

La responsabilidad precontractual en Colombia*

Gustavo Adolfo Marín Vélez**

RESUMEN

La dinámica de las relaciones económicas en el mundo contemporáneo impone, a su vez, nuevas necesidades a los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tal razón, el brindarles seriedad, seguridad, transparencia y firmeza a los negocios ha obligado a la adopción de medidas orientadas a regular el nivel de responsabilidad jurídica que adquieren las partes cuando se encuentran en las conversaciones o tratativas previas a la celebración del contrato. En efecto, se pretende determinar, con fundamento en la actual regulación prevista en el Artículo 863 del Estatuto Mercantil, la obligación reparadora o indemnizatoria en que incurriría un precontratante en el evento en que, de manera unilateral e injustificada, se margine del escenario precontractual, frustrando definitivamente la expectativa de concretar el contrato. Esta censurable conducta de marginamiento unilateral implica, desde luego, un desconocimiento del principio medular de la buena fe que, por fortuna, dirige la principalística contractual en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad, indemnización, perjuicios, buena fe, principios de la contratación, poder de configuración contractual, reparación integral del daño.

ABSTRACT

The dynamics of economical relations in this contemporaneous world, imposes, in turn, new needs for national juridical ordinances. Thus, granting the businesses with seriousness, security, transparency, and firmness has forced the adoption of some measures oriented towards regulating the level of juridical responsibility which the parties acquire when they are in the middle of conversations or agreements previous to the celebration of a contract. In effect, we pretend to determine, -with basis in the current regulation stipulated in Article 863 of the Commerce Statute-, the compensating and indemnifying

* El presente artículo recoge los aspectos fundamentales de una investigación institucional denominada "La responsabilidad precontractual en Colombia", culminada por el docente investigador Gustavo Adolfo Marín Vélez, en el mes de julio de 2003.

** Abogado. Universidad Autónoma Latinoamericana. Medellín, 1983. Especialista en Derecho Inmobiliario. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, 1998. Perito Avaluador Inmobiliario, inscrito en el Registro Nacional de Avaluadores de FEDELONJAS. Docente en las universidades Pontificia Bolivariana y de Medellín. Director del Área de Derecho Privado, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. Correo electrónico: gmarin(5) guavacan.udem.edu.co

obligation incurred by a pre-contractor in the event that, unilaterally and unjustifiably, he margins himself from the pre-contracting scenario, definitely frustrating the expectation towards the affirming of the contract. This censorable conduct of unilateral margining, certainly unrecognizing the medullar principle of good faith, fortunately, is heading the contractual constituency in Colombia.

INTRODUCCIÓN

Como parte del conjunto de actividades orientadas al fortalecimiento de nuestra línea de investigación “La responsabilidad contractual”, nos hemos propuesto el abordaje de la problemática jurídica surgida en un escenario previo o preliminar a la celebración de un contrato.

En efecto, la responsabilidad precontractual está llamada a ocupar un sitio de especial interés en el contexto del Derecho colombiano. No en vano nuestro legislador consagró en el artículo 863 del Estatuto Mercantil, una regulación de la culpa y los efectos jurídicos de ella en el escenario prenegocial.

Se considera que en un sano y honesto tráfico jurídico los agentes partícipes en el mismo deben obrar acompañados de la más absoluta buena fe en el entorno preciso de la relación interpartes. Esta buena fe es calificada por el legislador como aquella que está exenta de culpa.

Tradicionalmente, la sabiduría popular había enseñado que mientras el contrato no hubiese sido debidamente perfeccionado entre las partes o, mas aún, mientras no se hubiese suscrito documento alguno en el que se consignaren las condiciones contractuales, supuestamente no se incurría en ningún nivel de responsabilidad civil y, por consiguiente, el precontratante que sin justificación alguna decidía marginarse de las conversaciones preliminares no incurriría en responsabilidad alguna y su conducta sería impune.

Los nuevos vientos que informan el régimen contractual colombiano han desechado por completo esta postura irresponsable de los sujetos del Derecho y, por el contrario, se ha regulado de manera cabal un escenario propio de responsabilidad civil que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar “responsabilidad precontractual”. En este interesante escenario, en veces cruzado con el escenario de la responsabilidad extracontractual, el precontratante que obra de manera culposa y con su conducta frustra la expectativa negocial de la otra parte debe indemnizar los perjuicios causados con su conducta culposa.

El estudio hace un breve recuento de las bases fundantes del régimen y los principios que orientan el Derecho privado colombiano y, luego, se detiene en el análisis pormenorizado del escenario prenegocial, las acciones legales del precontratante afectado y los perjuicios indemnizables por la frustración del negocio.

Más adelante se estudia el aspecto procesal de la responsabilidad precontractual y se revisa el tratamiento que el Derecho foráneo le ha conferido a este aspecto nodal del Derecho privado contemporáneo.

Finalmente, y a manera de anexo, se compendian las decisiones más trascendentales de los jueces unitarios y los jueces colegiados, en las que se constata el reconocimiento jurisdiccional de los efectos jurídicos de la responsabilidad precontractual en Colombia.

Este estudio ha sido desarrollado con la muy activa colaboración de dos (2) coinvestigadores que han cursado estudios en la Maestría en Derecho Procesal que, como programa de postgrado, ofrece la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín y, desde luego, con el aporte de un grupo de auxiliares de investigación, estudiantes activos y egresados del pregrado de Derecho de la misma universidad.

EL ESCENARIO PRENEGOCIAL

1. DEFINICIÓN

Pretende abordarse el tema del período precontractual, con el fin de conocer el sentido y contenido lógico y natural de la expresión; al efecto, se estima conveniente definir éste desde el comienzo, habida cuenta de que se trata de un factor expresado, mas no definido en el ordenamiento, bajo el artículo 863 del Código de Comercio.

Con tal propósito, desde una perspectiva hermenéutica, y en aras de lograr la mayor claridad, la citada expresión se tomará apuntando esencialmente a su significado legal, a pesar de que en este caso el legislador no se ha preocupado por definirla en forma expresa. A partir del criterio precedente, a continuación se exponen las definiciones correspondientes a ambos términos de la expresión, así:

Período: según el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción segunda, el término corresponde al “... *Espacio de determinado tiempo que incluye toda la duración de una cosa*”¹.

Precontractual: la definición de este término debe incluir tanto lo dicho por la Real Academia, como el alcance legal del mismo. Atendiendo a lo anterior, se opta, entonces, por dividir la palabra en sus partes, conocer el sentido individual de cada una y, luego, unirlas a la luz del principio según el cual “*el conjunto da razón de sus partes*” (art. 30, Código Civil). Con la separación de la palabra en sus componentes se tiene:

Pre: preposición inseparable que denota antelación, prioridad².

Contractual: todo aquello estipulado por contrato y a través del documento que acredita éste. Desde el punto de vista legal, el Código de Comercio en su artículo 864 define el contrato como “... *un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*”.

A partir de los planteamientos precedentes, el término precontractual puede definirse como lo previo al contrato, es decir, al acuerdo de voluntades entre dos o más agentes por el cual se constituye, regula o extingue entre ellos una relación jurídica patrimonial. Definición ésta que, junto con lo antes expuesto sobre período, permite definir conceptualmente la expresión período precontractual: “*espacio de tiempo que cubre toda la duración anterior al acuerdo entre dos o más agentes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial*”. No sobra destacar que en dicho espacio de tiempo tienen lugar todas las conversaciones que anteceden al contrato mismo, a través de las cuales se busca el consentimiento y la aceptación entre los sujetos que van a celebrar el respectivo negocio jurídico.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

El concepto antes expuesto a manera de definición podría parecer poco menos que obvio, mas no lo es cuando el mismo se aboca atendiendo a la previsión contemplada en el citado artículo 863 del Código de Comercio, que a la letra dice: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*. Como puede observarse, la especial imposición de la buena fe aparece expresamente prevista, mas no ocurre lo mismo con lo relativo a precisar desde el punto de vista temporal, desde y hasta cuándo se es responsable civilmente en la etapa precontractual. Dicho de otro modo, se requiere obligatoriamente determinar el cubrimiento del lapso precontractual, factor no incluido en la definición antes expuesta, en virtud de lo cual ésta carece de validez completa en tanto atentaría contra el principio de seguridad, vista y entendida como uno de los objetivos y valores supremos del Derecho.

En su contenido más amplio, la seguridad resulta *prioritaria* como fundamento para determinar los límites de aplicación del artículo 863 del Código de Comercio. Por tanto, conviene precisar el sentido del término, así: desde el punto de vista subjetivo, involucra una protección o garantía en contra de la eventual arbitrariedad; en el ámbito objetivo, por su parte, alude a la certeza del ordenamiento jurídico; es decir, a conocer éste debidamente para no ser víctima de la arbitrariedad. Ambos enunciados precedentes se ven satisfechos a través de dos principios, a saber: a) No hay crimen ni pena sin ley expresa previa que los consagre; b) los límites deben ser claros.

El segundo de los principios anteriores resulta especialmente propicio en relación con la buena fe exenta de culpa que prevé el citado artículo 863, puesto que sería poco menos que ilógico pretender imponer a un particular determinada conducta expresa sin establecer simultáneamente sus límites en el tiempo.

Más aún, es dentro de las previsiones legales, pero sin omitir la fijación de límites expuestos, como va conformándose lo que pudiera llamarse “responsabilidad precontractual”, necesariamente inscrita en el marco de la responsabilidad por culpa aquiliana, perteneciente al universo extracontractual, sin perjuicio de las previsiones especiales contempladas en el Código de Comercio para la etapa precontractual, de las cuales la principal vendría a ser la buena fe exenta de culpa. Sobre el particular, es claro que el citado Código consagra un principio general de responsabilidad durante el período precontractual, por lo cual resulta especialmente importante determinar los límites de dicho período. Para el efecto, es oportuno destacar que tales límites no sólo aplican para el oferente de la propuesta, sino también para el aceptante, en cada caso con sus respectivas características, tal como enseguida se indica:

Para el proponente, el período precontractual se caracteriza del siguiente modo: su iniciación ocurre en el momento mismo de la propuesta y termina, aplicándose así los límites del mismo, bien cuando se forma el consentimiento, o bien, cuando éste no se forma por haber perdido efectos la propuesta.

Atendiendo a lo dicho, resulta oportuna la definición que enseguida se transcribe: “El período precontractual es aquel que cubre toda la duración anterior a un determinado contrato comprendido desde la propuesta encaminada a celebrarlo, hasta su perfeccionamiento o la pérdida de efectos de la propuesta”³.

Para el aceptante, el período precontractual presenta los siguientes límites: a) El período empieza con la aceptación; b) finaliza con el perfeccionamiento del contrato buscado por las partes.

Lo antes dicho es válido, en tanto sólo hay contrato cuando se ha emitido el consentimiento, con anterioridad al cual todos los eventos son precontractuales. No obstante, tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación del 12 de agosto de 2002, Magistrado Ponente doctor José Fernando Ramírez Gómez, opera un principio general de responsabilidad “durante el período precontractual, sea éste de meras tratativas, o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad ésta que aparece aún con independencia del surgimiento de un vínculo jurídico, pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la “buena fe exenta de culpa”, según lo declara el artículo 863”.

Para finalizar este ítem, vale destacar que, a juicio de la Corte Suprema de Justicia⁴, doctrinalmente se acepta que todos los eventos previos orientados a la conformación de un consentimiento contractual tienen particular trascendencia y significación, al punto de que formado ya dicho consentimiento son parte del mismo y se convierten en instrumentos auxiliares que permiten interpretar la verdadera intención de los participantes en el evento. Asimismo, dice la Corte, en el transcurso de tales eventos, conversaciones o tratos, aplican sobre las partes ciertas reglas jurídicas en orden a asegurar la respectiva protección contra la mala fe de la contraparte. Bajo tal criterio, dice la alta corporación, el abuso de cualquiera de las partes que impida la formalización del contrato proyectado, en detrimento y daño de los intereses de la otra parte, puede impedirse mediante la aplicación de los mecanismos de la responsabilidad extracontractual. Más aún, desde este punto de vista, es claro que la interrupción no justificada de las negociaciones precontractuales en cualquier momento del período puede dar origen a “...indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose”.

HECHOS Y ACUERDOS GENERADORES DE LA EXPECTATIVA CONTRACTUAL

Se trata de determinar cuáles hechos son los que generan la expectativa precontractual a la luz de la ley y la doctrina, en diferentes ámbitos de aplicación del Derecho, con el fin de medir un grado de responsabilidad que corresponda a las conductas individuales asumidas por quienes intervienen en dichos acuerdos y, de esta manera, poder, en caso de algún incumplimiento que impida el normal desarrollo de estas negociaciones, calcular adecuadamente el tipo de perjuicio causado y su correspondiente reparación.

1. EN MATERIA CIVIL

Aunque en la materia hay diversidad de opiniones y argumentos, lo cierto es que nos encontramos frente a un caso de vacío legislativo, para lo cual es necesario recurrir a las normas mercantiles por medio de la analogía, y a los postulados de los principios generales del Derecho.

En primer lugar, hay que resaltar la importancia de la libertad o autonomía privada para determinar los alcances jurídicos de la relación interpartes, así como para manifestar sus propósitos, intenciones o pretensiones frente a dicha relación. Por tanto, el nacimiento de cualquier vínculo supone conformidad con las obligaciones que resulten de él. Salvo las limitaciones jurídicas, las partes

pueden libremente pactar los derechos y obligaciones que atribuyen a dicho vínculo, ajustados desde luego a los postulados de la buena fe y la honestidad.

Hasta este momento se presenta una expectativa lógica del proceso de conversaciones y tratativas preliminares en donde la injustificada marginación de dicha etapa sería una conducta con relevancia jurídica.

Hay que aclarar que no todo asunto en el cual las partes estén hablando equivale a esta etapa: se requiere, por lo menos, una etapa más madura durante la cual, por ejemplo, haya habido estudios, inversiones de tiempo, etc. De manera que al retirarse una de las partes injustificadamente dé dicho vínculo, genera un perjuicio al otro contratante, el cual lo demostrará, para poder ser indemnizado.

Los hechos que determinan el inicio del período precontractual están sintetizados en la existencia de una propuesta que vincula a quien la formula, propuesta que tiene dos modalidades: oferta y policitud. Para el destinatario de esa invitación a negociar, el período se inicia cuando expresa su aceptación.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la propuesta es un acto jurídico que consiste en la invitación debidamente comunicada que una o más personas hacen a otra u otras a celebrar un contrato, en la cual se señalan los elementos esenciales del negocio proyectado.

La diferencia esencial entre oferta y policitud es que la primera está dirigida a una persona o personas determinadas y la segunda está dirigida a personas indeterminadas. Cualquier persona idónea para ser deudor de obligaciones y acreedor de derechos dentro del marco de las reglas sobre la capacidad puede realizar la propuesta. La forma de realizarla depende de las diferentes formas de manifestación de la voluntad, expresas o tácitas. La manifestación expresa puede abarcar todas las modalidades de manifestación de la voluntad por acción (expresión sonora o gráfica) u omisión (el silencio) mientras que la tácita queda sustraída por el silencio. Ejemplo de ello sería el artículo 2150 del Código Civil, cuando se refiere a la aceptación del mandatario: "aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato", y así encontramos otros casos como los regulados en los artículos 1298 y 1713 del mismo Código.

En cuanto a las modalidades legales de la propuesta, la ley señala explícitamente la oferta de mercancías, la verbal y la escrita; en cuanto a la policitud, se indica la de mercancías, la de prestación o premios y las licitaciones.

El medio de comunicación adecuado no se puede considerar objetivamente sino en forma particular, de tal manera que no habrá propuesta si el medio no es adecuado con respecto al destinatario; por tanto, no se entenderá que hay propuesta si se hace verbal a un sordo, o por correo dirigido a un sitio en donde éste no llega, etc. El momento de la utilización del medio idóneo ocurre cuando se presenta la manifestación de voluntad directa y reflexivamente dirigida a ello; dada la característica jurídica del acto realizado, al utilizar el medio de comunicación debe atenderse a su ocurrencia para determinar la iniciación del período precontractual.

La propuesta puede ser realizada en cualquier parte del mundo y, de acuerdo con el lugar en donde se realice y el medio que se utilice para hacerla, se determinará la aplicación del plazo para aceptarla o rechazarla según el establecido por la ley.

La aceptación, definida por diversos autores, la podemos entender como un acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta su intención clara de aceptarla o de negociarla y, para que ésta tenga significación en el mundo jurídico, debe comunicarse y, además, hacerse dentro del plazo estipulado por la ley o convenido por las partes, para que no se convierta en una nueva oferta.

El acto de aceptación de la propuesta es indispensable analizarlo como un acto jurídico que se puede presentar entre presentes o entre ausentes.

Es entre presentes cuando oferente y destinatario de la misma se encuentran frente a frente o en comunicación directa; debe ser aceptada la oferta inmediatamente, postula el doctor Mario Baena Upegui.

Y es entre ausentes en aquellos eventos en los que generalmente la oferta se hace por escrito y no es aceptada inmediatamente, y se da un término prudencial de seis (6) días para aceptarla o rechazarla, si proponente y destinatario residen en el mismo lugar, - y, si residen en lugares diferentes, al anterior término se le sumará el del lugar de la distancia. (Código de Comercio, artículos 851 y 852.)

Para identificar el momento en que se forman las convenciones consensuales hay que distinguir entre las convenciones verbales (generalmente se dan entre presentes) y convenciones por correspondencia (generalmente se dan entre ausentes).

Las convenciones verbales se presentan entre personas presentes o comunicadas directamente y se perfecciona la convención inmediatamente porque la oferta tiene que ser aceptada ipso facto, es decir, en el mismo momento que se escucha debe ser aceptada. También es viable esta figura cuando el oferente otorga un plazo para la contestación de su propuesta y el destinatario acepta en vigencia de dicho plazo.

Las convenciones por correspondencia se presentan en las personas que en la celebración de una convención se comunican por correspondencia, ya sea que vivan en el mismo lugar (excepción) o en lugares diferentes (regla general). En este caso en particular, hay varias teorías o sistemas que doctrinariamente buscan aclarar el momento en que se perfecciona la convención y son las siguientes:

- **Teoría de la declaración o aprobación:** Teoría de origen francés. Plantea que la aceptación de la oferta se produce en el momento en que el destinatario de la misma declare o manifieste la intención o voluntad de aceptarla en forma expresa o tácita sin necesidad de que el oferente conozca el contenido de tal declaración. Sus seguidores consideran que una vez manifestada o formulada la oferta solo resta su aceptación para generar el acuerdo de voluntades y, consecuentemente, se origine la convención.

Se caracteriza esta teoría por su rapidez para producir el consentimiento y la ausencia de formalidades en la aceptación, convirtiéndose en la teoría más favorable para la agilidad que se presenta en las transacciones mercantiles al no exigir que el oferente la conozca. El tratadista Guillermo Ospina Fernández, al respecto, afirma: “... Además, el sistema de la declaración o aprobación sería también el que mejor consultaría las necesidades del comercio. En muchos casos, la efectividad de un negocio depende de la actuación rápida de la persona a quien se dirige el negocio.”⁵

- **Teoría de la expedición:** Para esta teoría no solamente basta la declaración de la voluntad o de la intención de aceptar la oferta, sino que es necesario que se expida o envíe al oferente su aceptación por escrito en forma pura y simple, es decir, es necesario que se escriba una carta y sin preocuparnos de que el oferente conozca su contenido.

Indudablemente, esta teoría es más exigente que la anterior, generando más seguridad en el tráfico de los negocios, pues le impone al destinatario de la oferta la obligación de responder en forma escrita al oferente. Y es precisamente en este momento en que se considera formado el consentimiento o el acuerdo de voluntades. Teoría precisamente acogida por nuestro Código de Comercio en el artículo 864, inciso segundo.

- **Teoría de la recepción:** Exige que la contestación de la oferta llegue al domicilio del proponente, así no la haya leído y no sea de su absoluto conocimiento. Es una teoría que se fija más en la forma que en el fondo de las cosas, ya que es indispensable conocer el contenido de algo para determinar si se acepta o no; se centra exclusivamente en que la carta la reciba el proponente, sin importar si éste la lee o no, pues solo basta con que el destinatario cumpla con enviar la oferta para entender perfeccionado el consentimiento del contrato.
- **Teoría de la información:** Se preocupa por el momento en que el oferente conoce o es informado de la aceptación del destinatario a quien dirigió su propuesta.

El fundamento de existencia es la creación de una igualdad entre los futuros contratantes, al no permitir que el proponente quede obligado por una convención en que no es notificado de la aceptación de su oferta. Los seguidores de esta teoría afirman que no es justo dejar al proponente en la incertidumbre acerca de la existencia de la convención que él inicialmente estructura. La equidad exige que ambos interesados, no solo uno de ellos, conozcan de sus obligaciones desde el momento en que estas nacen.

Pero de igual forma se le critica en el sentido que convierte el sistema de la información en un círculo vicioso, dado, pues, que si se analiza con la misma lógica de la relación del proponente con el aceptante (en la que el proponente debe ser notificado de la aceptación del aceptante), se diría que es necesario que el aceptante sea notificado del conocimiento que tiene el oferente por parte de la aceptación que aquél realiza, pues, es necesario todo lo anterior para cumplir el postulado: *“que nadie sea obligado en una convención sin conocimiento de ésta”*.

Es de estudio esta teoría en nuestro tema de investigación y con apoyo en las críticas hechas para poder afirmar que si dicha teoría fuese acogida por nuestra legislación, la responsabilidad contractual estaría distante de configurarse, pues todo la etapa de formación del consentimiento estaría marcada por un círculo vicioso de notificaciones entre el proponente y el aceptante, imposibilitando el momento exacto de formación del consentimiento. Y siendo así las cosas, todo estaría comprendido en responsabilidad precontractual pues, no sabemos desde qué momento se configura una relación contractual y, por ende, una responsabilidad contractual.

Como acto volitivo que es, la aceptación puede ser exteriorizada mediante actos positivos, es decir, acciones, o negativos, o sea omisiones, estos últimos cuando la ley lo autorice expresamente, como ocurre en el artículo 2151 del Código Civil, o cuando las partes así lo estipulan (artículo 1602 Código Civil). La forma puede ser cualquiera; sin embargo, la ley o las partes pueden limitar esa amplia facultad para ciertos casos, en donde la voluntad expresada en forma distinta a la estipulada no

podría ser considerada como tal, siempre que las normas contradichas o desconocidas no sean de orden público. Por ello, si el proponente exige que la aceptación o el rechazo se manifieste por intermedio de un medio escrito no se considerará válida la expresada oralmente.

Análogamente a lo que sucede al formular la propuesta, al presentarse la aceptación se inicia el período precontractual para ambos interesados.

Es importante determinar que este período precontractual finaliza cuando el contrato se perfecciona, según lo establecido por la ley para cada tipo de contrato o cuando la propuesta pierde sus efectos.

2. EN MATERIA MERCANTIL

El legislador consagra una cláusula general con el fin de permitir un criterio elástico de valoración, consagrando que las partes deben proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (artículo 863 Código de Comercio).

Independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando una invitación a contratar se realiza por ejemplo por medio de una publicidad, no debe descartarse un eventual daño a sus destinatarios si ésta no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse. En la actualidad, al consumidor le asiste el derecho a estar bien informado, incluso, normas positivas lo requieren sin atenuantes, como los artículos 20 y 78 de la Constitución Política, normas que consagran el derecho a recibir una información veraz y se confiere a la ley la misión de controlar la información suministrada en el proceso de comercialización de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos. El decreto 3466 de 1982 prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público debe ser veraz y suficiente, razón por la cual se prohíben las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de bienes y servicios ofrecidos, disponiendo, en consecuencia, que todo productor es responsable por sus productos anunciados, así como de los anuncios comerciales de los mismos.

Todo lo anterior puede válidamente ubicarse en la etapa precontractual, por cuanto ésta comprende el conjunto de relaciones y contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados.

No puede entenderse la existencia de un vínculo indeterminado en el tiempo, ya que el fenómeno de la pérdida de efectos de la oferta determina que ésta solo vincula por un lapso impuesto por la ley o por el proponente, vencido el cual este queda liberado (artículos 850 y s.s. Código de Comercio). En el caso de la oferta pública o policitud, el legislador permite revocarla antes del vencimiento, por justa causa, lo cual no produce efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta ni con respecto a las demás si no se les pone al conocimiento de tal retractación, en la misma forma en que se les dio a conocer la propuesta, (artículo 857 Código de Comercio). Lo anterior se aplica igualmente cuando se presenta el rechazo a la propuesta.

Por ello, debe entenderse la finalización del período precontractual, no solo cuando se ha perfeccionado el contrato buscado por las partes, sino cuando la propuesta pierde sus efectos o cuando se ha desintegrado antes de coronar su objetivo.

3. EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Debe tenerse en cuenta que la contratación estatal es reglada, en tanto la administración, para celebrar un contrato, debe ceñirse a los procedimientos establecidos por la ley, que son trámites que debe adelantar y seguir para seleccionar contratistas, ya sea a través de licitación, por concurso o directamente, pero siempre siguiendo un procedimiento que le obliga a tener presente los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad, responsabilidad y selección objetiva (ley 80/ 93, artículos 23 y 29). Si bien puede valerse de la aplicación de disposiciones civiles y comerciales, también podrán presentarse algunas semejanzas entre la oferta y la aceptación que regula el Código de Comercio con la propuesta y adjudicación de que trata la legislación de los contratos del Estado, pero nunca con la informalidad y la consensualidad propia del mundo de los negocios privados, ya que, por ejemplo, el perfeccionamiento del contrato está condicionado a que el acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación se eleve a escrito, (ley 80/93, artículo 41).

Nos encontramos en la etapa precontractual, en la etapa de la formación de la voluntad, esto es, en el momento de la selección del proponente o de la adjudicación de la licitación, antes de perfeccionarse el contrato.

En el ámbito del Derecho administrativo, la etapa precontractual se rige por los principios de buena fe y de legalidad. En la etapa de la formación de la voluntad contractual, las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase del perfeccionamiento del mismo, no sólo por mandato Constitucional (artículo 83 C.N.), sino porque es un principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales, (artículo 1603 Código Civil y artículos 863 y 871 Código de Comercio), de tal manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo.

Ligado a este principio de buena fe, se encuentra el de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley. Con fundamento en este principio, la administración, en la gestación de sus contratos, debe respetar la ley en sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular, las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos de condiciones, y quienes tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación.

Por tanto, la administración, para seleccionar a sus contratistas, debe sujetarse a un procedimiento reglado como lo es la licitación; y los oferentes, como contrapartida, deben someterse a ese procedimiento, y cuando sea frustrado su interés de contratar con el Estado, tendrán la obligación de demostrar que se sujetaron a las exigencias legales y reglamentarias.

En todo caso, igualmente debe suceder en los casos de contratación directa donde las entidades estatales deben responder por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que les sean imputables y que causen perjuicios a los actuales o futuros contratistas, ya sea por su disminución

patrimonial o por los beneficios dejados de percibir.

Es importante aclarar, por tanto, que así sea por contratación directa, la administración debe sujetarse a las condiciones legales y el contratante tiene todos los recursos necesarios para la defensa de sus derechos, aún en el caso de que el contrato no haya sido celebrado, ya que si éste ha cumplido con todas las condiciones establecidas por la administración y no ha sido tenido finalmente en cuenta después de que dicha administración dio a conocer su interés de contratar con él, perjudicándolo con esa decisión, tiene el derecho a reclamar la indemnización por los perjuicios demostrados.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado : *“...el sujeto al que se le priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al Decreto Ley 222 de 1983.” (...)* *“...es procedente reconocer al proponente la totalidad de la utilidad que esperaba, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, si se tiene en cuenta que este estatuto prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas ...” (...)* *“...el Legislador garantizó al contratista el derecho de percibir las utilidades previstas al momento de formular su propuesta (en presencia de licitación pública) o de celebrar el contrato (contratación directa), según el caso, cuando las mismas no se obtengan por causas que no son imputables a él, situación que permite inferir que para el legislador es obvio y natural que el contratista obtenga las utilidades que proyectó...”*^{5a}

Queda claro, por tanto, que en materia administrativa las actuaciones de las partes deben caracterizarse por el respeto a los principios de lealtad y buena fe con ocasión de la contratación estatal y es responsabilidad de la administración el deber de selección objetiva del contratista que le impone la ley 80 de 1993.

EL MARGINAMIENTO O ABANDONO DEL ESCENARIO PRECONTRACTUAL

1. CONDUCTAS REVELADORAS DE ESTE MARGINAMIENTO

En nuestra legislación no existe una norma compiladora o enlistadora de las conductas que pueden entenderse como reveladoras de la marginación del escenario precontractual, o que el legislador haya preceptuado que de ellas pueda inferirse la intención del precontratante de abandonar el escenario precontractual, así como tampoco hay una tarifa legal, que le dé un valor determinado superior a ciertas conductas sobre otras.

Sin embargo, pretenderemos realizar una compilación enunciativa, de algunas conductas de las cuales puede inferirse dicha intención; cabe reiterar que en ningún momento se pretende ser taxativos, pues como ya se dijo antes, no existe una tarifa legal de prueba acerca de éstas, y nos estamos remitiendo a las situaciones de mayor ocurrencia, sin que nada obste para que quede el camino abierto para agregar y complementar la compilación presentada a continuación:

Como conductas reveladoras de la marginación, pueden citarse tres grupos de causales, cuales son:

- Las que se derivan de la imposibilidad de encontrar o localizar al precontratante.
- Las que se derivan del actuar a través de la figura de la representación.
- Las que se derivan de la manifestación expresa y unilateral de uno de los precontratantes de no desear continuar con las conversaciones.

1.1. Derivadas de la imposibilidad de encontrar o localizar a uno de los precontratantes

- El medio de comunicación por el que tenían contacto de repente es ineficaz y no se cuenta con otro mecanismo para comunicarse:
 - Cuando la forma de comunicación habitual era la correspondencia postal: La correspondencia por correo es devuelta porque al mensajero que lleva la correspondencia se le informa, por quien abre la puerta, que la persona natural o jurídica ya no tiene esa dirección como domicilio, y se ignora otra dirección para la recepción de comunicaciones; el precontratante no se comunica para actualizar su paradero y su nuevo domicilio.
 - Cuando la forma de comunicación habitual es vía e-mail: La dirección del correo electrónico de uno de los precontratantes aparece intempestivamente cancelada, o bloqueado el ingreso de correos recibidos, provenientes de, la dirección del otro precontratante.

Debe anotarse que en nuestros tiempos, la tecnología ha tenido grandes implicaciones en todos los campos y el tráfico jurídico no es la excepción, ya que con la gran cobertura y velocidad con que se desplaza la información por la Internet se han facilitado las negociaciones entre personas que se encuentran en diferentes lugares del mundo, sin que la distancia sea un problema para la realización de grandes e importantes negocios, utilizando este canal de comunicación, el cual se ha convertido en una herramienta indispensable del tráfico jurídico y comercial actual.

- Cuando la forma de comunicación habitual es vía fax y, de repente, el otro precontratante no concede línea para el envío de este, o aparece cancelada esa línea telefónica, y el precontratante no se comunica para informar un nuevo número o proponer otra forma de comunicación eficaz.
 - Cuando la forma de comunicación habitual es telefónica y, de repente, el precontratante se niega a atender el teléfono, no responde las llamadas hechas, no contesta los mensajes o, súbitamente, cambia de número telefónico sin avisar nada al otro precontratante, o intentando localizarlo con posterioridad para dar razón de su paradero y presentar otro mecanismo eficaz para proseguir con el negocio planeado.
- No comparecer a los lugares en los cuales se acordó una cita para concretar y/o perfeccionar el contrato planteado:
 - La notaría en donde acordaron encontrarse para suscribir la correspondiente escritura pública de compraventa de un bien inmueble. También ocurre con el punto de encuentro para atender y gestionar asuntos relacionados con la negociación

- Las diligencias que tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de las obligaciones que la celebración del contrato acarrea, por ejemplo, la entrega material del bien objeto de contrato real.
- Ausentarse del país sin dejar un representante con facultades especiales para perfeccionar la negociación.⁶
- Negarse a suministrar información imprescindible para el avance de las conversaciones o el perfeccionamiento de las mismas en el sentido de haber afirmado el precontratante que tenía ciertos documentos que acreditaban calidades especiales del bien objeto del futuro contrato, y a la hora de aportarlos para la verificación de los mismos por parte del otro precontratante, se muestra evasivo o simplemente se niega a hacerlo; por ejemplo, documentos de importación en regla del bien, o certificados de originalidad de los mismos o pedigrí, en el caso de animales, que certifique la pureza de su raza... etc.

1.2. En caso de que se obre a través de la figura de la representación

Situaciones posibles

- Siendo el representado una persona natural.
 - Tener conocimiento el precontratante a última hora de que el poder conferido por el otro precontratante a su representante para la suscripción del futuro contrato y todo el proceso de negociación es insuficiente, o está incompleto, o no fue formalmente otorgado, situación que obligatoriamente conocía de antemano el precontratante que otorgó el poder. Acá puede evidenciarse la mala fe del precontratante o, en caso peor, haber manifestado que tal persona era su representante y contaba con poder suficiente para su representación, tanto en la negociación como en la suscripción del contrato, y a última hora el precontratante se entera de que dicha persona jamás contó con tal poder ni para negociar a nombre del precontratante ni para suscribir por él el contrato.⁷
- La persona jurídica: Debe actuar necesariamente por medio de su representante legal.
- Cuando el representante legal tiene limitantes estatutarias, en razón de la cuantía o la naturaleza del contrato, y carece de autorización, por parte de la junta directiva o del órgano de gobierno correspondiente, para llevar a cabo el negocio.
- La persona jurídica con la cual se está negociando, sin previo aviso o sin la advertencia al otro precontratante de que se está adelantando un proceso de fusión, transformación o venta de la misma, realiza dicha operación, y la nueva empresa resultante de la fusión o la transformación se niega a continuar con las conversaciones o a perfeccionar el contrato, por aducir que esas negociaciones le son desconocidas o no le interesan, o en el caso de la venta, los nuevos propietarios alegan desconocimiento, desinterés o simplemente aducen que la obligación presuntamente adquirida por el anterior dueño no los vincula a ellos como nuevos propietarios.

1.3. Manifestación expresa y unilateral de uno de los precontratantes de no desear continuar con las conversaciones

- El precontratante intempestivamente, ya muy avanzadas las conversaciones preliminares, expresa que no dispone de los recursos económicos suficientes para llevar a cabo el negocio planteado, cuando previamente y a través de todo el proceso de acercamiento aseguró al precontratante su solvencia económica.
- El precontratante intempestivamente, ya muy avanzadas las conversaciones preliminares, expone no contar con la autorización del Órgano o persona pertinente, en caso de requerir autorización de la junta directiva o máximo órgano de dirección de la persona jurídica, o de la persona natural a quien representa, cuando durante todo el tiempo precedente había asegurado contar con las facultades necesarias y suficientes para realizar el negocio pretendido.
- El precontratante intempestivamente, ya muy avanzadas las conversaciones preliminares, aduce que desapareció para él, el interés de contratar, porque desea contratar con otra persona que mejora el precio y/o las condiciones del contrato.

De estas conductas enunciadas, lo que se infiere es la falta de prudencia, diligencia y comportamiento de buena fe de una de las partes, que hace perder a la otra el costo de oportunidad⁸.

2. LA AUSENCIA DE MOTIVOS EN EL PRECONTRATANTE

Al hablar de la ausencia de motivos para marginarse o abandonar el escenario precontractual, se debe hacer referencia al tema de la formación del consentimiento; es decir, a la oferta, regulada en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio (normas que son aplicables al Derecho civil, por remisión que hace el artículo 8 de la Ley 153 de 1887), que constituye el momento exacto en el que se puede llegar a constituir la responsabilidad precontractual, pues antes solo se trata de meras negociaciones preliminares, en las cuales, en principio, no hay vínculo jurídico alguno.

La oferta es una manifestación de la voluntad encaminada a producir unos efectos jurídicos (acto jurídico) y consiste en la propuesta realizada por un oferente para la celebración de un contrato. Por lo tanto, esta debe ser completa e inequívoca, en otras palabras, debe contener todos los elementos esenciales del contrato. Una vez realizada y se tenga conocimiento de ella, tiene carácter obligatorio, de tal manera que es irrevocable, razón por la cual el oferente debe obrar con buena fe exenta de culpa, so pena de indemnizar los perjuicios causados con su acción, siguiendo los parámetros de la Corte Suprema de Justicia⁹.

Debe tenerse en cuenta que en materia civil también se puede incurrir en este tipo de responsabilidad, cuando hay una ruptura de las negociaciones preliminares, en el caso concreto, cuando en el transcurso de éstas, el precontratante que por su culpa afecte los derechos subjetivos del otro precontratante que espera el perfeccionamiento del contrato, debido a que se aparta de las negociaciones preliminares sin justificación alguna, como sería el caso fortuito o fuerza mayor, a modo de ejemplo.

Sin embargo, es requisito para que se configure la responsabilidad precontractual que efectivamente se haya causado un perjuicio o daño al precontratante que obró de buena fe, resultando afectado por la conducta del precontratante que se retracta de las negociaciones previas a la formación del

contrato, con ausencia de motivos para marginarse del escenario precontractual.

Cuando se presenta dicha marginación se debe considerar en la caso concreto el factor de imputación, ya que la responsabilidad, que tiene como fin último la indemnización de los perjuicios causados, solo se configura cuando el precontratante ha obrado con culpa o dolo. Por lo tanto, cuando hay ausencia de motivos para marginarse del escenario precontractual nos encontramos en una de estas situaciones.

De esta forma, quien obre en la etapa prenegocial con dolo o culpa, frustrando las expectativas del otro precontratante, será responsable de los daños ocasionados a éste. Es por esto que quien se margina del escenario precontractual, sin motivo justificable, será responsable de indemnizar los perjuicios causados a la parte que esperaba que el contrato llegara a perfeccionarse.

El tratadista Alvaro Pérez Vives en su obra “Teoría General de las Obligaciones”, define la responsabilidad precontractual como aquella que tiene su causa en la culpa en que incurre uno de los precontratantes (a diferencia de la culpa in contrahendo planteada por Ihering) en el periodo precontractual y que tiene como consecuencia el daño o perjuicio que se le causa al contratante frustrado¹⁰.

La autonomía de la voluntad en el Derecho moderno se encuentra limitada por el respeto que merecen las partes precontratantes. Así lo da a entender el artículo 863 del Código de Comercio, cuando se regula que *“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

Como bien se afirmó anteriormente, una de las causas reveladoras de la marginación o abandono del escenario precontractual es la manifestación unilateral y expresa de uno de los precontratantes, según la cual no se desea seguir en las conversaciones preliminares, afectando al precontratante que se disponía a hacerlo en pos del cierre del negocio, obrando de buena fe. La manifestación intempestiva de no tener interés en continuar las conversaciones previas al contrato, teniendo como única causa la voluntad de quien se margina del escenario precontractual, siendo una decisión arbitraria, sin contar con algún eximente de responsabilidad como son los hechos de terceros, los hechos de la propia víctima y el caso fortuito y la fuerza mayor, genera responsabilidad civil si se ha causado algún tipo de perjuicio al precontratante prudente y diligente, lo cual tiene fundamento en el artículo 863 Código del Comercio, previamente transcrito.

De esta manera, se origina una relación de derecho entre los precontratantes, que faculta a quien ha sufrido el daño, para solicitar el reconocimiento judicial de los perjuicios sufridos y que tienen su origen en la conducta de quien se margina del escenario precontractual sin razón alguna o, en otras palabras, por mero capricho.

Siguiendo los lineamientos anteriores, en los casos en que el precontratante busca marginarse de las conversaciones previas al contrato, con el fin de que no se llegue a perfeccionar el mismo, aduciendo razones que son contrarias a la realidad y son solo excusas para no perfeccionar el contrato debe, igualmente, indemnizar los perjuicios causados al precontratante que obra de buena fe.

LOS PERJUICIOS INDEMNIZARLES POR LA FRUSTRACIÓN DEL NEGOCIO

1. ENFOQUE JURÍDICO

El período precontractual solo termina cuando fenecen en forma lícita las causas que le dieron origen o cuando se alcanza la meta que lo ha originado. Por tal motivo, se admite la responsabilidad civil del precontratante que injustamente desiste de su voluntad negocial, cuando esa conducta genera un daño al otro sujeto del proyectado negocio; por lo tanto, se incurre en responsabilidad por los perjuicios ocasionados al otro precontratante; de donde surge el concepto de daño indemnizable.

2. CONCEPTO DE DAÑO (PERJUICIO) INDEMNIZABLE

El daño es el atentado, puesta en peligro o menoscabo que sufre un bien jurídico protegido por la legislación como un bien social o colectivo. Otros autores, como el doctor Alessandri Rodríguez, han sostenido que el daño es simplemente un hecho, pero dejan de lado la posibilidad de que el daño se sufra en un derecho que simplemente se tiene, así se ejerza o no él mismo.

Se entiende por elementos de la responsabilidad aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente necesarias para configurar el nacimiento, en un caso dado de la obligación de reparar, que es la base de la responsabilidad". Es en este punto en donde se debe hacer una mayor concentración de la atención en aras a desentrañar cómo el daño es un factor de conexidad entre la responsabilidad y el deber de indemnizar; a la vez que es condición indispensable de las mismas. Porque puede existir responsabilidad, pero si no existe daño, no habría objeto indemnizable.

Todas las corrientes doctrinarias coinciden en que deben concurrir estos elementos para que se configure la obligación de reparar: hecho dañoso, acto ilícito (hoy hecho antijurídico), imputabilidad y culpa. Todos ellos extraídos del artículo 2357 del Código Civil que es la base jurídica fundante de la responsabilidad civil en nuestro país.

En la responsabilidad precontractual lo que ha de indemnizarse es el interés de confianza que "se crea por creer que el negocio se realizará" y que comprende los gastos hechos con ocasión del mismo y la ganancia o utilidad o provecho que se espera percibir.

La moderna teoría de la responsabilidad ha puesto de manifiesto conceptos que antes no se consideraban en cuenta, pero que, con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que han tenido, van surgiendo como es el caso del llamado chance, que en el asunto estudiado puede traducirse en el menoscabo que sufre un contratante cuando el otro se retira injustificadamente del escenario precontractual, sin alcanzar aún el perfeccionamiento del negocio.

Perjuicios como la "pérdida de la oportunidad negociar son también la pérdida de una posibilidad frustrada de ganancia, utilidad o provecho, que se malogra definitivamente, porque no se realizó el esperado negocio, pero, a la vez, se perdió la oportunidad de realizarlo con otro interesado, quien igualmente mostraba disposición a contratar. Al respecto, sostiene la citada tratadista: *"Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, coexisten en él un elemento de certeza y uno de incertidumbre. No es la incertidumbre total, ni tampoco la certeza plena. Hay un aspecto cierto y un nexo jurídico, o de otra índole, pero que se evidencia como fuerte y que comunica seguridad a esa posibilidad de ventaja, que de otra manera aparecería como tan endeble que degeneraría*

en el denominado daño eventual no indemnizable”.

Es que el ¡chance! se ofrece como una hipótesis indeterminada entre el daño cierto y el eventual. Si se conjuga el aspecto cierto, con el nexos fuente que lo vincula a la posibilidad de ganancia, se evidencia la entidad de este daño que es apenas *la pérdida de una esperanza...*; entonces se explica por la autora y sus doctrinantes citados que la pérdida de una posibilidad de ganancia trae consigo aparejados una serie de perjuicios derivados de la no obtención del beneficio esperado.

El demandado en juicio de responsabilidad precontractual está amparado por la presunción de buena fe; por consiguiente, no puede ser condenado a resarcir los perjuicios causados por la intempestiva e injustificada ruptura del itinerario contractual, si no se acredita que, a pesar de haber obrado de buena fe, ha obrado con culpa, términos estos que no son inconciliables, porque el agente puede haber obrado en nobilísimos propósitos, desprovistos de malicia, sin ánimo protervo o torticero y, a pesar de ello, quedar incurso en responsabilidad por haber incurrido en este error de conducta reprimido por la ley.

Normalmente, el daño se clasifica en material e inmaterial. El primero comprende el daño emergente y el lucro cesante, mientras el segundo abarca la categoría de los perjuicios morales, que corresponden a una noción negativa, ya que en ellos se integran todos los daños que no se pueden acomodar de una forma lógica dentro de los perjuicios patrimoniales, sin que por ello se les desvirtúe su carácter de indemnizables. Otros autores han manejado una categoría independiente que se denomina “perjuicios fisiológicos,” los cuales se pueden enmarcar adecuadamente dentro de los inmateriales, porque se relacionan con la aflicción y con la consecuencia dolorosa que se experimenta por el suceso dañoso, lo que lo ubica mejor como una categoría del daño moral y, a la vez, dentro de los inmateriales.

Para referirnos más específicamente al concepto del daño indemnizable dentro de la responsabilidad precontractual, expresamos que los tratos prenegociales son aquellos actos o conjunto de actos en donde se van configurando las bases correspondientes para la consolidación paulatina de la contratación proyectada; es aquel periodo que antecede al contrato que se pretende realizar. Dentro de este campo, se admite la responsabilidad civil del procontratante que injustamente desiste de su voluntad negocial, cuando esa conducta genera un daño al otro sujeto del proyectado negocio; por lo tanto se incurre en responsabilidad por los perjuicios ocasionados al otro procontratante.

Se considera que los perjuicios indemnizables por la responsabilidad precontractual en que incurra una persona se reflejan exclusivamente en el llamado interés negativo, que comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro contrato similar; acá se incluye tanto el lucro cesante como el daño emergente.

Este nivel de responsabilidad civil se enmarca dentro del principio de la buena fe negocial; es decir, el actuar con plena conciencia y con la diligencia que una persona madura emplea en el manejo de sus negocios; por lo tanto, el contratante que injustificadamente se sustrae del escenario precontractual debe indemnizar los perjuicios que le ocasionó al otro procontratante que actuó de buena fe exenta de culpa, ya que existe una defraudación de la confianza y de la seriedad de los tratos y acuerdos interpartes.

Es evidente que en la etapa precontractual si se incurre un algún tipo de conducta en la que se ocasione un daño al otro precontratante, ha de garantizarse el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la relación no sería finalmente frustrada. En consecuencia, dicha indemnización se orienta a compensar los menoscabos de todo orden, tanto materiales como morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas, siempre que tales perjuicios sean debidamente demostrados y valorados en el respectivo proceso judicial.

En el derecho privado no tiene discusión que los tratos preliminares encaminados a la celebración de un contrato pueden generar responsabilidad civil. Se tiene como pilar fundamental de la indemnización de perjuicios, la vulneración del principio constitucional de la buena fe, principio que consagra la expresa obligación de actuar conforme a las reglas de la rectitud y la honorabilidad.

Por el lado de la responsabilidad patrimonial del Estado, la noción de daño parte de la base de que el Estado es asumido como el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima del daño causado por su gestión, ya que ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. Por ello, el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que, una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima, por medio del deber de indemnización.

En conclusión, se afirma que el sistema jurídico colombiano ha regulado una norma de responsabilidad básica, en virtud de la cual todo aquel que cause un daño al otro tiene el deber legal de repararlo, como consecuencia lógica de la vida en sociedad y las responsabilidades que ella impone en todos los asociados.

3. LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

El resarcimiento del daño se configura dentro de la prestación (voluntaria o no) de un equivalente pecuniario; también representa el resarcimiento una forma de sanción del acto antijurídico. Todo esto se hace necesario ya que la reintegración en forma específica está proscrita, por fortuna, en nuestro sistema y, por lo general, en los Estados modernos que tienen como uno de sus grandes logros la superación de la venganza como modo de solución y compensación de las culpas.

El resarcimiento puede definirse como “la prestación de la víctima de un equivalente pecuniario, o sea, de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño”¹² En condiciones normales, el objetivo de toda norma resarcitoria o indemnizatoria consiste precisamente en alcanzar la posible equivalencia entre el daño de cualquier índole y una suma de dinero. ¿Por qué con dinero? Modernamente se han querido establecer unos patrones de conducta mundiales y es así como se estableció una medida de cambio que tiene tal poder liberatorio que es el bien más fungible de todos cuantos existen pues brinda la posibilidad de intercambiarlo por bienes y servicios en cualquier lugar del mundo. Por ello, cuando se habla de una indemnización, ella se está estimando en dinero, porque es la única manera de alcanzar una aproximación práctica, mas no antológica, al menoscabo que haya sufrido la víctima.

Los daños y los perjuicios constituyen, no una consecuencia jurídica del incumplimiento, sino la repercusión patrimonialmente lesiva de la conducta del precontratante que se sitúa en la postura contraria al deber contractual.¹³

Este concepto de reparación integral ha sido entronizado por los alemanes, y las legislaciones latinoamericanas lo han retomado, desarrollándolo a tal punto que jurisprudencialmente en nuestro país este principio ha sido perseguido por los ralladores, en el momento de tasar las indemnizaciones en favor de las víctimas o afectados. Los mecanismos de tasación se han venido modernizando a través del tiempo. Anteriormente los perjuicios se medían en gramos oro, pero hoy en día se establecen en salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que a nuestro juicio es un parámetro más estable que permite tener una idea mucho más clara tanto al operador jurídico como al ciudadano, de la conversión necesaria para determinar las cuantías de los procesos y de las sumas que eventualmente se puedan llegar a obtener en cuanto a condenas en concreto.

En cuanto a la responsabilidad precontractual, la reparación integral del daño debe propender por la localización y correcta individualización de los perjuicios causados y los daños que están apuntando a ocasionar un perjuicio que deba ser indemnizado con el fallo del juez. Al respecto, ha expresado el Consejo de Estado: *“...restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas”*¹⁴.

Es en este fallo en donde el concepto de reparación integral del daño, o la “indemnidad” como lo han denominado otros tratadistas, toma un matiz de mayor importancia, ya que hace manifiesta la necesidad de cubrir los perjuicios de toda orden, no solo los materiales sino también los morales, que se han discutido incluso para la responsabilidad contractual.

Para concluir, podemos afirmar que la responsabilidad civil en Colombia está enmarcada dentro del concepto de “responsabilidad social”, en virtud de la cual debe entenderse que así como la sociedad en su conjunto brinda a todos los asociados la posibilidad para la realización particular de sus proyectos personales, también, como consecuencia de ello, se les impone a dichos asociados cargas de comportamientos honestos y responsables en el tráfico jurídico.

La reparación integral del daño se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

En esta norma se enfatiza que en los procesos que se surtan ante la administración de justicia la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá a los principios de reparación integral y equidad, y observará los criterios técnicos actuariales. Es decir, no basta con que el sujeto activo que ocasionó un daño reconozca su responsabilidad, sino que se requiere que el afectado o la víctima reciba una restauración patrimonial por el daño sufrido, con el reconocimiento y el pago de una indemnización, la cual debe ser correlativa con el perjuicio que se ocasionó; debe ser una compensación razonable entre el perjuicio y la reparación; no consiste en mejorar patrimonialmente la situación del afectado, sino en una adecuada o razonable reparación del daño. La indemnidad del daño significa que la reparación del mismo debe ser tal que se vea como si tal daño no se hubiera presentado.

Situándonos más específicamente en el evento de la responsabilidad patrimonial, se afirma que cuando uno de los precontratantes obre de mala fe en la etapa prenegocial, o que obrando de buena fe lo haga con culpa en el comportamiento negocial debido, creando así dolosa o culposamente expectativas o ventajas propias, se incurre en responsabilidad civil por los perjuicios del lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias dejadas de obtener por habersele impedido la ejecución del negocio proyectado, como los perjuicios morales que se hayan ocasionado a consecuencia de la frustración del negocio. Es decir, se deben indemnizar tanto los perjuicios materiales como los morales, debidamente acreditados y cuantificados en el proceso.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA REPARACIÓN

Existen normas legales, aspectos puntuales para sustentar la indemnización de perjuicios en la etapa precontractual, entre las que destacamos los siguientes:

El artículo 2341 del Código Civil que es la matriz normativa de todas las responsabilidades en el ordenamiento jurídico colombiano. Norma que consagra y enfatiza la responsabilidad social que tenemos todos los asociados como seres gregarios.

Los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, los cuales regulan el daño emergente y del lucro cesante conceptos que deben ser indemnizados dentro de un escenario de responsabilidad precontractual.

La obligatoriedad de la oferta como fundamento jurídico, para el reconocimiento de perjuicios económicos. El artículo 846 del Código de Comercio obliga a indemnizar los perjuicios que cause el oferente que se retracte de la oferta ya comunicada y de ahí que la norma la califique como de carácter irrevocable.

En el ámbito del Derecho administrativo, ha sostenido el Consejo de Estado: *“la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo, ni en el enriquecimiento injusto, o en la reciprocidad de las prestaciones del contrato bilateral sino en los principios de buena fe y de legalidad”*¹⁵.

El artículo 863 del Código de Comercio consagra específicamente la responsabilidad precontractual o “culpa In contrayendo”, principio moderno fundado en la seriedad de las conversaciones que anteceden al contrato; este artículo establece un mandato particular para los precontratantes, en el sentido de que deben ajustar su participación en las conversaciones o tratos preliminares al contrato, a los postulados de la buena fe y la honestidad.

Para concluir, el artículo 16 de la ley 446 de 1998 introduce, como principio rector del sistema jurídico, la reparación integral del daño.

El artículo 83 de la Constitución Nacional impone en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas la expresa obligación de actuar conforme a las reglas de la rectitud, la honrabilidad y siempre ceñidos a los postulados de la buena fe, esta última como el pilar fundamental para que sea procedente la indemnización de los perjuicios accionados en la etapa precontractual.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, María Yolanda. "Los principios generales del Derecho en la contratación privada". En: Estudios de Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Revista № 129 de Mayo de 1998.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. "Presente y futuro de la contratación mercantil". En: Foro del Jurista. Cámara de Comercio de Medellín. Revista № 11. 1991.
- BAENA UPEGUI, Mario. Curso de las obligaciones (Derecho Civil y Comercial). Editorial Librería del Profesional. Bogotá. 1992.
- BOTERO A., Jorge H. "Protección de los derechos del consumidor". En: Evolución del Derecho comercial. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1997.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "La protección del contratante en el Derecho contemporáneo" En: Reformas a la legislación mercantil. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 1999.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Justicia contractual". En: Derecho civil y comercial - doctrina. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. Reimpresión. 1999.
- CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. Curso de contratos - guía didáctica. Editorial Librería Doctrina y ley. Bogotá. 1991.
- CORTÉS, Edgar. "La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
- DUQUE GÓMEZ, José Noé. (Compilador). Del Daño. Editora Jurídica de Colombia. Medellín. 2001.
- GAVIRIA, Carlos. "La interpretación constitucional". En: Cifuentes, Muñoz, Eduardo. Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Diké. Medellín. 1994.
- GHERSI, Carlos Alberto. "El derecho del consumo frente a la teoría general del contrato". En: Foro del Jurista. Cámara de Comercio de Medellín. Revista № 19. 2000.
- HENAO, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- JOSERRAND, Luis. Derecho civil. Tomo I al VIII. Bosch y Cia. Ediciones. Buenos Aires. 1993.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Ediciones Unidas y Legis. Bogotá. 2001.
- LOVECE, Gabriela. "La protección del consumidor". En: Responsabilidad Civil y del Estado. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista № 10. Marzo de 2001.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La indemnización de perjuicios en las acciones especiales como la tutela, de cumplimiento, popular o de grupo. En: Temas Procesales. Centro de Estudios Procesales. Editorial Leyer. Revista № 24 de agosto de 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DE DERECHO. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Hermenéutica del Derecho. Señal Editora. Bogotá. 1998.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y ACOSTA OSPINA E. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Editorial Temis. Bogotá. 1998.
- QUINTERO ARREDONDO, Beatriz. Teoría básica de la indemnización, manual de responsabilidad civil. Coojurídica Editores. Medellín. 1994.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo I, De las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Tomo II, De los perjuicios y su indemnización. Editorial Temis. Bogotá. 2000.

VALLEJO MEJÍA, Jesús. Manual de obligaciones. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 2a edición. Medellín. 1992.

Varios autores. Política y derecho del consumo. La moderna teoría de las obligaciones y de los contratos. El Navegante Editores, Colección Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá. 1998.

VELILLA, Marco. "El pensamiento complejo y su aporte al derecho económico y empresarial". En: Foro del Jurista. Cámara de Comercio de Medellín. Revista № 18. 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil". Editorial Trotta S.A. Valladolid. 1997.

NOTAS

¹ Diccionario de la Real Academia Española, 16a ed. Madrid: ESPASA-CALPE, p. 61.

² *Ibid.*, p. 62.

³ CONTRERAS GÓMEZ, Daniel. El período precontractual en el Derecho Privado colombiano. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana (Oficina de Publicaciones). 1986, p. 28.

⁴ Ver: Extractos de Sentencia de la Corte Suprema de Justicia por interrupción injustificada de negociaciones. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina, T. XVIII-N° 213 (septiembre de 1989), pp. 597 y ss.

⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. Cit., p 164 -170

^{5a} COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Expediente 13.792. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁶ "El principio de la representación en cuya virtud lo que alguien ejecuta a nombre de otro, estando debidamente facultado para representarlo, produce respecto de este los mismos efectos que se seguirán si el acto hubiera sido otorgado personalmente por él." OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. Cit., p. 344.

⁷ "La falta de poder o facultad suficiente en la persona que obra a nombre de otra descarta, a lo menos en principio, la representación y sus efectos propios, tanto en el caso de que el otorgante del acto carezca en absoluto de todo poder legal o voluntario, como en el que, teniéndolo, se haya extralimitado en su ejercicio." *Ibid.*, p. 350.

⁸ "El costo de oportunidad de un bien o servicio es la cantidad de otr-os bienes o servicios a los que debe renunciar para obtenerlo". FISCHER, Stanley. Rudiger Dornbusch, Richar Schmalensee. Economía. 2a edición, Graw hill, Massachusetts, p. 910.

⁹ Cas. Civ. 28 de junio de 1989. En jurisprudencia y Doctrina. Tomo XVIII N° 213, p. 587 y siguientes

¹⁰ PÉREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las obligaciones. Volumen II. Parte primera. De las Fuentes de las obligaciones.

¹¹ QUINTERO ARREDONDO, Beatriz . "Teoría Básica de la Indemnización" Editorial Jurídica Sánchez.

¹² LARENENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I. Trad. De J. Santos.

¹³ Indemnización de Daños y Perjuicios: editorial Jurídica Bolivariana. p. 287.

¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 13405, junio 7 de 2001, consejero ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵ *Ibid.*