena detenernos en el análisis de dos cuestiones relevantes. La primera es si debemos referirnos a la etapa previa como pre-contractual o pre-negocial, la segunda es si en la etapa pre-negocial hay propiamente un negocio jurídico, y la tercera es si en los contratos pre estipulados o de adhesión existe la etapa pre-negocial.

2.2.1. ¿ETAPA PRE-CONTRACTUAL O PRE-NEGOCIAL?:

En el presente escrito proponemos que la etapa previa sea llamada pre-negocial y no pre-contractual, pues consideramos necesario hacer énfasis en el concepto de negocio

jurídico y no en el contrato, sabiendo que se trata de dos enfoques conceptuales diferentes con implicaciones jurídicas trascendentales.

Bajo una primera hipótesis, cuando se habla de la etapa pre-contractual, se habla de la etapa previa a un contrato esperado por las partes. El concepto de etapa pre-contractual, le da un valor especial al contrato que se pretende perfeccionar, dejando un poco de lado los negocios jurídicos unilaterales que pueden presentarse en dicha etapa.

Por otro lado, cuando se habla de la etapa pre-negocial, se toma un concepto mas amplio cuyo foco ya no está puesto exclusivamente en el contrato final sino que también tiene en cuenta y le da una gran relevancia a los negocios jurídicos unilaterales que se pueden presentar en dicha etapa, como lo son la oferta y la aceptación.

2.2.2. ¿SE INVOLUCRAN NEGOCIOS JURÍDICOS EN LA ETAPA PRE-NEGOCIAL?

Uno de los interrogantes más frecuentes que se suscitan cuando se estudia el iter negocial es si en la etapa pre-negocial se ven involucrados negocios jurídicos. Al respecto ha habido opiniones encontradas en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la oferta, las tratativas preliminares, la aceptación, el pacto de opción y el pacto de preferencia.

Respecto de la naturaleza jurídica de la oferta, la doctrina se encuentra fracturada. Quienes sostienen que en la etapa pre-negocial no existe un verdadero negocio jurídico, lo hacen basándose principalmente en tres argumentos. El primero, es que a partir de una lectura literal del artículo 845 del Código de Comercio, este señala que la oferta es un proyecto de negocio jurídico: ***“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”*** (Negrilla fuera del original). Por tanto, según estos autores, la misma ley le da la naturaleza de acto preparatorio y en ningún momento define a la oferta ni a la etapa pre-negocial como un verdadero negocio jurídico.

En segundo lugar, señalan que el hecho de que el artículo 846 del Código de Comercio consagre a la oferta como irrevocable una vez comunicada al destinatario y por tanto se genere dicha obligación de mantener el contenido de dicha oferta, no quiere decir

que la fuente de dicha obligación sea un contrato sino que la fuente de la obligación de mantener la oferta vendría siendo el imperio de la ley. En tercer lugar, defienden que en la oferta no hay aún un negocio jurídico, ya que, consideran que la intención de las partes muchas veces cuando se ponen en contacto no es obligarse sino muchas veces simplemente verifican la viabilidad de celebrar un determinado negocio jurídico. Un ejemplo de esta situación ocurre cuando una persona se dirige a un concesionario de automóviles en el proceso de cotizar un carro de su gusto y presupuesto. En este evento algunos consideran que no existe negocio allí, ya que, la intención de este interesado no es obligarse en este momento sino simplemente hacer una averiguación, cotizar y evaluar el producto que más le resulta atractivo del mercado.

En contraposición, los principales argumentos que sostienen quienes consideran que la oferta es un verdadero negocio jurídico son los siguientes: En primer lugar, argumentan que en la clasificación del negocio jurídico existen tanto los negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, así como los negocios jurídicos unilaterales, según las partes obligadas. En este orden de ideas, la oferta es un verdadero negocio jurídico unilateral, ya que, cuando la voluntad expresada se dirige de forma consciente, inequívoca y deliberada a producir un efecto jurídico se está ante un negocio jurídico y no se requiere que existan dos o más partes obligadas, basta que en principio una de ellas se obligue. Por ende, consideran que la oferta es un negocio jurídico unilateral que está sometido a la condición de aceptación del destinatario para volverse un negocio jurídico bilateral. Es por esto que, a pesar de que el Código de Comercio al referirse a la oferta se refirió a esta como un proyecto de negocio jurídico, los que defienden que es un auténtico negocio jurídico, hacen otra interpretación de la norma y consideran que lo que quiso decir el legislador fue hacer alusión al proyecto de negocio jurídico bilateral que es buscado por las partes.

Así mismo como respuesta a quienes consideran que no es un verdadero negocio jurídico, señalan que la obligación de mantener la oferta tiene origen convencional y no legal, ya que, es la voluntad del oferente y no el simple ministerio de la ley la fuente misma de la obligación, a pesar de que es el Código de Comercio el cuerpo normativo que regula la oferta, no es en virtud de estas normas que surge la obligación de mantener las condiciones de la oferta. Por consiguiente, el argumento más fuerte para defender esta posición, es que, de la oferta y de la etapa pre-negocial surgen verdaderas obligaciones (también conocidos como deberes secundarios de conducta), por tanto, se está ante un verdadero negocio jurídico que da nacimiento a estas obligaciones.

Adicionalmente, siguiendo con el ejemplo del concesionario de automóviles, la defensa que dan quienes defienden que en ese momento ya existe un verdadero negocio

jurídico argumentan que en ese ejemplo, quien se obliga verdaderamente es el concesionario cuando ofrece bienes con exhibición al público e indicando su precio, en virtud del artículo 846 del Código de Comercio que establece que la oferta es irrevocable. Este asunto lo trataremos con mayor profundidad en el punto “**1.2.2 OFERTA**” del presente escrito.

Por otro lado, respecto de la naturaleza jurídica de la aceptación DÍEZ-PICAZO ha entendido que se trata de una manifestación de la voluntad que denota el asentimiento del destinatario con los términos de la oferta. OVIEDO ALBÁN por su parte define a la aceptación como “*una manifestación unipersonal de la voluntad, encaminada a producir efectos jurídicos. En el caso de la formación del consentimiento, se tratará de una manifestación de voluntad encaminada a convenir con la oferta, conducentes ambas a la celebración del acto convencional*”.

En contraposición OSPINA FERNANDEZ ha definido la institución del negocio jurídico como la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. Evidentemente, encontramos que las dos definiciones son congruentes, cuyo elemento esencial es la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos queridos, razón por la cual doctrinantes como MENDOZA RAMÍREZ consideran que la aceptación es un auténtico negocio jurídico.

Por otro lado, respecto de la naturaleza jurídica del pacto de opción, el pacto de preferencia y el contrato de promesa, puede decirse que estos son auténticos negocios jurídicos; los primeros dos son negocios jurídicos unilaterales¹ y el segundo es un negocio jurídico bilateral. Estos tres tipos de negocios jurídicos tienen la particularidad de que son clasificados como negocios preliminares² (aquellos negocios preparatorios que se celebran con la expectativa de celebrar posteriormente un contrato futuro).

En estos tres eventos es importante tener en cuenta se trata de negocios jurídicos autónomos que además tienen un papel preponderante en la etapa pre-negocial del negocio futuro pues buscan conducir a que dicho negocio se perfeccione.

¹ “La figura de la opción en nuestro país, no presenta una posición pacífica, y trae aparejado apreciaciones dispares. Para algunos constituye una real relación contractual, para otros un simple acto o negocio jurídico unilateral. Advierten estos últimos que el contenido del artículo 23 de la Ley 23 de 1918, regulador de la opción, se encuentra subsumido por el capítulo III, del Título I, del Libro Cuarto del Código de Comercio, Oferta o propuesta. En todo caso, sobre el tema regresaremos más adelante, en donde abordaremos la opción con mayor precisión” (Centro de Arbitraje Cámara de Comercio – Laudo Arbitral del 2 de octubre de 2018, Rad. No. 4989)

² Posada, Camilo. Agosto de 2017, Asignatura de Contratos, Universidad de La Sabana

Al final de cuentas se trata de una cuestión de perspectiva, ya que los anteriores negocios, al igual que la oferta y la aceptación pueden ser analizados desde su individualidad, o pueden ser observados a la luz de un contrato futuro, dentro de la etapa pre-negocial. Por esta razón la discusión bizantina que ha existido acerca de la naturaleza jurídica de estos actos jurídicos, en nuestra opinión carece de sentido pues no están del todo errados los que consideran por ejemplo que la oferta es “un proyecto de negocio jurídico” ya que analizada a la luz del negocio futuro puede ser tomada como un proyecto o acto preparatorio; pero desde otra perspectiva la oferta, la aceptación, el pacto de opción, el pacto de preferencia puede ser tomados en sí mismos como auténticos negocios jurídicos.

2.2.3. ¿EXISTE LA ETAPA PRE-NEGOCIAL EN CONTRATOS PREESTIPULADOS O DE ADHESIÓN?

Con respecto a esta discusión, MENDOZA RAMÍREZ ha planteado que *“Esta etapa no es exclusiva, como por muchos se afirma, de los negocios que llamados de “libre discusión”, dado que cabe también aquellos de condiciones predispuestas, en tanto respecto de estos últimos se adelanten las averiguaciones necesarias para su aceptación o rechazo o, al menos, para conocer de una manera mas profunda las condiciones que propone la parte no adherente. Si bien en estos negocios no se permite ordinariamente una discusión sobre las condiciones sí se produce con frecuencia una averiguación sobre ellas”*³.

Creemos que de cara a esta discusión, es importante diferenciar el contrato de adhesión que se presenta en el marco de una relación de consumo y el contrato de adhesión en el cual no se ve involucrado un consumidor, por ejemplo el que se desarrolla entre empresarios con finalidades comerciales.

En Colombia a partir de la promulgación del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) el legislador autorizó la intervención del Estado en contratos de adhesión con consumidores, con la finalidad de proteger a la parte débil del contrato y restablecer el equilibrio contractual.

Sin embargo, cuando se presenta un contrato de adhesión y no hay una relación de consumo no se tiene la misma protección estatal y se hace necesario acudir a unas pocas disposiciones aplicables del Código Civil y Código de Comercio para tratar de recomponer el equilibrio contractual, tal como de manera muy acertada explica POSADA TORRES de la siguiente manera:

³ Mendoza Ramírez, Obligaciones, p.398

“El contrato de adhesión entendido como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual el predisponente fija el contenido del contrato y lo impone al adherente sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, dentro de un esquema de tómelo o déjelo, plantea múltiples problemáticas jurídicas en el Derecho colombiano, en razón a que no existe en él un régimen jurídico uniforme que proteja a los adherentes (como partes débiles que son), haciendo, en cambio, distinciones subjetivas que legitiman la existencia de regímenes especiales de protección, como sucede, por ejemplo, con los estatutos del consumidor. Así las cosas, a partir de un criterio legal subjetivo que otorga al adherente la calidad de consumidor, nuestro ordenamiento jurídico define el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor, el cual trae reglas que delimitan el alcance y los efectos de los deberes precontractuales de información en los contratos de adhesión con consumidores. Sin embargo, cuando el adherente no es considerado consumidor (en las relaciones b2b) el contrato de adhesión resulta automáticamente excluido de la aplicación del régimen de protección especial, quedando, en principio, sometido a las normas jurídicas del Derecho Común (Código Civil o Código de Comercio según el caso), a pesar de encontrarse dicho adherente en una situación de debilidad. De manera que, es necesario hacer una revisión de las normas legales del Derecho Común”⁴

En todo caso, tratándose de contratos de adhesión con consumidores, el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 señala que es “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”. En este contexto, como decíamos opera la intervención estatal y en consecuencia se presentan una serie de mecanismos previos a la celebración del contrato para proteger el principio del equilibrio contractual y la buena fe.

En el contexto de relaciones de consumo encontramos en la legislación colombiana y doctrina algunos criterios que nos inclinan a asumir la posición de que en los contratos de adhesión en efecto existe una etapa pre-negocial. A continuación analizaremos tres situaciones que a nuestro juicio demuestran la posibilidad de que se desarrolle esta fase pre-negocial en contratos pre estipulados: 1) la existencia del deber pre-negocial

⁴ Camilo Posada Torres. Consentimiento desinformado del adherente: consecuencias jurídicas en los contratos de adhesión entre no consumidores. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019.

de información, 2) los mecanismos autónomos, legales o administrativos en los cuales se busca proteger el equilibrio contractual, 3) El deber del predisponente de formular cláusulas que no sean ineficaces por mandato legal, 4) los análisis de mercado que adelantan productores y consumidores de manera previa a la celebración de un contrato de adhesión.

En primer lugar, respecto del deber pre-negocial de información, el autor REGIFO GARCÍA ha señalado que: *"en razón de esa asimetría de poder y de esa asimetría en la información es que el deber de información ha despuntado trascendental en aquellos contratos en donde el desequilibrio de poder contractual es evidente. Se insiste, se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento, y más acendrado será el deber cuando exista una parte débil en la relación jurídica. Una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe"*⁵

En estos casos POSADA TORRES menciona: *"el legislador restringe la autonomía privada del predisponente con el establecimiento de un conjunto de normas imperativas dirigidas a garantizar la presencia en los contratos de adhesión de un contenido mínimo en protección de los derechos de los adherentes; impone así unas cargas a los predisponentes, como son el **deber de información**, el deber de buena fe, entre otros"* (negrilla y subrayado fuera del original).

En el ordenamiento jurídico colombiano el deber de pre-contractual de información en contratos de adhesión con consumidores ha sido consagrado expresamente en el Estatuto del Consumidor (Título V Ley 1480 de 2011), Estatuto del Consumidor Financiero (Parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 1328 de 2009) y Estatuto del Consumidor de Servicios Públicos (Artículo 131 de la Ley 142 de 1994), imponiendo al predisponente el deber de informar al consumidor previo a la celebración del contrato acerca de el territorio donde la empresa de servicios públicos presta sus servicios, los costos y cargos existentes por la utilización de los servicios financieros o información relacionada con las instrucciones de uso de un producto, la fecha de vencimiento cuando se trata de productos perecederos, entre otros.

En segundo lugar, respecto de los mecanismos autónomos, legales o administrativos en los cuales se busca proteger el equilibrio contractual, STIGLITZ relata lo que

⁵ Ernesto Rengifo García, "Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación", Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, n.º 327, Bogotá, diciembre de 2004, 91

POSADA TORRES denomina un control administrativo previo⁶, trayendo el ejemplo del sistema francés: "*Francia es paradigma de un sistema que tiene su origen en el art. 37 de la Ley del 10 de enero de 1978. Establece un control administrativo previo sobre las cláusulas abusivas que, en lo esencial, consiste en la existencia de una 'Comisión de cláusulas abusivas', presidida por el ministro del Consumo quien conocerá 'de los modelos de contratos habitualmente propuestos por los profesionales a los no profesionales o consumidores'. Dicha comisión se halla encargada en la búsqueda o investigación de si los referidos modelos contienen cláusulas que pueden presentar un carácter abusivo*"⁷

Por su parte PIZARRO WILSON señaló: "*En Francia, las tesis de Bricks y Berlioz abren el debate sobre el control de las cláusulas abusivas pasando a ser uno de los temas centrales del derecho privado francés en la década de los ochenta. Este movimiento de los consumidores y, me atrevería a decir, con una visión protectora del contratante, será liderado por el profesor Ghestin, quien en su obra monumental tendrá siempre un criterio de protección hacia el contratante más débil. (...) Luego de la expedición de la Ley 78-23 de 1978, que afirmaba un **control preventivo de las cláusulas abusivas**, los autores franceses, Paisant y Huet, harán un análisis crítico ante la inercia de la comisión de cláusulas abusivas creada como órgano de control preventivo(...) Si consideramos estos diversos mecanismos de control propuestos en el derecho comparado podemos constatar tres tipos: control judicial, administrativo y legal, este último puede ser, a su turno, nacional o comunitario. (...) Además, según el momento en que interviene el control, podemos distinguir, de una parte, un tipo de control preventivo y, de otra, un control represivo. **En cuanto al primero, el control puede verificarse antes de la formación del contrato, por ejemplo, mediante negociación del contenido de contratos por adhesión por órganos administrativos o un defensor del consumidor**"*

En Colombia aún no se ha implementado este sistema de control administrativo previo, siendo el ejemplo más cercano a dicha institución el caso del artículo 131 de Estatuto del Consumidor de Servicios Públicos (ley 142 de 1994) donde se admite la posibilidad de que: "*Las comisiones de regulación podrán señalar, por vía general, los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales*", una especie de control durante la ejecución del contrato.

⁶ Camilo Posada Torres, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182

⁷ Rubén S. Stiglitz. "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", Universitas n.º 93, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1997, pp. 395 y 396:

Por otro lado, algunos autores han entendido que además del mecanismo administrativo previo que acabamos de analizar, existen mecanismos legales tales como los requisitos de incorporación que consisten en que para que las cláusulas dispuestas por el predisponente sean parte integral del contrato, deben cumplir con ciertos requisitos, so pena de que estas cláusulas no tengan plenos efectos en el contrato, tal es el caso del artículo 37 del Estatuto del Consumidor, que consagra las condiciones generales que deben tener los contratos de adhesión, señalando requisitos de incorporación tales como el uso de clausulados claros y concretos, en idioma castellano, con caracteres legibles, entre otros.

En tercer lugar, respecto del deber del predisponente de formular cláusulas que no sean ineficaces, cabe decir que normas como lo son el artículo 38 y 43 de la ley 1480 de 2011, el artículo 11 de la ley 1328 de 2009 o el artículo 34 de la ley 142 de 1994, consagran la ineficacia de algunos listados de cláusulas abusivas, situación que a nuestro juicio obliga e impone un deber para el predisponente de evitar redactar este tipo de cláusulas, circunstancia que en la práctica acaba forzando al predisponente a hacer una revisión del contrato de adhesión para verificar no haber incluido ninguna cláusula abusiva e ineficaz.

En cuarto lugar, en los contratos de adhesión si bien no se adelantan negociaciones sobre el contenido del contrato y en muchos casos el consumidor se encuentra desinformado, es evidente que a menudo se adelantan actuaciones previas por parte del predisponente y el adherente. El predisponente, en busca de ser más competitivo hace frecuentemente análisis de mercado para ofrecer mejores productos y servicios; y el consumidor por su parte analiza las ofertas que le hacen mayoritariamente por medio de la publicidad para ver cual es el producto que mejor se acomoda a sus necesidades.

En conclusión, compartimos la posición de POSADA TORRES cuando señala:

“En todos los contratos de adhesión existe una etapa precontractual con algunos rasgos particulares, a saber: En primer lugar, la ausencia de negociaciones previas entre las partes interesadas, en razón a que el contenido del contrato es impuesto por el predisponente al adherente en un esquema de tómelos o déjelos. Y, en segundo lugar, los deberes precontractuales de información son impuestos por el ordenamiento jurídico al predisponente, como una manifestación del principio de la buena fe, los cuales deben cumplirse en la etapa precontractual como conditio sine qua non para la debida formación del consentimiento, toda vez que,

la decisión de contratar del adherente debe ser plenamente informada. Así las cosas, creemos que, en este aspecto, se encuentra la verdadera justificación de la existencia de una etapa precontractual en los contratos de adhesión”⁸

Así mismo estamos de acuerdo con MENDOZA RAMÍREZ cuando menciona que a su juicio sí existe una etapa pre-negocial en los negocios pre estipulados. Sin embargo, como explicamos anteriormente, creemos que esta etapa tiene aplicaciones más allá del deber de información y de la posibilidad del adherente de “adelantar las averiguaciones necesarias para su aceptación o rechazo o, al menos, para conocer de una manera mas profunda las condiciones que propone la parte no adherente”.

Al final de cuentas si bien en los contratos pre estipulados el adherente no tiene la posibilidad de negociar con el predisponente o modificar las condiciones del negocio, si existe una etapa pre-negocial en la que forzosamente el predisponente debe adelantar actuaciones para poder darle plena eficacia al contrato de adhesión que pretende hacer valer, tales como cumplir con su deber de información, así mismo el predisponente debe lograr que el contenido del contrato formulado cumpla con los controles previos (en caso de que estos estén consagrados legalmente), debe redactar clausurados que cumplan con los requisitos de incorporación a que haya lugar, así como incluir clausulas que no sean ineficaces de pleno derecho. Todas las anteriores actuaciones que ocurren con anterioridad al contrato de adhesión, a nuestro sentir si bien no le permiten al consumidor intervenir directamente en la determinación de las condiciones del negocio, de alguna forma son mecanismos que buscan representar y proteger los intereses del consumidor de manera indirecta.

2.3. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO – SUB ETAPAS DE LA ETAPA PRE-NEGOCIAL.

En términos generales la etapa pre-negocial se divide en las siguientes sub etapas:

2.3.1. TRATATIVAS PRELIMINARES:

En cuanto a las tratativas preliminares, se trata de una fase en la cual las partes se conocen, intercambian información, se acercan, discuten los términos del negocio con el cual buscan satisfacer una necesidad, de forma que puedan darse cuenta si les conviene celebrar dicho contrato. En otras palabras, los tratos preliminares son un conjunto de operaciones que los participantes de una negociación realizan con el

⁸ Camilo Posada Torres. Consentimiento desinformado del adherente: consecuencias jurídicas en los contratos de adhesión entre no consumidores. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019.

propósito de intercambiar información, mostrar la intención y los móviles que se están buscando con la celebración del contrato. Estos actos pueden llevarse a cabo de forma verbal o por escrito, siendo cada vez más común el uso de las telecomunicaciones como medio para poner en contacto a las partes. Esto fue reforzado a partir de la ley 527 de 1999 (también conocida como ley de comercio electrónico), que en el artículo 14 señala:

“ARTICULO 14. FORMACION Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”

Sin embargo cabe recalcar, que respecto de las tratativas preliminares, esta etapa no es esencial, imprescindible ni genera problemas con la existencia, validez u oponibilidad en el contrato perseguido que se haya omitido llevar a cabo estas operaciones, ya que, como se sabe, abundan cada vez más los contratos no negociados, de adhesión o que por su naturaleza no exigen mayores tratativas; de modo que esta etapa cobra especial importancia y aplicación en grandes negocios cuya complejidad y cuantía exige a las partes que se tomen con calma la negociación y las condiciones del negocio. Así mismo, es relevante tener en cuenta que los términos que se discuten en estas tratativas no son obligatorios, ya que, se trata de simples puestas en contacto con la finalidad de darse una idea acerca de las intenciones de la otra parte y la voluntad de los participantes no es obligarse aún. Sin embargo, como se desarrollará más adelante, esto no quiere decir que las partes puedan desconocer el principio de la buena fe durante estas tratativas, pues no pueden desconocerse deberes tales como el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa.

Por otro lado, una de las aplicaciones más importantes que tienen las tratativas preliminares respecto del contrato final es su utilidad de cara a la interpretación del negocio.

Recordemos que a partir del método hermenéutico de interpretación del contrato que privilegia la voluntad de los contratantes sobre lo literal de sus expresiones de la que trata el artículo 1618 del Código Civil, así como el método de interpretación derivada del examen lógico del contrato que consagra el artículo 1622 del Código Civil, buscan dar eficacia a la verdadera intención de los contratantes, examen que involucra el análisis del objeto del contrato, otras convenciones entre las partes y por supuesto lo

manifestado por las partes en las tratativas preliminares, ofertas, contraofertas y demás manifestaciones de voluntad que se presenten durante las negociaciones en la etapa pre-negocial.

Al respecto el artículo 4.3 de los Principios UNIDROIT establece:

*“ARTÍCULO 4.3 (Circunstancias relevantes) Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (a) las negociaciones previas entre las partes; (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; (d) la naturaleza y finalidad del contrato; (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y (f) los usos.”*⁹

Así mismo el artículo 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías señala:

*“3) 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, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.*¹⁰

La Corte Suprema de Justicia colombiana se suma a esta perspectiva señalando:

“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

⁹ Principios UNIDROIT

¹⁰ Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías

tácito"¹¹.

2.3.2. OFERTA:

En la etapa de la oferta, una de las partes hace una manifestación unilateral e inequívoca de voluntad de celebrar un contrato con la otra. La oferta ha sido regulada en el ordenamiento colombiano a través del artículo 845 del Código de Comercio señala: "*el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra*".

Dicho apartado ha generado opiniones encontradas por parte de la doctrina en cuanto a su interpretación, puesto que, en primer lugar algunos autores como OVIEDO ALBÁN señalan que "*la expresión negocio jurídico no fue correctamente utilizada por el legislador colombiano, que tal vez tuvo en mente referirse al proyecto de negocio jurídico en un sentido económico (...) puede entenderse que la oferta en el contexto del Código, es el proyecto de contrato que una persona formula a otra, o mas precisamente, la invitación a celebrar un contrato*". En segundo lugar, se ha venido malinterpretado la expresión "proyecto" del artículo anterior ya que muchos autores han usado esta expresión para negar la existencia del negocio jurídico unilateral que existe en la oferta¹².

Al respecto, la Corte Suprema De Justicia, en Sentencia 12 De agosto De 2002, Sala De Casación Civil con el Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez expresó:

"Algunos expertos han entendido que la expresión "proyecto" siendo interpretada de forma literal, gramatical generaría la consecuencia clara de que en el marco de la oferta no se está frente a un negocio jurídico sino a un proyecto de negocio jurídico, siendo por tanto la oferta un acto unilateral que en principio no es vinculante, ya que, las obligaciones solo nacerían desde que se consolide el negocio que se pretende lograr con la comunicación de la oferta a la otra parte".¹³ Otros han considerado que la expresión "proyecto" no debe interpretarse de forma literal sino por el contrario de forma extensiva y lógica en consonancia con el artículo subsiguiente 846 C.Co , el cual señala que la oferta es irrevocable y por

¹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de agosto de 2002, Exp. No. 6151 MP. José Fernando Ramírez Gómez.

¹² Velázquez Posada, Responsabilidad civil Extracontractual

¹³ (1 Corte Suprema de Justicia, sentencia 12 de agosto de 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm. 6151, MP. José Fernando Ramírez Gómez.)

tanto, se genera la obligación de mantener las condiciones de la oferta dando nacimiento a un negocio jurídico unilateral como fuente de la obligación referenciada”.

En este caso compartimos la posición de OVIEDO ALBÁN quien como vimos señala que debió hablarse de proyecto de contrato en lugar de “proyecto de negocio”. Bajo ese entendido creemos que la confusión que se ha presentado se despeja ya que en ese caso el artículo 845 del Código de Comercio habría hecho referencia a la oferta como proyecto de contrato bajo la óptica del contrato bilateral que buscan las partes y no buscando hacer referencia a la oferta en si misma considerada.

Creemos que en ese caso se trata de un asunto de perspectiva, ya que por un lado si se analiza la oferta a la luz del contrato final buscado por las partes, la oferta sería un proyecto de ese contrato, pero si lo que se analiza es la oferta como acto jurídico en sí mismo considerado se evidencia que se trata de un negocio en tanto el oferente mediante la propuesta expresa una manifestación de la voluntad inequívoca y directamente encaminada a producir efectos jurídicos.

A continuación, analizaremos otras dos cuestiones relativas a la oferta que pueden resultar problemáticas y merecen un análisis mas profundo al respecto, la primera respecto del momento a partir del cual la oferta se torna obligatoria para el proponente y la segunda relativa a la obligatoriedad de la oferta dirigida a personas indeterminadas.

En primer lugar, encontramos que existen posiciones encontradas en la doctrina y en los diferentes sistemas jurídicos respecto del momento a partir del cual la oferta es obligatoria para el proponente.

Puede decirse al respecto, luego de hacer un sondeo de los diferentes sistemas existentes que regulan el momento a partir del cual la oferta es obligatoria que existen los siguientes:

1. Sistema de recepción: a partir de este sistema la oferta se torna obligatoria cuando esta es recibida por el destinatario.
2. Sistema de expedición: a partir de este sistema la oferta se vuelve obligatoria a partir del momento en que es emitida por el oferente, sin importar si esta es recibida por el destinatario.

3. Sistema de información: este sistema consagra que no basta que la oferta sea expedida o recibida, sino que el destinatario se informe sobre dicha propuesta.

En Colombia, el artículo 845 del Código de Comercio recoge el sistema de la expedición cuando señala: *“Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”*

Dicho sistema ha sido ampliamente criticado por la doctrina, ya que no se entiende como puede ser obligatoria una propuesta incluso si esta nunca es recibida por su destinatario y peor aún, cuando se evalúa la vigencia de la oferta, el término de su vigencia se cuenta a partir de que esta es remitida al destinatario, lo cual no lo encontramos lógico en absoluto.

Al respecto MENDOZA RAMÍREZ, señaló:

“Desafortunadamente nuestra ley, al contrario de cuanto sucede mayoritariamente en el derecho comparado, emplea el criterio de la remisión, tanto en esta norma, interpretando la forma de contar el término en la manera más cercana al tenor literal de ella, como de otra parte en el art. 864 C. de Co., en que se adopta expresamente el mismo criterio, mientras en otros sistemas se suele acudir al de la recepción, criterio que parece más lógico” (...)

“La oferta es un negocio unilateral, en tanto inicialmente sólo se obliga al proponente y, además, de carácter recepticio, busca establecer un vínculo con el destinatario o los destinatarios. Como lo anota JEAN CARBONIER¹⁴, citando la doctrina alemana, “ellos sostienen que se trata de una declaración de voluntad que “necesita ser recibida”, recepticia, en razón de lo cual no tiene valor en sí misma, sino en la medida en cuanto está orientada a procurar el interés de alguien más”

Por otro lado, cuando se trata de operaciones de comercio internacional la normativa de los Principios de Unidroit así como la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías, acogieron por el contrario el sistema de la recepción¹⁵.

¹⁴ “Droit Civil”, No. 4, “Les Obligations”, No. 61, pág. 46, Editorial Puf, París 2000.

¹⁵ Artículo 2.1.3 (1) Principios de Unidroit, Artículo 1.10 CCIM.

Lo anterior resulta problemático ya que en estricto sentido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, las disposiciones sobre compraventa internacional de mercaderías al haber sido aprobadas mediante la Ley 518 de 1999, dichas disposiciones serían igualmente aplicables en un caso concreto y por tanto parte del bloque de constitucionalidad.

La segunda problemática que queremos evidenciar consiste en que no encontramos lógica la disposición del artículo 847 del Código de Comercio que señala: *Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga.*

Primeramente, no encontramos razón para que en ese caso el legislador haya negado la obligatoriedad de la oferta simplemente por no estar dirigida a personas determinadas, cuando en la propuesta se indica la mercancía y el precio que se ofrece. En los tiempos modernos de contratación y en épocas de la globalización, economías de escala y consumismo en furor son cada vez mas frecuentes las ofertas dirigidas al público en general a través de la publicidad en medios de comunicación, tecnologías de la información y cada vez menos frecuentes las pequeñas operaciones de ofertas dirigidas a una persona determinada.

Es así como consideramos que la interpretación que se haga de dicha norma debe ser sistemática al ordenamiento jurídico vigente y conforme a las nuevas realidades sociales. En consecuencia, a la luz de nuestro contexto del siglo XXI y haciendo una interpretación armónica con las normas de competencia desleal, encontramos que las ofertas dirigidas a personas indeterminadas son obligatorias y deben ser además claras, veraces, evitando inducir a error al consumidor o hacer denigraciones falsas frente a competidores, tal como manda el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

Asumir una interpretación textual del artículo 847 del Código de Comercio a nuestros días, nos haría caer en un sistema absurdo en el que el empresario podría hacer proposiciones falsas dirigidas al público sin consecuencia alguna y sin preocuparse por el contenido de dichas publicidades.

Al respecto MENDOZA RAMÍREZ ha señalado:

“También conviene que nos detengamos en la confrontación entre la oferta y la publicidad o propaganda. Esta, que pretende atraer clientes en el mundo del comercio, puede ser, como

adelante se verá, una verdadera oferta, si precisa los bienes y servicios que se quieren promover y las condiciones en que el interesado está dispuesto a colocar dichos bienes y servicios. En este caso, nos encontramos en el terreno de la oferta dirigida a destinatarios indeterminados. No sucede lo mismo si la publicidad se limita a anunciar la disponibilidad en el mercado de dichos bienes y servicios, sin indicar el valor que ellos tienen o, al menos, la voluntad de colocarlos en precios establecidos en el mercado y conocidos dentro de éste. Podríamos encontrarnos en el terreno de la oferta cuando un agente en el comercio de vehículos ofrece adquirir automóviles usados en el precio que determina la revista "Motor". (...) Vale la pena que, desde ahora, sostengamos que la exigencia de que la oferta sea comunicada al destinatario no implica, como adelante se verá, que esta comunicación se dirija a alguien en concreto, determinado. El derecho mercantil es, por su naturaleza, abierto a la contratación con una multiplicidad de clientes innominados. Cabe entonces la oferta despersonalizada, como la que se hace a través de medios de publicidad, cuyo efecto vinculante se estudiará más adelante o la que se produce en establecimientos de comercio abiertos al público que se llegue a ellos"

Por otro lado, respecto de estos asuntos relativos a la oferta y la formación del consentimiento resulta interesante tener en cuenta lo contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el reciente Código Unificado que ha sido objeto de muchos comentarios por ser el primer Código Unificado en materia civil y comercial en el continente.

Dicho Código trae dos artículos importantes en la materia que nos ocupa, en este caso el reconocimiento de los contratos unilaterales y el asunto de los acuerdos parciales, que rezan así:

"ARTICULO 966.- CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES. Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales.

“ARTÍCULO 982: ACUERDO PARCIAL. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos”

Estos artículos resultan llamativos, toda vez que por ejemplo nuestro Código de Comercio Colombiano no consagró textualmente el negocio unilateral ni la hipótesis de los acuerdos parciales, lo cual demuestra que cada nuevo cuerpo normativo va a la vanguardia y trae consigo las nuevas tendencias de las realidades sociales. En este caso es evidente dada la complejidad y el tenor de las operaciones que se adelantan en nuestros días, que se haga cada vez más común precisamente que un negocio sea plurilateral y que por la gran cantidad de condiciones que se discutan se den numerosos acuerdos parciales.

Así mismo es interesante que dicho Código Unificado regula los contratos de adhesión, sin establecer un régimen subjetivo para su aplicación, distinto a lo que ocurre en nuestro país donde los contratos de adhesión se regulan en leyes especiales, con regímenes subjetivos estrictos que ofrecen vacíos como ocurre con los contratos de adhesión entre no consumidores.

2.3.3. ACEPTACIÓN:

Al igual que la oferta, la aceptación es una manifestación de la voluntad unilateral directa e inequívoca encaminada a producir efectos jurídicos por parte del destinatario, en la cual este declara su deseo de concluir el contrato o negocio que se viene proyectando.

Respecto de la naturaleza jurídica de la aceptación, como habíamos mencionado en el punto 2.2.2, estamos convencidos de que se trata de un negocio jurídico unilateral en el cual el destinatario busca convenir con el objeto de la oferta para celebrar el negocio buscado por las partes.

Como es sabido, la aceptación puede ser expresa o tácita, distinto a lo que ocurre con la oferta y surte efectos desde que es recibida por el oferente en los términos del artículo 864 del Código de Comercio, asuntos sobre los cuales no nos detendremos.

Un asunto que encontramos llamativo y que puede generar dificultades es el requisito de que la aceptación sea pura y simple, es decir sea completamente inequívoca y concordante con el contenido de la oferta. La exigencia de que el acto de aceptación no adicione ningún elemento al acto del oferente, pues se tomaría como una contraoferta puede generar confusiones y dificultades como veremos a continuación.

Piénsese por ejemplo en el caso de un contrato de obra para la construcción de un edificio. Las partes deben definir y negociar innumerables condiciones tales como el precio, las pólizas de responsabilidad civil, las condiciones con las que debe cumplir el edificio, las garantías, el tiempo y forma de pago, los acabados, entre otros. En el evento en el que la constructora presente una oferta con todos los detalles sobre el proyecto es altamente improbable que el contratante acepte de forma total a la oferta que formule la constructora, razón por la cual las partes se ven obligadas muchas veces a hacer acuerdos parciales y es necesario fraccionar las condiciones del negocio para irse poniendo de acuerdo una por una de las condiciones. Por esta razón puede ocurrir, luego de largas negociaciones que las partes se confundan acerca de las condiciones que ya se encuentran en firme y las condiciones que aún no han sido aceptadas luego de que se hayan presentado ofertas, contra ofertas y aceptaciones sobre solo algunas de las condiciones del negocio.

Lo que se conoce como la regla espejo, que exige que la aceptación sea pura y simple cuya modificación se toma como una contraoferta ha sido duramente criticada entre la doctrina por autores como MARTÍNEZ GALLEGO por considerarse inequitativa y extremadamente rigurosa, *“pues pone en una situación de total desventaja al aceptante, al no poder discutir los términos de la oferta; contraría de esta manera la supuesta igualdad entre los contratantes y la libertad contractual que debe primar como principio general. Las dificultades prácticas son también evidentes al tratar de determinar cual fue la última oferta y cuales son los términos que rigen el contrato, situación de incertidumbre que en nada favorece el desarrollo de los negocios”*¹⁶

Adicional a lo anterior, a nuestro criterio se pueden presentar confusiones en la práctica acerca de si en un determinado caso hubo una aceptación parcial y por tanto contraoferta o un acuerdo parcial, en cuyo caso las consecuencias serían completamente diferentes.

2.4. DIFICULTADES DE APLICACIÓN NORMATIVA EN LA ETAPA PRE-NEGOCIAL.

¹⁶ Jorge Oviedo Albán, La formación del contrato, pág. 103.

En el ordenamiento jurídico colombiano ha existido cierta complejidad a la hora de aplicar e interpretar las normas relativas a las tratativas preliminares, la oferta, aceptación y en general frente a las reglas, deberes y responsabilidades que surgen en esta etapa del negocio jurídico. Como sabemos, Colombia tiene una normativa aún bifurcada en derecho privado existiendo de forma dual regulación en el Código Civil y Código de Comercio sobre los mismos asuntos, como ocurre con ciertos contratos que tienen regulación tanto en la ley mercantil como en la civil tales como el arrendamiento, mutuo, compraventa, entre otros. A diferencia de nuestro sistema, ya existen ordenamientos como el argentino que han resuelto la primera problemática que encontramos en la aplicación normativa que es la dificultad de determinar la ley aplicable al caso concreto.

Al existir dos grandes cuerpos normativos en materia de derecho privado, como lo son el Código Civil y el Código de Comercio, el intérprete en nuestro ordenamiento ha tenido que resolver la norma aplicable acudiendo a criterios que la doctrina ha reconocido como criterios objetivos de aplicación normativa, así como criterios subjetivos de aplicación. Dentro de estos criterios objetivos encontramos la teoría del acto de comercio y en los criterios subjetivos encontramos el régimen de aplicación de normas mercantiles a comerciantes, incluso, cuando sólo una de las partes del negocio tenga esta calidad (criterio subjetivo mixto), sin embargo, aún con estos criterios la aplicación normativa muchas veces se torna confusa y de difícil aplicación. No ocurre lo mismo en sistemas jurídicos como el argentino, en el cual ya existe un Código Civil y Comercial Unificado, caso en el que no existe la problemática de determinar la aplicación de la normatividad civil o comercial.

En el caso de la etapa pre-negocial del negocio jurídico, la dificultad aplicativa señalada anteriormente se agudiza debido a que nuestro Código Civil no regula la oferta, aceptación ni tratativas preliminares, asunto que si se encuentra regulado en el Código de Comercio. De este modo se han presentado casos en que ha habido controversias sobre operaciones civiles dentro de la etapa pre-negocial, en los cuales el operador jurídico ha tenido que aplicar por vía de analogía legis las normas propias del Código de Comercio. Esta aplicación analógica se vuelve por tanto la única vía normativa mediante la cual es posible llenar los vacíos de la norma general (Código Civil) utilizando las normas de la norma especial (Código de Comercio). Estos problemas aplicativos son recurrentes cuando se presentan vacíos normativos en el Código Civil, norma ya muy antigua y poco actualizada a la realidad de nuestros días, sobre asuntos que si se encuentran regulados en la norma mercantil, norma más actualizada y más acorde a nuestra realidad.

Como recordaremos, no ocurre lo mismo cuando lo que se busca es llenar vacíos del

Código de Comercio con el Código Civil, ya que, existen dos artículos de remisión al Código Civil. El primero, es el artículo 2 del Código de Comercio señala expresamente: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”. En segundo lugar, el artículo 822 del Código de Comercio, señala: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”. La segunda situación que dificulta la aplicación normativa en materia de la etapa pre-negocial, es la multiplicidad de normas aplicables en la etapa pre-negocial. Un intérprete puede enfrentarse ante la complejidad de encontrarse con que el tema de la oferta se encuentra regulado por el Código de Comercio, Ley de Comercio electrónico (ley 527 de 1999) y por la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías. Al analizar el caso de la contratación electrónica, en el cual resulta más difícil definir cuándo se da una aceptación, ya que, como está se genera de forma virtual, es difícil determinar cómo se da manifestación de la voluntad y puede resultar imposible determinar si hay error, dolo o violencia en el consentimiento

3. ETAPA NEGOCIAL:

Respecto de esta etapa no haremos un análisis exhaustivo ya que esta es la etapa tradicional del negocio, que ha sido más estudiada y regulada. Nos limitaremos a señalar que esta etapa nace con el perfeccionamiento del negocio jurídico bilateral, comprende toda la etapa ejecutiva del negocio, el desarrollo y cumplimiento de los términos del contrato por parte de las partes intervinientes.

4. ETAPA POST-NEGOCIAL:

Respecto de la existencia etapa post-negocial, encontramos que la respuesta que ha ofrecido la doctrina al respecto no ha sido del todo pacífica. Es así como los autores de mayor renombre en Colombia y Latinoamérica como OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA, OVIEDO ALBÁN, RENGIFO GARDEAZABAL, CASTRO DE CIFUENTES, DIEZ- PICAZO, CUBIDES CAMACHO, ARRUBLA PAUCAR, entre otros, han entendido que la vida del contrato se compone únicamente por la etapa de formación o pre-negocial y la etapa de ejecución o negocial, sin reconocer expresamente a la etapa post-contractual. Han sido autores principalmente Norteamericanos los que han incluido y se han referido expresamente frente a las obligaciones y deberes de la etapa post-negocial, reconociendo esta etapa posterior a la ejecución del negocio jurídico desarrollado por las partes.

No existe unanimidad en la doctrina acerca de la existencia de la etapa post-negocial, de hecho, resulta interesante encontrarse con que para la mayoría de los tratadistas en esta materia se hable únicamente de etapa pre-negocial y negocial.

Dichos autores incluyen dentro de su clasificación por ejemplo a los deberes de garantía (deber post-negocial) dentro de la etapa negocial bajo el entendido de que dichos deberes hacen parte de la ejecución del negocio.

Jurisprudencialmente solo en contados casos la Corte Suprema de Justicia ha reconocido expresamente la etapa post-negocial. Uno de estos casos es la sentencia del 2 de agosto de 2001 en la cual se señaló:

*“... de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o **post-contractual**). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección”¹⁷*

Por su parte, MENDOZA RAMÍREZ ha expresado:

“Para otros la etapa de ejecución forma parte de la denominada “responsabilidad post contractual”, por ser posterior a la celebración del negocio jurídico. Sea una u otra posición la que se asuma, no cabe duda de que, como poco antes se afirmó, la etapa durante la cual deben cumplirse las obligaciones contraídas exige unas conductas en las partes para facilitar el logro de las finalidades buscadas a través del respectivo negocio (...) En todo caso, sea que la ejecución se considere

¹⁷ Corte Suprema de Justicia Sentencia del 2 de agosto de 2001 Exp. No. 6146 MP Carlos Ignacio Jaramillo

insertada en la “responsabilidad contractual”, sea que se tenga como formando parte de la “responsabilidad post contractual”, lo cierto es que en uno u otro caso nos tropezamos con los mismos deberes de conducta, de manera tal que la diferencia en la clasificación resulta enteramente bizantina”

Sin embargo, a nuestro entender en la normativa civil, comercial y en el mismo Estatuto del Consumidor, se han consagrado manifestaciones que pueden encuadrarse dentro de la etapa post-negocial, como ocurre en el caso del contrato de compraventa respecto de la obligación de saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios, o en el caso de las obligaciones de garantía, las cuales apareciendo con posterioridad a la ejecución del contrato, se alejarían de la etapa negocial. Así lo ha desarrollado el Dr. MENDOZA RAMÍREZ en los siguientes términos:

“Si la ejecución de lo pactado no se tiene como formando parte de la etapa posterior al contrato, en todo caso podemos estudiar dicha etapa como relacionada con los deberes de garantía, cuando estos existen; con la entrega de las instrucciones necesarias para el buen uso de aquello que se entregó como consecuencia de obligaciones de dar y de hacer; en muchos casos, con el compromiso de mantener una existencia adecuada de repuestos; en otros, con la necesidad de indicar proveedores alternos de éstos, etc. Obligaciones como las previstas para el contrato de compraventa y para aquellos a los cuales les son aplicables las reglas de éste (permuta, suministro de bienes, etc.) de responder por la evicción y por los vicios ocultos o redhibitorios forman parte de esta etapa de reglas de conducta”

Consideramos que la buena fe debe permear todas las etapas del negocio, incluyendo la etapa post-negocial tal como señala NEME VILLAREAL cuando señala: *“no debe perderse de vista la trascendental importancia que adquiere la observancia del principio de buena fe incluso una vez finalizado el contrato, como quiera que la extinción de los derechos y las obligaciones emanadas del contrato no implica que las partes puedan dejar de cumplir los deberes inherentes al principio de buena fe, en todo aquello que guarde relación con la conservación de los efectos del contrato. De ahí que conforme a las exigencias de la buena fe los contratantes deberán omitir toda conducta mediante la cual se despoje a la otra parte de las ventajas del contrato o se divulgue o utilice indebidamente información confidencial obtenida en razón del mismo”*¹⁸.

¹⁸ Neme Villarreal, Martha Lucía (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (11),79-125.[fecha de Consulta 2 de Marzo de 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537587004>

Resulta llamativo que respecto de este asunto la normativa de la contratación estatal ofrezca mayor claridad y desarrollo, materia en la cual la etapa post-negocial si ha sido reconocida y desarrollada.

En el ámbito de la compra pública, la etapa post-negocial se manifiesta en la liquidación de los contratos estatales, previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, cuyo trámite aplicable se encuentra en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783)

“Finalmente, una vez culminado el plazo de ejecución del contrato inicia la etapa post-negocial, dentro de la cual le corresponde al supervisor o al interventor del contrato impulsar su liquidación”

5. DEBERES DERIVADOS DE LA BUENA FE EN EL ITER NEGOCIAL.

5.1. Consideraciones Preliminares.

A manera de análisis preliminar vale la pena resaltar que de forma mayoritaria los estudios que ha hecho la doctrina de los deberes derivados de la buena fe se han abordado casi exclusivamente desde la etapa pre-negocial, circunstancia que creemos que es desafortunada ya que da a entender que estos deberes se circunscriben exclusivamente a dicha etapa, ignorando la aplicación de dichos deberes en el resto del iter negocial. Al respecto, estamos convencidos de que estos deberes no desaparecen por completo en las etapas negocial y post-negocial.

Al respecto ISLER SOTO¹⁹, identificando esta problemática y vacío que se presenta también en el sistema chileno ha señalado:

“Ello también confluye con la apertura a revisarse la teoría del negocio jurídico desde una perspectiva sistémica. Así, como

¹⁹ Isler Soto, Érika M.. (2019). Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno. *Ius et Praxis*, 25(1), 335-382. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100335>

explica Lorenzetti si bien el estudio del contrato en un inicio se parecía a una fotografía estática, el dinamismo del que goza a partir de la extensión del iter contractual con una -en ocasiones- dificultosa división de sus etapas, la ha tornado en una película. En efecto, la observación de los actuales sistemas de contratación ha conllevado el cuestionamiento del efecto relativo de los contratos, de la autonomía de la voluntad como suficiencia de la obligación, así como de las fases en las cuales la convención es relevante. Es en este escenario, entonces, en el cual aparecen dimensiones antes no analizadas y que se relacionan directamente con el objeto de estudio, tales como los deberes que surgen una vez que se ha agotado el contrato, la consideración de la buena fe como elemento integrador y generador de obligaciones, y la formulación de regímenes unitarios de responsabilidad”

Es por esto que algunos deberes pre-negociales se prolongan en otras etapas, y otros simplemente existen durante las tratativas preliminares. También ocurre que puedan aparecer deberes derivados de la buena fe en etapas de ejecución que no existían en la etapa pre-negocial o que existan ciertos deberes que cobren mas importancia dependiendo del negocio de cada negocio. Por ejemplo, respecto del deber de información este no es igual de relevante en un negocio de una compraventa sobre unos bienes de género, como lo puede ser ese mismo deber de información en una licitación, en la cual debe formularse un pliego de condiciones muy detallado con la información de los requisitos que debe cumplir la oferta dentro del concurso.

Algunos doctrinantes incluso consideran que existen deberes derivados de la buena fe del caso a caso, que no hayan sido contemplados en abstracto por la doctrina o la jurisprudencia. En otras palabras, pueden existir deberes “atípicos” para cada caso en particular, de acuerdo a las necesidades y a la negociación acordada entre las partes, por fuera de los deberes anteriormente analizados.

En el presente capítulo se pretenden enunciar los deberes más importantes de cada etapa, tratando de hacer el listado mas completo posible de dichos deberes, a sabiendas de que es bien sabido que dichos deberes no son taxativos.

5.2. Deberes de conducta en la etapa pre-negocial.

Como veíamos, en principio durante las tratativas preliminares las condiciones que se

negocian no son obligatorias. Sin embargo, a pesar de esta aparente no obligatoriedad en virtud de la confianza y diligencia que se espera las partes deben proceder de acuerdo con el principio de buena fe evitando incurrir en conductas que resulten desleales. Derivado de la obligación de proceder durante esta etapa de buena fe, encontramos el deber de información, deber de reserva, deber de seriedad, deber de conservación y el deber de no romper injustificadamente con las negociaciones.

Respecto de los deberes pre-negociales la Sala de Casación Civil en reciente sentencia señaló el fundamento de estos deberes de la siguiente manera:

“Por tanto, el principio de buena fe expande el marco obligacional más allá de lo estipulado por los sujetos contratantes, pues, no se remite exclusivamente a lo que expresamente se hubiere regulado sino también a ciertos comportamientos adicionales que son inherentes a la relación contractual, como actuar con lealtad, diligencia, probidad, sinceridad, valores que se hayan presentes en todas las relaciones negociales, dándoles contenido ético a las mismas.

Estos deberes surgen ante la necesidad de fortificar el periodo precontractual en orden a desarrollar el contenido jurídico propio de la negociación bajo el designio de la lealtad y diligencia, siendo hoy en día una figura autónoma e incorporada dentro del derecho de contratos, que juega un rol importante en la protección de la parte más débil del negocio jurídico (principio pro damnato), cuyo radio de acción cobija tanto a la fase de formación del contrato como elemento indispensable para la consolidación del consentimiento, como la que corresponde a su ejecución (todo el iter contractual), para superar la asimetría o desequilibrio informativo que puede existir entre los contratantes, que es más visible en los contratos de adhesión o con cláusulas o condiciones generales”²⁰

A. Deber de información: este deber exige que las partes descubran toda la información relevante para el caso concreto y de esta forma se logre evitar futuros problemas con la validez del negocio, por ejemplo el deber de informar sobre posibles ilicitudes en el objeto, informar sobre los vicios ocultos, entre otros. En concreto, se ha visto en el ordenamiento jurídico colombiano algunas aplicaciones

²⁰ Corte Suprema de Justicia, SC18476-2017, MP Álvaro Fernando García Restrepo, Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02, Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).-

de este principio en áreas como el derecho de la competencia y el derecho de consumo, en el cual se ha visto, por ejemplo, en temas de publicidad algunas restricciones en defensa del consumidor.

B. Deber de confidencialidad: este deber consiste en guardar reserva sobre la información personal o empresarial que con ocasión de estas tratativas se haya dado a conocer al otro. De forma objetiva la forma de racionalizar el deber de información y hacer posible su aplicación sin grandes perjuicios colaterales para el negociador consiste en la existencia de este deber de confidencialidad, de modo que guardan estrecha relación, ya que, por un lado las partes deben “mostrar sus cartas” durante las discusiones de los términos del negocio, lo que puede implicar el suministro de estados financieros, detalles técnicos, industriales y por otro lado dicha información debe estar protegida.

C. Deber de seriedad: Este deber consiste en que los participantes de las negociaciones deben evitar generar falsas expectativas respecto al contrato que se está cocinando. Esto implica que las partes deben abstenerse de dar información, realizar actos que puedan generar expectativas legítimas, a sabiendas de que no tiene intenciones de llegar a ningún acuerdo.

D. Deber de seguridad y conservación: Este deber se ve presente principalmente en las operaciones mercantiles en las cuales dentro de la estrategia de negociación el futuro suministrante ofrece bienes o servicios al gusto o a la prueba. En tal contexto se origina un deber de garantizar la seguridad del producto, deber que se amplía en el marco del Estatuto del Consumidor a garantizar no solo la seguridad sino la idoneidad e indemnidad por parte del expendedor y del otro lado se origina un deber de conservar el producto en debida forma por parte del probable comprador, suministrado, arrendador, como ocurre con los test-drive en los cuales el probable comprador debe evitar colisionar el vehículo durante el recorrido, evitando ocasionar perjuicios al concesionario automotriz.

E. Deber de no romper injustificadamente las negociaciones: Como sabemos, en el marco de la autonomía de la voluntad las personas tienen la libertad de contratación, en virtud de la cual existe la facultad de elegir entre contratar u no contratar. No obstante, la facultad de no contratar no puede usarse de forma dolosa conociendo desde el inicio su deseo de no concluir el contrato, haciendo incurrir a la otra parte en costos de negociación y demás para luego retirarse intempestivamente obrando de mala fe.

La doctrina ha entendido que los deberes pre-negociales constituyen un marco de antijuridicidad, que sirve de fundamento para la interposición de las acciones de responsabilidad civil correspondientes, asunto que se desarrollará a continuación.

5.3. Deberes de conducta en la etapa negocial y post-negocial:

Respecto de estos deberes, para evitar repetir lo ya dicho en el punto anterior, nos limitaremos a hacer un par de comentarios al respecto de cara a la etapa negocial y post-negocial.

En primer lugar creemos que tal como ya lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, los deberes de la buena fe permean todo el iter negocial y no se limitan a la etapa pre-negocial, tal como señaló:

“... de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección. *De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, **por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento**, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de “duración” [...] Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento*

*primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. **De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual** –o parte de la precontractual–, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella **se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus)**, rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el “... período precontractual”, sin distingo de ninguna especie” (Negrilla y subrayado fuera del original)²¹*

En segundo lugar, consideramos que el análisis que se haga de los deberes de la buena fe, dependerá de la etapa en la cual se estudie, así como del contrato que se adelante.

Por ejemplo, los deberes de garantía cobrarán una mayor relevancia en la etapa post-negocial y será más relevante el deber de información para un pliego de cargos de una licitación de un contrato de obra de un edificio, que ese mismo deber de información en un contrato de compraventa de un bien fungible.

6. ALGUNAS PROBLEMÁTICAS QUE SE PRESENTAN EN EL ITER NEGOCIAL.

6.1.1. ¿SE JUSTIFICA HACER UNA DIVISIÓN RADICAL ENTRE LAS ETAPAS DEL ITER NEGOCIAL?

A nuestro juicio, creemos que la división normativa que se ha hecho, separando las etapas, ha generado que se presenten vacíos normativos, e incluso confusiones por el

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

trato diferenciado que se le da a cada etapa. A nuestro sentir esta circunstancia conlleva a que se presenten zonas grises e hipótesis en las cuales no hay soluciones jurídicas claras al respecto.

Creemos que en esencia no debería existir una distinción tan marcada entre la etapa pre-negocial y la etapa negocial, puesto que, en esencia durante ambas etapas se ven involucrados negocios jurídicos. La etapa pre-negocial se caracteriza por la negociación, se presentan ofertas, contraofertas y aceptaciones entre las partes, los cuales son negocios jurídicos. Por su parte en la etapa negocial sobresale el negocio jurídico perfeccionado, su ejecución y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Por esta razón, habiendo comprendido que en esencia durante ambas etapas se presentan negocios jurídicos, por lo tanto son más los elementos comunes que pueden extraerse entre la etapa pre-negocial y la negocial, que sus diferencias.

En segundo lugar creemos que no se justifica la división, pues se evidencia que los efectos jurídicos que se presentan en la etapa pre-negocial y la etapa negocial no son muy diferentes entre sí, ya que en la etapa pre-negocial se presentan los llamados “deberes secundarios de conducta” derivados de la buena fe mientras que en la etapa negocial se presentan las obligaciones propias del contrato acordado, diferencia que no es sustancial debido a que los deberes pre-negociales derivados de la buena fe en realidad son verdaderas obligaciones en tanto son coercitivos y de imperativo cumplimiento para las partes.

6.2. LA GRAN CONFUSIÓN – RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACTO ILÍCITO EN LA ETAPA PRE-NEGOCIAL Y POST-NEGOCIAL:

No existe mucha discusión acerca de las clases de responsabilidad civil en la actualidad. Desde el derecho romano con la *lex aquilia*, se reconoció la posibilidad de que un daño se cause a otro por el incumplimiento de una obligación contractual (responsabilidad civil contractual) o sin que exista un contrato entre el perjudicado y el causante del daño (responsabilidad civil extracontractual) , luego de la comisión de un delito o cuasi-delito (hoy más aceptada la noción de acto ilícito).

En un primer momento aparentemente estos dos regímenes de responsabilidad civil resultaron lógicos y parecían ser la solución para resolver sin mayor dificultad cualquier caso de derecho de daños. Sin embargo con el tiempo se han venido presentando dudas acerca de la naturaleza contractual o extra-contractual de ciertos perjuicios.

En la práctica se presentan casos en los cuales no es sencillo establecer si determinado daño es de naturaleza contractual o extracontractual, como ocurre con los daños pre-negociales, post-negociales y aquellos que se presentan con ocasión de un contrato.

Respecto de los daños que se presentan con ocasión de un contrato, VELAZQUEZ POSADA ha analizado la diferencia entre el daño derivado de un contrato y los daños generados con ocasión de un contrato, a partir del siguiente ejemplo: *“Juan, pongamos por caso, contrata la construcción de un edificio con Pedro. Si la edificación se derrumba por la mala construcción y destruye un vehículo de Pedro (beneficiario de la obra) tenemos aquí dos clases de daños: uno contractual, la ruina del edificio, causado por la inejecución del contrato de obra, y otro extracontractual, el del vehículo, surgido con ocasión del mencionado contrato (...) el tema ofrece dificultades importantes pues la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando que en ciertos contratos existe la obligación de seguridad que por naturaleza va implícita. En tales casos entonces, si el daño se causa por incumplimiento de esa obligación, estamos en presencia de la responsabilidad contractual”.*

En segundo lugar, respecto de la naturaleza de los daños que se causan en la etapa pre-negocial, se trata de un tema en el que la doctrina está fracturada hasta la actualidad.

Al respecto el VELAZQUEZ POSADA se ha inclinado por la postura de que los daños en la etapa pre-negocial son extracontractuales, así:

“¿Qué pasa con los daños que se causen en la etapa precontractual? La jurisprudencia nacional ha aceptado que los daños causados en la etapa precontractual, en la que no se ha perfeccionado el contrato, son de tipo extracontractual. En el fallo del año 2000, la Corte Suprema reafirma la doctrina al decir que esos actos de la etapa precontractual son simples actos preparatorios que no dan lugar a la responsabilidad contractual a menos que se den los presupuestos del contrato de promesa. Y aunque esos actos preparatorios no obliguen a contratar sí exigen de las partes obrar con buena fe, de modo que interrupciones intempestivas que causen daño generan responsabilidad civil aquiliana.”

Por su parte el OVIEDO ALBÁN se pronunció al respecto y manifestó:

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

Pues bien, en resumidas cuentas existen autores tales como FRANCESCO GALGANO, BIANCA, LARROUMET, VELAZQUEZ POSADA, entre otros que han sostenido que la naturaleza jurídica de los daños que surgen de la etapa pre-negocial generan responsabilidad extracontractual. En el caso colombiano los que apoyan esta tesis se soportan principalmente en la postura que ha tomado la Corte Suprema, que ha señalado 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 sino extracontractual, y mas concretamente precontractual”*²². Así mismo se soportan en una interpretación literal del artículo 845 del Código de Comercio donde se denomina a la oferta como un “proyecto de negocio jurídico”.

Por otro lado autores como MONATERI, CORSARO, SANTOS BALLESTEROS, MENDOZA RAMÍREZ, entre otros, han considerado que los deberes derivados de la buena fe en dicha etapa se pueden equiparar a obligaciones como tal, mas aún cuando esta parte de la doctrina parte de la base de que en la etapa pre-negocial se presentan negocios jurídicos vinculantes como es el caso de la oferta, razón por la cual a su juicio la responsabilidad que se genera es contractual.

Una tercera corriente de autores han tratado de resolver la discusión acudiendo a la doctrina de *culpa in contrahendo* propuesta por Von Ihering, la cual es estricto sentido no puede calificarse como una culpa contractual pero tampoco como una culpa extracontractual. Otros simplemente clasifican a la responsabilidad pre-contractual como autónoma sin incluirla dentro de la responsabilidad civil contractual ni extracontractual.

Sin embargo esta discusión no ha sido superada y compartimos la apreciación del Dr. OVIEDO ALBAN cuando señala que *“Esta discusión no es solo teórica, puesto que ella,*

²² Corte Suprema de Justicia sentencia 28 de junio de 1989 MP. Rafael Romero Sierra

y por ende la solución que se escoja, tendrá incidencia práctica. Estas pueden ser advertidas 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 incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato – o de las originadas de los tratos preliminares-, mientras que tratándose de responsabilidad precontractual, la regla general informa que la culpa deberá ser probada por el que pretende el daño, tal como sucede de acuerdo con el Código Civil colombiano“.

Adicional a las anteriores apreciaciones añadiríamos que la problemática se agrava, en el marco de la responsabilidad civil, en el momento en el que uno de los contratantes sufre un daño y pretende una reparación. No obstante al momento de formular la demanda no tiene claridad si el perjuicio se causó en la etapa pre-negocial o negocial, circunstancia que resulta desafortunada teniendo en cuenta que el accionante debe elegir forzosamente entre iniciar una acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual, en virtud de la prohibición de opción²³. Lo anterior lo encontramos absurdo, toda vez que, independientemente de la etapa en la que se haya causado el daño, en los dos casos se está perjudicando a alguien y como dice el viejo adagio “el que rompe paga”.

Al respecto creemos que en este tipo de casos deben primar dos principios del derecho romano que son “*neminem laedere*” y “*iura novit curia*”. Es decir, sin importar si el daño se causó en la etapa pre-negocial o en la etapa negocial existe la obligación de reparar el daño y en segundo lugar está el principio de que “el juez conoce el derecho”, de modo que si un demandante ante la falta de claridad acerca de si los perjuicios causados se causaron en la etapa negocial o pre-negocial o si la naturaleza de los mismos es contractual o extracontractual, no debe ser esto una causal para que el juez desestime la demanda, pues se estaría cayendo en formalismos que desconocerían el mandato constitucional que pregona la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, del que trata el artículo 228 de la Carta Política.

Afortunadamente al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del (31) de octubre de 2001, Expediente No. 5906 se ha pronunció al respecto señaló:

“Conforme lo declara el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, el objeto de los procedimientos es hacer efectivos los

²³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 2005, Exp. No. 14491 MP Pedro Octavio Munar Cadenas, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de octubre de 2001, Exp. No. 5906 MP José Fernando Ramírez Gómez.

derechos reconocidos por la ley sustancial, porque dado el carácter instrumental del derecho procesal, que es el que en efecto reconoce la citada norma, su funcionalidad no puede ser otra que la de servir al derecho sustancial logrando su aplicación. Es este carácter y esta función las que igualmente identifica el artículo 228 de la Constitución Política, cuando consagra como principios explícitos de la administración de justicia en Colombia, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva (...) Para lograr este cometido, que es el mismo del ejercicio jurisdiccional, el juez debe, apegado a las garantías fundamentales, darle sentido pleno a las formas para justificarlas en tanto ellas estén destinadas a lograr la protección de los derechos de las personas, porque ese y no otro es el epicentro de la actividad judicial (...) Así las cosas, es evidente que el Tribunal incurrió en el error de hecho que le imputa la censura en la interpretación de la demanda, al haber deducido de las normas invocadas la naturaleza de la pretensión, cuando lo procedente era derivarla de los hechos expuestos por el accionante como fundamento de ésta, conforme a lo explicado (...) En consecuencia, **siendo suficientemente conocido en virtud de la claridad que al respecto ha hecho la jurisprudencia de la Corte, que la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual, incurrió en error de hecho con el carácter de manifiesto y trascendente el Tribunal al denegar las pretensiones del actor, so pretexto de éste haber elegido la vía equivocada para hacer su reclamación,** no obstante que en ninguna parte del texto del libelo introductorio se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos antes mencionados, los cuales sin ningún esfuerzo muestran que las pretensiones tienen su génesis en el incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada. Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: ***jura novit curia***" (Negrilla y subrayado fuera del original).

En tercer lugar respecto de la naturaleza de los daños que se causan en la etapa post-negocial, se trata de un tema en el que la doctrina y jurisprudencia poco se ha pronunciado al respecto debido a que como desarrollamos anteriormente, la mayoría de la doctrina ni siquiera reconoce la existencia de la etapa post-contractual.

Al respecto BENÍTEZ define a la responsabilidad postcontractual como *“aquella que acaece como resultado de la violación de un deber de conducta, derivado de la buena fe que se erige como standard jurídico, con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, produciendo en la otra parte un daño indemnizable”*²⁴.

Por su parte, otros autores chilenos tales como RODRÍGUEZ RUSSO señalan que la etapa del postcontrato se produce cuando *“las obligaciones principales dimanantes del mismo han sido cumplidas, pero quedan subsistentes determinados deberes de conducta derivados de la buena fe”*²⁵; es aquella *“en la que se incurre por alguno de los excocontratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho posterior o anterior a dicha satisfacción”*²⁶.

De esta manera, es posible señalar que el elemento esencial de este tipo de responsabilidad, además de la generación de un daño, radica en que aparece una vez que se han extinguido las obligaciones principales del contrato.

En Colombia autores de renombre en la materia como OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA, OVIEDO ALBÁN, RENGIFO GARDEAZABAL, CASTRO DE CIFUENTES, CUBIDES CAMACHO, ARRUBLA PAUCAR, entre otros, han entendido que la vida del contrato se compone únicamente por la etapa de formación o pre-negocial y la etapa de ejecución o negocial, sin reconocer expresamente a la etapa post-contractual. Consecuentemente lo que se ha escrito al respecto tampoco ha sido muy abundante, circunstancia que encontramos desafortunada ya que desconoce la existencia de los deberes de la buena fe con posterioridad a la ejecución de las obligaciones del contrato.

Al respecto creemos que en el marco de relaciones negociales, durante todo el iter negocial, no solo en la etapa negocial y pre-negocial sino además en la etapa post-negocial la naturaleza de los daños que se producen son necesariamente negociales. Teniendo en cuenta que las partes deben cumplir de forma imperativa los deberes derivados de la buena fe desde que se ponen en contacto en las tratativas

²⁴ Benítez (2013)

²⁵ Rodríguez (2015), p. 936.

²⁶ Leiva (2002).

preliminares, incluso con posterioridad a la ejecución del contrato en que le siguen asistiendo deberes de conducta con la otra parte. Por ende creemos que la confusión que se ha generado respecto a la naturaleza de los daños causados en la etapa pre-negocial y post-negocial obedece a una visión reduccionista del contrato, entendido como el acuerdo de voluntades al que se llega una vez este se ha perfeccionado y hasta que este se termina. Consideramos que debe tenerse una visión más amplia del negocio abarcando todo el iter negocial, de tal manera que cualquier daño que se presente durante cualquiera de sus etapas generará responsabilidad negocial para quien lo cometa.

6.3. ZONAS GRISES, Y VACÍOS LEGALES DE LAS ETAPAS DEL NEGOCIO JURÍDICO.

Hay escenarios en los cuales es muy fácil hacer una división entre las etapas del negocio jurídico, sin embargo a partir de las nuevas exigencias del mundo moderno, las economías de escala, las nuevas formas de contratación y la magnitud de los negocios que se hacen hoy en día se presentan cada vez mas a menudo casos en los cuales no resulta claro donde empieza cada etapa del negocio ni cuando termina.

Tal es el caso de grandes negocios donde deben definirse múltiples detalles, como lo es el contrato de obra para la construcción de un edificio, una operación de fusión o adquisición societaria, la compra de varios predios de diferentes propietarios para adelantar un proyecto inmobiliario, un joint venture entre dos empresas que buscan unirse para un propósito común, entre otros. Cuando se trata de contratos con esta complejidad es usual que las partes luego de largos periodos de contratación tengan que ir acordando acuerdos parciales, presenten ofertas y contraofertas, se suspendan las negociaciones al cumplimiento de una condición, (Ej: cuando para seguir con las negociaciones el promitente comprador exige que el promitente vendedor adelante los trámites necesarios para aparecer como propietario en el certificado de libertad y tradición del inmueble), entre otras múltiples situaciones que se pueden presentar.

Ante distintas situaciones pueden presentarse zonas grises, por ejemplo cuando se presentan situaciones en las cuales no se sabe si el oferente sigue obligado por la ofertas que aún no fue aceptada o cuando no es claro si el destinatario aceptó la totalidad de las condiciones de la oferta o solamente aceptó algunas condiciones y otras no, cuando hay una aceptación extemporánea a las vigencia de la oferta, cuando no resulta claro el momento a partir del cual es vinculante la oferta o la vigencia del contrato es difusa, entre otras situaciones.

En el caso de acuerdos parciales que se comienzan a ejecutar, algunas prestaciones pueden encontrarse en la etapa pre-negocial, otras en la etapa negocial y otras incluso pueden presentarse en la post-negocial. La dificultad práctica está como lo veíamos en el capítulo de responsabilidad civil cuando no hay claridad acerca de la etapa que se adelanta y debe formularse la acción de responsabilidad civil contractual o extra-contractual.

Decimos que en ocasiones no es clara la etapa del negocio que se adelanta puesto que justamente en las fronteras que dividen una etapa de otra existen vivas discusiones entre la doctrina quienes aún discuten cual es el momento a partir del cual la oferta es vinculante o el momento en el que culmina la etapa negocial y comienza la post-negocial, debates que aún no se han decantado completamente, como veíamos en los capítulos correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA:

Jurisprudencia:

- *Corte Suprema de Justicia, sentencia 12 de agosto de 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm. 6151, MP. José Fernando Ramírez Gómez.*
- *Corte Suprema de Justicia, SC18476-2017, MP Álvaro Fernando García Restrepo, Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02, Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).-*
- *Corte Suprema de Justicia Sentencia del 2 de agosto de 2001 Exp. No. 6146 MP Carlos Ignacio Jaramillo*
- *Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 2005, Exp. No. 14491 MP Pedro Octavio Munar Cadenas,*
- *Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de octubre de 2001, Exp. No. 5906 MP José Fernando Ramírez Gómez.*
- *Corte Suprema de Justicia sentencia 28 de junio de 1989 MP. Rafael Romero Sierra*
- *Corte Suprema de Justicia, SC18476-2017, MP Álvaro Fernando García Restrepo, Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02, Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).-*

Laudos arbitrales:

- *Centro de Arbitraje Cámara de Comercio – Laudo Arbitral del 2 de octubre de 2018, Rad. No. 4989.*

Doctrina:

- *Arrubla Paucar, Jaime Alberto, Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos, T.III, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.*
- *Benitez, Nicolás, “Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta”, Revista Jurídica de Daños - Número 7 - Noviembre 2013*
- *Camacho Cubides (2010). “Obligaciones”, Sexta Edición, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.*
- *Cárdenas Rincón, Erick: “Derecho Del Comercio Electronico Y De Internet”, (2017) Tercera Edición, Bogotá, LEGIS.*
- *Corral García, Eduardo, “La Oferta de contratos al Publico”(2002) Valencia, tirant lo Blanch.*
- *Castro de Cifuentes, Marcela: “Derecho De Las Obligaciones Con Propuestas De Modernización”, (2016) Tercer Tomo, Bogotá – Colombia.*
- *Díez-Picazo, Luis: “Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial” (2007) Sexta Edición, Thomson Civitas, Santiago – Chile.*
- *Espinoza Espinoza, Juan: “La responsabilidad civil contractual”, en Estudios del derecho civil, Bogotá, Externado, 2014.*
- *Fabregas Ponce, Jorge: “El enriquecimiento sin causa”, Bogotá, Ed. Plaza y janes*
- *Gardeazábal, M. R. (2016). La Formación Del Contrato. Bogotá: TEMIS S.A.*
- *Isler Soto, Érika M.. (2019). Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno. Ius et Praxis, 25(1), 335-382.*
- *Jiménez Valderrama, Fernando (2019). Curso de Obligaciones. Bogotá: Legis.*
- *Jiménez Valderrama, Fernando (2015). Teoría Del Contrato Y Del Negocio Jurídico. Bogotá: Legis.*
- *Monsalve Caballero, Vladimir. (2008). LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN. Revista de Derecho, (30), 30-74. Retrieved February 29, 2020,*
- *Mendoza Ramírez, Álvaro (2020) Obligaciones, TEMIS, primera edición, Bogotá - Colombia.*

- Neme Villarreal, Martha Lucía (2006). *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. *Revista de Derecho Privado*, (11),79-125
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, “*Teoría General Del Contrato y Del Negocio Jurídico*, (2014), TEMIS, séptima edición, Bogotá – Colombia.
- Ospina Fernández, Guillermo “*Teoría General de las Obligaciones*”, (2014) TEMIS S.A. séptima edición, Bogotá – Colombia
- Oviedo Albán, Jorge. (2008). *La Formación Del Contrato*. Bogotá: TEMIS.
- Posada Torres, Camilo "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182
- Rengifo García, Ernesto "Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 327, Bogotá, diciembre de 2004, 91
- Stiglitz, Ruben "Contrato de consumo y cláusulas abusivas", *Universitas* n.º 93, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1997, pp. 395 y 396:
- Velasquez Posada, Obdulio: "Responsabilidad Civil Extracontractual (Segunda Edición)" *En: Colombia 2013. TEMIS, Obras Jurídicas y Universidad de La Sabana*