

SEBASTIAN MAURICIO ORTIZ PESCADOR

**ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES
DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA ETAPA DE NEGOCIACIÓN
ANALIZADA DESDE LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO DE LOS CONTRATOS Y CASUÍSTICA INTERNACIONAL**

(Maestría en Derecho Internacional de los Negocios)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS NEGOCIOS**

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Martha Hinestroza Rey
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Directora Departamento Derecho de los Negocios:	Dra. Adriana Castro Pinzón
Directora de Tesis:	Dra. Yesmina Vanessa Morales
Presidente de Tesis:	Dra. Adriana Castro Pinzón
Examinadores:	Dr. Luis Alfonso Gómez Dr. Fernando Rodríguez

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
CAPITULO 1. EL CONTRATO INTERNACIONAL.....	1
1.1 DEFINICIÓN	1
1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL	3
1.3 RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL	10
CAPÍTULO 2. NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL: TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	13
2.1 DEFINICIÓN DE PRINCIPIOS	15
2.2 PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL CONTRATO INTERNACIONAL	18
2.2.1 Principio de autonomía de la voluntad de las partes.....	18
2.2.2 Principio de buena fe contractual.....	20
2.2.3 Culpa in contrahendo	24
2.3 LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARMONIZACIÓN	27
2.3.1 Deber de información	32
2.3.2 Obligación de no revocar injustificadamente la oferta	33
2.3.3 Diferenciación entre el “Derecho anglosajón y Derecho continental”.	34
2.3.4 Confianza negocial	37
CAPÍTULO 3. CASOS ILUSTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN LA ETAPA DE NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL	44
3.1 CASO ARBITRAL NO. 037-2016 -CCL, LIMA, PERÚ.....	44
3.2 WALTON STORES (INTERSTATE) LTD. V. MAHER - TRIBUNAL SUPERIOR DE AUSTRALIA (1988).....	46
3.3 CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE (1999) - DECISIÓN NO. 9753	51
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	58

RESUMEN

Con el objetivo de resaltar los criterios que son utilizados en la solución de controversias relacionadas con la etapa de negociación del contrato internacional, se realiza un análisis a nivel doctrinal y jurisprudencial de los elementos que en ella intervienen, en este sentido se establecerán los lineamientos que describen la etapa precontractual relacionadas con las diferentes dinámicas que se suscitan en la celebración del negocio internacional y como lo abordan los instrumentos internacionales de armonización del Derecho. Finalmente, se plantea una propuesta sobre la tendencia mayoritaria en la aplicación de la responsabilidad en la etapa de negociación del contrato internacional.

Palabras Clave: Contrato internacional, obligación precontractual, negociación, buena fe, confianza, principios, hard law, soft law, información, cooperación, confidencialidad, Instrumentos de armonización; documentos preliminares.

ABSTRACT

In order to highlight the criteria that are used in the resolution of disputes of the negotiation stage of the international contract, an analysis is carried out at the doctrinal and jurisprudential level of the elements involved, in this sense I allow myself to establish the guidelines that They describe the pre-contractual stage related to the different dynamics that arise in the celebration of international business and how international law harmonization instruments deal with it. Finally, a proposal is proposed on the majority trend in the application of responsibility in the negotiation stage of the international contract.

Keywords: International contract, pre-contractual obligation, negotiation, good faith, trust, principles, hard law, soft law, information, cooperation, confidentiality, harmonization instruments; preliminary documents.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y la complejidad en los procesos de globalización, han llevado consigo una codependencia de información, adquisición de bienes, servicios, tecnologías, propiedad intelectual y en general, la celebración de un mayor número de negocios a nivel internacional, lo que implica que las diferentes dinámicas sean reguladas a través de los distintos sistemas normativos y jurídicos del Derecho Internacional privado.

El Derecho Internacional Privado establece presupuestos desarrollados por la pluralidad de ordenamientos jurídicos y de actividad humana que tienen por objeto, regular las diferentes situaciones de Derecho privado en las que se cuenta con un elemento extranjero o internacional y en las que sus partes deben permanecer en una dimensión de igualdad.

Sin embargo el objeto de estudio relacionado en el presente artículo se circunscribe al contrato internacional específicamente a la etapa de negociación, los presupuestos que allí operan y las responsabilidades que se estructuran por el incumplimiento, negligencia, omisiones u otras circunstancias en la que incurren las partes en dichas operaciones.

Por lo anterior es que se describe el concepto y elementos que integran el contrato internacional y que lo diferencian de los contratos domésticos o locales, haciéndolo merecedor de un régimen jurídico también especial, desde la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Atendiendo a las dinámicas que se presentan en la formación del contrato internacional resulta imprescindible hacer mención a las diferentes fuentes, actores e instrumentos que lo regulan. De esta manera se mencionan la clasificación muchas

veces acogida de fuentes Hard Law y fuentes Soft Law. Las primeras se refieren a aquellas fuentes que resultan ser obligatorias *per se* para los contratantes con respecto a un contrato particular, mientras las segundas, podrían resultar vinculantes solo en la medida en que los contratantes, haciendo uso de su libertad de configuración contractual, hayan optado por incluirlas expresamente en su relación. Entre las primeras, tratándose del contrato de compraventa internacional, se encontrarían por ejemplo, la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional – CNUDMI/UNCITRAL-; en la medida en que podría aplicar indirectamente en virtud de lo expresado en ella, aún a falta de estipulación expresa de las partes en ese sentido; de la misma manera, se considera que los Principios Generales del Derecho como el principio general de la Buena Fe, deben entenderse incluidos en la categoría Hard Law, toda vez que por su propia definición un principio general no admite excepción. Por otro lado los principios UNIDROIT como compilación del Instituto para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT-, podrían comprenderse dentro de la categoría de Soft Law en virtud del preámbulo que dispone que deben aplicarse cuando las partes los pacten en su contrato; no obstante, por la aplicación práctica que viene haciéndose de ellos, se tiene que en realidad vienen aplicándose como fuentes Hard Law, lo cual no resulta ajeno a la consideración que por tratarse de cristalización de usos del comercio, deberían tener de alguna manera los mismos efectos de la costumbre mercantil internacional al igual que los INCOTERMS elaborados por la Cámara de Comercio Internacional.

Entorno a lo desarrollado por la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los principios de UNIDROIT, se encuentra definido una etapa preliminar denominada de negociaciones, las cuales se rigen por los principios de libertad contractual, libertad de formas, buena fe, autonomía de las partes y otros, sin embargo entorno a los dispuesto en dicha normativa no se establece de manera tacita una responsabilidad derivada de los actos, obligaciones y deberes preliminares a la celebración del contrato internacional. En este sentido los diferentes tribunales

nacionales e internacionales han acudido a reglas de cada país de acuerdo a las reglas del derecho internacional privado y a la doctrina para establecer las obligaciones precontractuales y sus efectos, estableciendo de esta manera lineamientos que permiten estructurar responsabilidades por los actos preliminares a la celebración del contrato internacional; por lo que resulta necesario en el estudio de cada caso en particular analizar las declaraciones, actos y circunstancias en que fueron constituidos en la etapa de las negociaciones, de tal manera que pueda recurrirse a los criterios de interpretación sustentados en la buena fe, diligencia, confianza y lealtad en la celebración del contrato internacional.

Por lo anterior surge la necesidad de preguntar ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de las partes en la etapa precontractual a la luz de los instrumentos internacionales de armonización del Derecho de los contratos internacionales?; de tal manera que para establecer el alcance de la responsabilidad de las partes en la etapa precontractual a la luz de los instrumentos internacionales de armonización del Derecho de los contratos internacionales, se identificaran los procedimientos que intervienen en la formación del contrato internacional, se realizara un análisis de los avances doctrinales y jurisprudenciales comparados de la responsabilidad en la etapa de negociación del contrato internacional, a través de un método de investigación jurídica en estricto sentido al estudio teórico de valores, principios, doctrina, jurisprudencia e instituciones jurídico políticas de Derecho internacional privado, que permiten analizar la aplicación de la normativa internacional de los contratos internacionales mediante recolección de material teórico e interpretación que han dado las distintas cortes.

Se hará referencia al concepto general del contrato (1.1), elementos del contrato internacional (1.2.), régimen jurídico del contrato internacional (1.3.), posteriormente una descripción de los principios involucrados en la etapa de negociación del contrato internacional (2.1.,2.2.), y la configuración de la Responsabilidad Precontractual a la luz de los instrumentos internacionales de armonización (2.3.), en especial analizando

la importancia del concepto confianza en el marco de las negociaciones del contrato internacional (2.3.4.) y haciendo mención de algunos casos de responsabilidad en la etapa de negociación del contrato internacional (3), conclusiones (4).

CAPITULO 1. EL CONTRATO INTERNACIONAL

1.1 DEFINICIÓN

El contrato se encuentra definido en el ordenamiento jurídico interno colombiano en el Código Civil en su artículo 1.495 en el cual se estipula que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...) donde cada parte puede estar compuesta por una o más personas. Al respecto Zea (2004) explica que “el contrato es una convención por la cual dos o más partes recíprocamente o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer una cosa” (p. 49), es decir, el contrato está encaminado a crear un negocio jurídico de carácter obligatorio para los contratantes, con efectos patrimoniales.

En este punto es indispensable comprender que el acto jurídico es una “manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho que son reconocidas por el ordenamiento jurídico” (Rojina, 1993, pág. 115), dichas consecuencias son aquellas que “tienen por objeto crear, transferir o transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (Magallón, 1987, pág. 195). Por su parte, el hecho jurídico hace referencia a “aquél fenómeno de la experiencia natural o social que adquiere relevancia jurídica” (Zea, 1987, pág. 461), es un hecho que no surge del actuar humano, que adquiere trascendencia jurídica tan solo por su ocurrencia en un contexto determinado.

Ahora bien, en el artículo 865 del Código de Comercio colombiano, se estipula que “en los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros”, por lo anterior se deduce que en materia mercantil el contrato es un acuerdo que surge entre de dos o más

partes con la finalidad de constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica de tipo patrimonial.

Como se observa, son dos conceptos los que enmarcan el contrato en el sistema, por un lado el concepto civil de contrato como negocio jurídico que surge de un acto jurídico – fundado en un “acto de autonomía privada jurídicamente relevante, en donde la ley señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva particular, indaga la observancia de normas imperativas, la interpreta, la ubica y le señala efectos” (Bigliuzzi & Breccia, 1995, pág. 44)– y por otro lado, el concepto más amplio de contrato aportado por la perspectiva comercial, pues bajo esta línea deben tenerse en cuenta otros elementos que pueden influir en la relación contractual, tal y como lo viene a ser la observancia de otros postulados como lo es la costumbre mercantil.

Paralelamente, la doctrina jurídica especializada en materia contractual ha señalado que el contrato está cimentado en la autonomía de la voluntad, este concepto con gran trascendencia en el ámbito del derecho se compone por dos términos, autonomía y voluntad. La autonomía según María Victoria Bambach Salvatore (1993) “implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo” (p. 49), desde el punto de vista etimológico, es decir, desde la perspectiva originaria de la palabra “es la articulación de dos vocablos griegos: *autos*, que significa por sí mismo y *nomos*, origen de nuestra palabra hispánica *norma* o lo que es lo mismo, *ley*” (Castaldo, 2002, pág. 793) e indica:

El poder que tiene la voluntad de darse su propia ley (...) representa un principio que se traduce en normas positivas y que significa que la voluntad es la fuente y medida de los derechos subjetivos (...) es la pieza fundamental de la filosofía del derecho del siglo XIX, es decir, del individualismo jurídico, que desde el periodo clásico considera el individuo como una voluntad libre, separado del conjunto social, y así, solo, objeto, fundamento y fin del derecho (Scognamiglio, 2001, pág. 42).

1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL

El contrato internacional, es una convención que posee por su naturaleza jurídica criterios particulares y específicos para su creación, perfeccionamiento y ejecución; por ello, es una tipología de contrato en la que confluye el Derecho de dos o más Estados y, en donde generalmente se presenta el paso de mercancía o mercaderías por una o varias fronteras. Es decir, dentro de sus elementos se encuentra el hecho de que pueden existir diversos puntos de conexión entre un conjunto de países, los cuales tienen de manera simultánea diferentes sistemas jurídicos. La doctrina ha señalado que esta categoría contractual puede ser definida de manera general como “un acuerdo de voluntades suscrito entre dos o más partes, con domicilio en Estados diferentes, tendentes a la realización de una operación comercial” (González, 2000, pág. 21).

También se ha dicho que “se entiende por tal a aquel que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes, desde la mirada de un ordenamiento jurídico determinado” (Rodríguez S. , 2012, pág. 12). Por su parte, Izaguirre & Casabella precisan que un contrato internacional es “una fuente de obligaciones. El intercambio de bienes y servicios de un país a otro se realiza según las condiciones pactadas por los sujetos que intervienen y celebran contratos internacionales” (Izaguirre & Casabella, 2014, pág. 215).

Siguiendo dicha línea argumental Alfonso Ortega Giménez señala en su obra *Guía práctica de la contratación internacional* que el contrato merece el significativo de internacional cuando “no sea doméstico, esto es, cuando la relación jurídica que se deriva de él exceda de los límites del tráfico jurídico privado interno y se encuentre conectado con más de un ordenamiento jurídico estatal” (Giménez, 2011, pág. 23). De lo cual es dable señalar que, en aquellas situaciones en donde la relación jurídica se encuentra enmarcada por elementos de extranjería tales como la firma del contrato en un país extranjero, o la nacionalidad, domicilio o la residencia habitual en un país

extranjero de cualquiera de las partes, se está en presencia de un contrato internacional.

Tal y como se señaló de manera previa en el acápite introductorio del concepto general del contrato, con respecto al contrato internacional, existen una serie de caracteres principales que configuran su existencia real y efectiva en los sistemas jurídicos. Dentro de ellos se encuentra la voluntad de las partes¹, la cual desde esta perspectiva implica el establecimiento de “pactos, cláusulas y condiciones que se tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público” (González, 2000, pág. 23), por ello es un criterio en donde las partes necesariamente deben prestar su consentimiento y manifestarlo de manera expresa, sin embargo, es imprescindible tener en cuenta que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 22 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, en esta clase de contratos no se establece como un requisito de forma el perfeccionamiento por escrito, motivo por el cual resulta procedente su creación de manera verbal bastando el mutuo consentimiento de obligarse.

Es importante señalar que la voluntad de las partes, ha sido catalogada como un elemento personal del contrato pues se relaciona de manera directa con el querer y con la intención de las personas que intervienen en la negociación contractual internacional. Por ello se afirma que “será necesario reconocer su capacidad para contratar y su representación legal o voluntaria por otras personas” (González, 2000, pág. 25). Sin embargo, es necesario precisar que las partes no solo pueden ser personas naturales o jurídicas, pues también tratarse de organismos públicos. No obstante, existen situaciones en donde la posición jurídica que cada uno ocupa determinará el carácter privado o público del contrato y en ese sentido resulta importante tener en cuenta que:

¹ Entendiendo las partes como “el empresario – persona física o jurídica – español o extranjero con capacidad para contratar” (González, 2000, pág. 23).

Nos referimos a contratos privados en relaciones jurídicas en las que el sujeto es o una persona de derecho privado o una persona de derecho público que actúa con carácter privado, esto es que esté actuando *iure gestionis*, y no cuando esta persona actúa ejercitando su poder de autoridad, esto es actuando *iure imperii* (Giménez, 2011, p. 24).

En cuanto al objeto del contrato internacional resulta importante mencionar que “debe ser una operación comercial o transacción mercantil” (González, 2000, pág. 24), en dicho evento los objetos o servicios materia del contrato versan sobre cosas y servicios que estén dentro del comercio y, adicionalmente deben ser de posible adquisición, lícitos y debidamente determinados, por lo que el objeto constituye el elemento real del vínculo contractual.

Por dichas razones podría afirmarse que son tres los elementos indispensables para el perfeccionamiento del contrato internacional:

- i. El consentimiento de los contratantes:** puede afirmarse que se materializa con el concurso entre la oferta dada por una de las partes de la relación contractual y, por la aceptación sobre la cosa y la causa que constituyen el contrato. Por esta razón, será posible alegar su nulidad ante la existencia de vicios del consentimiento tales como: el error, fuerza o dolo.
- ii. El objeto lícito:** conviene destacar que puede versar – como se mencionó – sobre cosas o servicios que sean presentes o futuros, si y solo si no se encuentran por fuera del comercio, y si no son contrarios a las normas jurídicas previamente establecidas y a las buenas costumbres mercantiles.
- iii. La causa lícita de la obligación:** es necesario tener en cuenta que “la causa de la obligación se perfecciona con la existencia de prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (Giménez, 2011, pág. 36), pues los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, en ese sentido, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral, dando lugar a la nulidad del

contrato sino se llegará a probar que estaba fundado en otra causa verdadera y lícita. Finalmente es necesario tener en cuenta que:

En los casos en que nos enfrentamos a una de aquellas operaciones en donde la relación que nace de la voluntad de las partes se considera o refuta internacional o es fruto del nuevo contexto social y económico creado como consecuencia de la globalización, ésta deberá someterse al estudio del régimen jurídico que delimitará sus alcances (Rodríguez, Bonilla, & Franco, 2007, pág. 3).

Los elementos objetivos y subjetivos son determinantes para establecer la calidad de contrato internacional de acuerdo a los diferentes instrumentos de armonización del derecho internacional. Así entonces, entran a considerarse entre otros elementos, la nacionalidad de las partes, si hay traslado de un bien o servicio de un país a otro, el domicilio de las partes, lugar del negocio o ubicación de establecimiento de comercio, lugar de ejecución de las obligaciones pactadas. Ahora bien uno de los factores preponderantes en los instrumentos internacionales está dado por el lugar de negocios o establecimientos de las partes, así lo ejemplifica la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, hace mención a que se aplicará en principio a aquellas partes que tienen su establecimiento de negocios en países diferentes. Ejemplo de ello un fabricante de zapatos ubicado en Italia que vende mercancía a un comerciante ubicado en Colombia, no procedería cuando dichos contratantes siendo de diferentes países estuviesen ubicados en el mismo país, pues en este sentido se perdería el factor de internacionalidad de la transacción. Así mismo, es internacional el contrato cuando el bien o servicio es trasladado de un país a otro, un ejemplo muy ilustrativo son las exportaciones de café donde se realiza el traslado del bien a diferentes países. También será internacional el contrato por el cual un Estado celebra con una firma extranjera el estudio de construcción de una mega obra de infraestructura, dadas las condiciones de traslado de país de personal profesional o elementos para la debida ejecución del servicio; también es internacional el contrato por el cual se ejecuta una obra en diferentes jurisdicciones como frecuentemente ocurre en los contratos de oleoductos transnacionales, bajo este

mismo elemento de la *lex loci executionis*, donde pueden concurrir que dos partes que celebren un contrato compraventa siendo de una misma jurisdicción se comprometan a realizar la entrega del bien o ejecución del servicio en una jurisdicción distinta caso en el que interviene el aspecto internacional:

Se considera que un contrato es internacional cuando existe o se presenta con su celebración o ejecución una disputa o controversia acerca del régimen jurídico aplicable al mismo. Es decir: cuando nos enfrentamos a una relación jurídico-negocial que tiene la capacidad de ser gobernada por más de un régimen jurídico nos encontraremos frente a un contrato internacional (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 108).

En nuestro ordenamiento jurídico la norma más cercana al abordaje del concepto y elementos del contrato internacional es la ley 1563 de 2012 por la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y es a través del artículo 62 que expresa:

Artículo 62. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia. Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los artículos 70, 71, 88, 89, 90 y 111 a 116 se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio colombiano. La presente sección no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o*
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o*
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.*

Para los efectos de este artículo: 1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; 2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual. Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.

Recogiendo así los elementos así descritos anteriormente respecto a la internacionalidad de una relación contractual. Así mismo lo define la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos internacionales que en su artículo 1 señala que: “...*Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte...*”, además establece que se aplicará a los Estados, entidades u organismos estatales salvo que sea excluida expresamente en forma parcial o total por los contratantes. Y reafirma en su artículo 7 que el Derecho aplicable será el elegido por las partes; sin embargo también establece que en ausencia de Derecho aplicable elegido expresamente por las partes deberá remitirse en forma conjunta de la conducta desplegada por las partes y demás cláusulas pactadas.

Esta misma regla de prelación de libertad de elección la consagra el reglamento Roma I (sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) de la Unión Europea en el artículo 3 que agrega que en caso de no haber sido expreso debe existir otro elemento que permita inferir esa libre elección así: “...*Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato...*”. Ahora bien cuando esa voluntad no es manifiesta entre las partes la ley aplicable de acuerdo será teniendo en cuenta los siguientes criterios del artículo 4° (reglamento Roma I):

“...a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos...”

Por lo anterior se concluye que la prelación respecto a la elección de la ley aplicable de la relación contractual en primera instancia es de las partes, sin embargo debe tenerse en cuenta que si no es objeto de elección residualmente se acude a otros criterios tales como: residencia habitual de vendedor prestador del servicio, franquiciado, arrendador, distribuidor, lugar donde deba ejecutarse la prestación

característica y/o donde el estado con el que el contrato presente más estrechos vínculos.

1.3 RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL

La dinámica en las relaciones comerciales internacionales, la constante producción del Derecho comercial internacional y la incapacidad de los Estados de asumir su rol de regulador, ha generado en la actualidad la inmersión de nuevos actores en la producción del Derecho comercial Internacional, por lo que hoy disponemos de diferentes fuentes en la expresión del Derecho aplicable a las relaciones contractuales. Por su parte la doctrina se ha encargado de encasillar cada una de las vertientes producidas, dándoles denominaciones de “Hard Law” (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 216)², “Soft Law”(pág. 217)³ y “softer Law” (pág. 217)⁴.

La clasificación de las normas aplicables al contrato internacional se da de acuerdo a sus características de adopción, ya sea por su obligatoriedad o libre elección de las partes. En primera instancia debemos referirnos como ya se mencionó anteriormente al Hard Law, siendo aquella que proviene de la gestión, discusión, negociación, consenso, reglamentación y adopción por parte de los Estados que tiene por finalidad establecer un instrumento armonizado de las normas que rigen las relaciones contractuales internacionales; esta fuente se materializa a través de la creación de convenciones internacionales, al igual que la legislación estatutaria nacional, regional

² “En términos generales el hard law consiste en la ley proveniente de la adopción de convenciones internacionales negociadas y promovidas con la intervención de las instituciones u organización intergubernamentales y no gubernamentales, que tienen como propósito la regulación del contrato internacional y la armonización de las normas que regulan dichos contratos. Hacen parte de este grupo también las leyes estatutarias nacionales y la legislación regional o internacional”.

³ “El Soft Law consiste en las normas o provisiones encontradas en las leyes modelo (pero no incorporadas a la ley nacional), principios encontrados en compilaciones, guías legales, en documentos de académicos, así como en instrumentos que regulan los contratos provenientes de la labor compiladora de usos y practicas mercantiles de instituciones como la cámara de Comercio Internacional de Paris”.

⁴ “softer law o estándares extralegales”.

o internacional; ejemplo de Hard Law es la Convención de Naciones Unidas sobre la compraventa Internacional de mercaderías.

La complejidad que presenta el Hard Law está dada por la dificultad en los procedimientos de adopción por parte de los estados, pues al tratarse de convenciones internacionales normalmente deben asumir protocolos para ser incorporados al derecho nacional de cada una de las Naciones que lo pactan, razón anterior que ha impulsado la efectividad de otros mecanismos tales como lo veremos con las otras fuentes.

La denominación Hard Law que al español traduce “ley dura” tiene esa connotación, por la limitación que se genera en la aplicación de la norma al momento de dirimir la controversia, ya sea como producto de las reglas de normas de conflicto aplicada por juez o arbitro en ausencia de elección de las partes o por la ley aplicable señalada por las mismas para la relación contractual (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 217).

Por su parte se denomina Soft law al conjunto de normas armonizadas producidas por organizaciones privadas que representan los intereses de una colectividad comerciante y que si bien es cierto no es vinculante a rango de convención internacional, son las partes en el contrato mediante el principio de autonomía contractual quienes la establecen como ley aplicable para dirimir sus controversias. En este sentido resaltan, las compilaciones de principios, guías, leyes modelo, de usos y costumbres mercantiles elaboradas POR la Cámara de Comercio Internacional o la CNUDMI; que normalmente establece los lineamientos comportamentales y de interpretación del acuerdo entre las partes, Ejemplo de estas fuentes son los principios UNIDROIT, del cual seguiremos haciendo mención, la ley modelo de la CNUDMI, los INCOTERMS, principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), Código Europeo de los Contratos (proyecto de la academia de Ius privatistas europeos), EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) O "MARCO COMÚN DE REFERENCIA", entre otros.

Una expresión de la diversidad de normativa internacional y la influencia que se materializa en los contratos internacionales se puede encontrar en el contrato de compraventa internacional:

“El contrato se encuentra sometido a dos o tres normas distintas que regulan aspectos diferentes del mismo. La Convención de Viena sobre compraventa de 1980, que regula su formación y los efectos de su incumplimiento, los INCOTERMS, expresión de la LEX MERCATORIA, que regulan lo relacionado con las obligaciones de las partes y la transmisión del riesgo de la pérdida o deterioro de la cosa y, finalmente, la ley nacional que regula lo relacionado a su validez”
(Rodríguez Fernández, 2009, pág. 208).

Lo que permite dilucidar la integralidad de los distintos elementos que pueden señalar las partes o aun cuando a falta de elección pueden llegar a integrar la solución de las distintas controversias del contrato internacional.

CAPÍTULO 2. NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL: TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La etapa de negociación del contrato internacional presupone la iniciación de conversaciones, tratos y manifestación de intereses de dos o más partes en miras a celebrar un convenio, acuerdo o contrato que puede ser de bienes, servicios, activos, acciones, derechos de propiedad intelectual, etc.

Este enfoque nos permite entender que la evolución y dinámica de los negocios internacionales actualmente es desmesurada y los diferentes ordenamientos jurídicos van quedando relegados constantemente ante la celeridad de los procesos de la actividad humana. Es así que debemos atender las diferentes fuentes con que cuenta el Derecho Internacional Privado (DIP), para establecer las diferentes problemáticas y soluciones de las responsabilidades que de esta etapa se derivan.

El valor de los tratos previos está implícitamente reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), el cual establece una serie de criterios para la interpretación de la intención de las partes según las circunstancias de cada caso y en particular, según las negociaciones realizadas entre ellas y los usos y comportamientos en otros negocios. (Oviedo, 2012, págs. 75-78). De la misma forma lo establecen los principios Unidroit, que buscan averiguar la voluntad real de los contratantes.

Adicionalmente en la etapa de negociación del contrato internacional a partir de la doctrina, reglas, dinámicas, usos y costumbres internacionales se han desarrollado documentos preliminares que permiten regular los alcances, parámetros de las conductas desplegadas durante la formación, celebración y ejecución del contrato así como establecer condiciones de indemnidad, garantía u obligacionales. En este sentido se hace mención a algunos de los documentos tales como: las cartas de

Intención o LOI (letter of intent), hojas de término (term sheets), cartas o memorandos de entendimiento o MOU (letters or memorándums of understanding). Los primeros, tienen como finalidad establecer condiciones o compromisos que posteriormente puede materializarse en un contrato; en general no son vinculantes; sin embargo existe la posibilidad que se introduzcan obligaciones exigibles para las partes, aun cuando no exista contrato, ejemplo de ello son los acuerdos de no divulgación NDA (Non divulgation agreement) o también conocidos como acuerdos de confidencialidad, exclusividad de negociación, entre otros. Por su parte, los memorandos de entendimiento corresponden al acuerdo bilateral o múltiple de las partes ya relacionadas, con su intención común de fijar condiciones previos a la celebración del contrato que, como regla general no son vinculantes; a través de ellos, las partes establecen los puntos principales de conveniencia del negocio, se oficializa la negociación, se fijan los resultados de cada uno de los puntos analizados por las partes durante la negociación y se fijan garantías en caso de fracaso de la misma.

En general los documentos preliminares cuentan con dos finalidades, primero determinar los términos principales del negocio internacional objeto de la transacción y, la segunda, corresponde a la parametrización de conductas de las partes. Los primeros son aquellos que establecen la forma o el acto con el que se materializará la posible negociación (compraventa de bienes, servicios, activos, acciones, distribución, etc.), términos de fijación de precio, compra y pago (dinero, bienes, activos, etc.), descripción de declaraciones y garantías e indemnidad; mientras los segundos regulan los comportamientos desplegados por las partes tales como acuerdos de exclusividad, acuerdos de confidencialidad, acuerdos sobre las condiciones de ruptura de negociación (break up fees), no divulgación de información, aplicación y distribución de gastos del proceso.

2.1 DEFINICIÓN DE PRINCIPIOS

Los principios, constituyen un concepto jurídico que ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, razón por la cual, son múltiples las teorías que han sido aportadas en el ámbito del derecho respecto de su definición. En vista de lo anteriormente señalado, esta parte de la investigación tiene como objetivo fundamental examinar algunos de los aportes teóricos que han sido proferidos al respecto.

Para comenzar, es necesario tener en cuenta el aporte teórico presentado por el filósofo norteamericano Ronald Dworkin, el cual definió los principios como “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1977, pág. 72), es decir, desde esta perspectiva los principios son considerados como criterios materiales o de contenido o, como estándares que constituyen la dimensión ética o axiológica del ordenamiento jurídico, lo cual se relaciona de forma simultánea con “la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, o político, o bien exigencias de tipo moral” (Atienza, 1997, pág. 38).

En este punto, es necesario tener en cuenta la explicación aportada por León en su obra titulada *Tensión entre derechos y principios* en donde se explica que “los principios como criterios jurídicos inherentes al sistema son aplicables al sistema jurídico en la medida en que se presenten casos difíciles, en los que una simple regla de subsunción no es posible” (2014, pág. 18), es decir, los principios desde esta perspectiva son considerados como criterios que consagran prescripciones jurídicas generales, que facultan al operador judicial para fallar en el sentido que determine correcto, teniendo en cuenta los criterios morales del sistema, lo cual se relaciona necesariamente con el ejercicio de la discrecionalidad.

Jürgen Habermas – conocido sobre todo por sus trabajos en filosofía práctica – explica al respecto que “los principios se caracterizan porque tienen un sentido

deontológico, es decir, obligan a un determinado comportamiento (...) la validez y la entidad jurídica de los principios tienen el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal” (1998, pág. 162). Es decir, los principios representan el fundamento del ordenamiento jurídico pues, cooperan con el proceso de interpretación de las normas y, con la resolución de casos en donde existen vacíos normativos. Son mandatos, que operan como un criterio de interpretación cuando existen casos difíciles manifestados en contradicciones⁵ o lagunas, por ello, los jueces tienen la obligación de aplicar los principios, pues forman parte esencial del derecho. “Los principios no son pseudorreglas, son mandatos que poseen valor normativo vinculante en los sistemas jurídicos” (García, 1998, pág. 268).

Siguiendo dicha línea argumental, el jurista Riccardo Guastini explica que, los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones, que no son principios, pues aleja a los operadores judiciales de la interpretación literal propiciando una interpretación adecuada, la cual implica:

La adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho” (1999, pp. 47 - 48).

Por su parte, el jurista alemán Robert Alexy, en el marco de su teoría de argumentación jurídica, precisó que los principios deben ser comprendidos como mandatos de optimización que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas” (2006, p. 65), lo cual significa que, son mandatos que se satisfacen en grados diferentes. Por ello, explica el citado autor, que la “medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las

⁵ “Se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos – o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias- que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual” (Carbonell M. , 2004, pág. 62).

posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas por reglas pero también, esencialmente, por los principios opuestos” (Alexy, 1997, pág. 136).

En otras palabras, son postulados que “implican la sujeción de todos los poderes en el plano interno y en el internacional” (Carbonell & Salazar, 2009, pág. 30), pues, fundamentan la existencia de las normas que integran los diferentes modelos escalonados normativos, por ello es dable señalar que son mandatos que se cumplen de forma gradual dependiendo de la categorización que se les otorgue en el sistema.

Ahora bien, precisado el concepto de los principios es necesario ahora, analizar brevemente la relación y, la diferencia que poseen con las reglas. Para comenzar, es importante tener en cuenta que, las reglas son aquellas que “prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias, o que, autoriza o facultan a estos para llevar a cabo ciertas conductas” (Hart, 2009, pág. 79). Las reglas, se materializan en normas jurídicas proferidas por el órgano competente, se componen de una estructura de tipo proposicional integrada generalmente por un supuesto de hecho y, un efecto o consecuencia jurídica, que “ordena o prohíbe relaciones sociales concretas y establece los efectos jurídicos del cumplimiento o incumplimiento de tales regulaciones, ofrece una solución única al conflicto que se aplica por completo o no se aplica del todo” (Dworkin, 1977, pág. 98).

Por tal razón, es necesario dejar establecido que las normas que regulan las acciones y comportamientos humanos de un contexto determinado, son “el sentido de un acto de voluntad” (Kelsen, 2009, pág. 28) por ello, deben ser incorporadas o producidas por un acto de derecho para tener validez, lo cual se relaciona con la concepción del Derecho como “un sistema de normas válidas en donde todas las proposiciones están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida” (Kelsen H. , 2015, pág. 113). Se diferencian de los principios, porque “son siempre aplicables al modo de todo o nada (...) La diferencia entonces entre regla y principio

surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación” (Prieto, 1992, págs. 50-53).

2.2 PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL CONTRATO INTERNACIONAL

El comercio internacional en la actualidad cuenta con una regulación normativa amplia, ordenamiento que se origina en los usos y costumbres de los comerciantes, que a su vez obedecen a unos principios elementales y comunes entre sí; precisamente en este punto, es que se ha concentrado el estudio de distintos académicos para establecer reglas unificadoras que armonizan el Derecho comercial internacional, en este sentido resalta los primeros trabajos en la unificación de principios como el desplegado por *Georges Ripert* en 1933 con “*las tendencias modernas que buscan la unificación de las leyes locales en materia privada*” resaltando la importancia de un cuerpo común de principios y reglas en los sistemas legales del mundo haciendo referencia a la creación de Unidroit (Rodríguez Fernández, 2009, pág. 268); seguido por el trabajo de *Ripert otros autores como Josef Esser en 1956* y *Lord Justice Mustill* se dedicaron al estudio de los principios del derecho comercial internacional entre los que se refirieron a los principios Pacta Sunt Servanda, Buena fe, Rebus Sci Stantibus, Culpa Incontrahendo y otros. Este proceso de análisis, interpretación y unificación de criterios, ha permitido la compilación de agencias internacionales como lo son los principios Unidroit, el proyecto de los principios europeos de los contratos, entre otros. Sin embargo en lo que concierne al objeto de estudio respecto a la responsabilidad precontractual del contrato internacional, debemos hacer énfasis a los más relevantes en la constitución de este tipo de responsabilidad.

2.2.1 Principio de autonomía de la voluntad de las partes

El principio de autonomía de la voluntad de las partes, es un mandato que ha sido considerado en el ámbito del Derecho como un principio base del derecho de los contratos, su importancia y valor axiológico se encuentra relacionado de manera

directa con el ideal de libertad de todos los individuos, el cual cobró especial relevancia especialmente luego de los hechos ocurridos luego de la Segunda Guerra mundial, en donde los derechos humanos y los principios adquirieron un papel preponderante en el contexto jurídico, especialmente en el proceso de autopoiesis del derecho internacional en los diferentes sistemas jurídicos internos, en donde la autonomía de la voluntad de las partes se categorizó como una facultad o como un mandato vinculante, según el cual todas las personas tienen la posibilidad de regular de manera espontánea y libre sus intereses y, como un derecho relacionado con el ejercicio de los derechos humanos y fundamentales de los cuales son titulares los sujetos por razón de su existencia humana, dentro de lo cual se encuentra la facultad de concertación de negocios jurídicos.

La doctrina ha realizado análisis respecto de la diferencia que existe entre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contexto interno de los ordenamientos jurídicos y, en el ámbito del derecho internacional privado. Así las cosas, de manera general se ha señalado que en el contexto de los sistemas internos, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes implica “el poder de las partes de determinar sus relaciones jurídicas” (Palencia, 2005, pág. 68).

Al respecto la Corte Constitucional señaló en las sentencias C-341/ 2006 (Exp. D-6020, M.P: Jaime Araujo Rentería) y C-934/2013(Exp. D-9661, M.P: Nilson Pinilla Pinilla) que la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

En el ámbito del derecho internacional privado incluye también “la libertad de las partes de escoger el derecho aplicable a las relaciones contractuales” (Romero, 2002, p. 229) lo cual se puede realizar de manera expresa o tácita, evento en el cual la

elección del lugar del arbitraje podría llegar a implicar una elección tácita del derecho de dicho contexto para regular el procedimiento para solucionar la controversia. También ha sido definido como un principio de aceptación universal y como “un instituto de derecho internacional privado, por lo tanto ideado para resolver conflictos de leyes (...) Según este principio, las partes pueden determinar mediante un acuerdo de voluntades el derecho aplicable a una relación jurídica” (Hernández, 2001, pág. 329).

Siguiendo dicha línea argumental, Veytia explica en su obra titulada *Contratación internacional: comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, que el principio de autonomía de la voluntad es un mandato optimizador del sistema jurídico que se encuentra especialmente ligado al postulado de libertad. Por ello, se manifiesta en las relaciones contractuales de dos maneras, por un lado, se presenta como una prestación de tipo negativa en donde ningún individuo puede ser obligado a una prestación en contra de su voluntad – pues “el contrato sólo vincula a las partes que lo han celebrado y únicamente tendrá efectos respecto a terceros en la forma que lo disponga la ley” (Veytia, 1998, pág. 38) – y por otro lado, se presenta como una prestación de categoría positiva, según la cual, la libertad y la autonomía en conjunto implican que “las partes pueden escoger el derecho aplicable a su transacción junto con la manifestación de su intención de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (Veytia, 1998, pág. 39).

2.2.2 Principio de buena fe contractual

Aristóteles afirmó en su obra *Gran ética* que la buena fe exige que “nuestro trato mutuo tenga lugar en igualdad de condiciones” (Aristóteles, 1984, pág. 91), de ahí que en el ordenamiento jurídico colombiano la buena fe contractual se encuentre establecida de manera expresa en el artículo 1603 del Código Civil, en donde se dispone que los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente

de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”; en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Al respecto, la doctrina ha señalado que la buena fe es la recta disposición de ánimo, la cual:

Aplicada al acto jurídico, y en particular a la ejecución del mismo, es la recta disposición del agente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto, cumplimiento que podría inclusive extenderse a la etapa posterior a la ejecución del acto, cuando los agentes que lo celebraron y ejecutaron deben abstenerse de ciertas conductas que podrían ocasionar perjuicios, como la revelación de secretos, la desviación de clientela o el uso de determinados locales (Cubides, 2010, págs. 254-255).

De ello es dable inferir que el principio de buena fe, además de ser un mandato de optimización de la relación contractual, es un mandato con un contenido deontológico demarcado por una serie de deberes, dentro de los cuales se encuentra el deber de aplicar de manera correcta los principios de interpretación del contrato y de sus actos estructurales – lo que cobra especial relevancia en la determinación objetiva de la intención de las partes plasmada en las cláusulas del contrato –, el deber de ejecutar la expectativa estipulada por cada una de las partes en el contrato de manera diligente, y manifestar en la relación contractual una conducta coherente basada en el principio de confianza legítima⁶, así como el deber de preservar el equilibrio en el acto contractual, evento en donde es imperativa la protección del factor conmutativo de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, lo cual se materializa evitando el establecimiento de cláusulas abusivas, absteniéndose de ejecutar actos de competencia desleal que limiten la libre competencia o actos en donde se tenga como finalidad causar un daño por medio de una posición dominante o por medio del abuso del derecho.

⁶ Lo cual significa “crear y esperar confiadamente en que las actuaciones del otro contratante, en igualdad de circunstancias, serán consistentes con lo previamente tratado o actuado, respetando los compromisos adquiridos” (Cubides, 2010, pág. 256).

Al respecto, el maestro Fernando Hinestrosa señala en su obra titulada *Tratado de las Obligaciones* que la buena fe debe ser considerada en el marco del derecho de los contratos y de los negocios jurídicos como un elemento integrador de contenido, es decir, como un elemento que implica a las partes actuar de manera leal y respetando las reglas de la corrección – las cuales tienen su origen “en el concepto de la buena fe contractual romanista, expresamente mencionado en el art.1373 *codice civile*” (Hinestrosa, 2007, pág. 113) – teniendo como premisa la postura jurídica contemporánea en donde las relaciones contractuales tienen un enfoque solidarista y, el hecho de que:

No hay ninguna convención en la que no se sobreentienda que cada cual debe al otro la buena fe con todos los efectos que la equidad puede demandar, tanto en la manera de expresarse en la convención, como en cuanto a la ejecución de lo convenido y todas sus consecuencias (Hinestrosa, 2007, pág. 114).

En nuestro sistema jurídico el principio de buena fe ingreso con el código civil de 1887 disponiendo “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”, en el artículos 863 del código de comercio y que establece: “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”, *estipulación que* corresponde a la aplicación de la buena fe objetiva en el periodo precontractual y artículo 871 del mismo código que señala: “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*” que extiende la aplicación de la buena fe a la celebración y ejecución de los contratos (Neme V, 2007, pág. 2), con la adopción de la constitución de 1991 se plasmó en el artículo 83 que las actuaciones de particulares y autoridades públicas deben ceñirse a la buena fe. Así mismo está plasmado en la normativa relativa a competencia desleal (artículo 7° de la ley 256 de 1996), que los participantes del mercado deben adoptar con respeto a la buena fe comercial en todas sus actuaciones.

En el ámbito del contrato internacional, el principio de buena fe es contemplado de manera expresa en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías de 1980 la cual estipula en su artículo 7.1 que “en la interpretación de la presente convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional” (Naciones Unidas, 1980).

De lo cual se infiere que en el ámbito del contrato internacional el principio de buena fe es un mandato vinculante para las partes, que implica seguridad jurídica en la relación contractual, lo cual adicionalmente guarda una estrecha relación con el artículo 1.7 de los Principios de Unidroit para los contratos mercantiles internacionales que establece que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional y que las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Al respecto la Maestra Martha Neme Villareal señala: *“La buena fe debe estar presente en todo el iter contractual y sin solución de continuidad, desde las tratativas que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que como ha sostenido la jurisprudencia dicho principio está presente, “in extenso”, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada “intensidad”, durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio sub examine: Señala la Corte en efecto que: “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” (Neme V, 2007, pág. 7). De esta manera se advierte la primacía del principio de buena fe con respecto a su debida observación e implementación en las conductas desplegadas desde la formación del contrato y hasta una etapa post contractual; al tratarse de un principio tan relevante en el objeto de estudio, por tener la capacidad de darle trazabilidad a todo el proceso del contrato, es necesario ampliar su desarrollo en el ítem de responsabilidad precontractual a la luz de los instrumentos de armonización.

2.2.3 Culpa in contrahendo

Relacionada con la *culpa in contrahendo* es necesario recordar que durante la redacción de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías en lo atinente al proceso de formación del contrato referente a la oferta y aceptación del contrato internacional, la entonces República Democrática Alemana busco su correspondiente inclusión sin embargo fue rechazada, en gran mayoría por los Estados provenientes de tradición del Common law, pues como ya se ha mencionado anteriormente esta tradición rechaza en principio el carácter vinculante de los tratos en la etapa de negociación.

Para reconocer la importancia de esta teoría en nuestro objeto de estudio debemos hacer referencia inexcusable a Rudolph Von Jhering, toda vez que sus estudios se centraron en analizar y determinar los antecedentes y soluciones ante los daños causados en una etapa anterior a la celebración del contrato. Un primer punto tratado por Jhering tuvo que ver con la validez del negocio tras un error esencial en la

voluntad declarada por una de las partes, siendo este error susceptible de nulidad producto de un vicio en el consentimiento; resaltando que los daños surgidos en virtud del no perfeccionamiento del negocio debían ser resarcidos.

En este sentido Von Jhering señaló que un factor preponderante en la determinación de responsabilidad, es el grado de culpabilidad en que incurrieron las partes antes o durante la relación contractual, culpa que para nuestro objeto de estudio debe ser valorable atendiendo a la confianza depositada en la formación del contrato internacional.

Estudiando la problemática relativa a la responsabilidad precontractual la Dra. Salgado hace mención a varios antecedentes a Jhering y resalta la importancia que tiene el mismo en la consolidación de este tipo de responsabilidad, resaltando en su trabajo (Salgado, págs. 277-298), los aportes realizados por Hugo Grocio, Samuel Von Pufendorf, Jean Domat y Robert Joseph Pothier.

Respecto a Grocio: El objeto de estudio y análisis se basó en “el deber de reparar el daño causado con culpa y el deber de cumplir lo pactado”, así mismo señala que bajo el sistema expuesto por el Autor lo que concierne a promesa y contrato son especies de pacto, razón por la cual genera obligación, en una promesa en la que alguno de los prometedores incurre en daño deberá resarcirlo no en virtud de la promesa sino en virtud del actuar negligente al observar o explorar la cosa objeto de promesa o al expresar su intención de “pacto”, constituyendo de esta forma la culpa.

En cuanto a Pufendorf: Este autor mantiene la línea argumentativa de Grocio respecto a las obligaciones derivadas del promitente negligente y su deber de indemnizar en el evento de daño causado, sin embargo hace una distinción correspondiente a los deberes del hombre calificándolas de simples y condicionales, siendo parte de la primera el deber de reparar el daño causado y el deber de mantener la palabra dada. (Salgado, págs. 277-298)

Así mismo se ocupó de diferenciar las consecuencias en los casos en que por error en la motivación, las partes dieron o no inicio a la ejecución del objeto pactado para en equidad, establecer que en caso negativo, la parte que incurrió en el error puede retractarse evaluándose si se generaron daños, pues el retracto no significa que no pague los perjuicios. Ahora bien, en caso de haberse dado inicio a la ejecución no da la posibilidad de retractación del negocio jurídico y; en caso de que el error recayera en el objeto en sí mismo, el pacto estaría viciado, valorando en su caso los elementos de fraude o culpa.

Por su parte para Domat existen 3 causas generadoras de daño y por ende creadoras de obligaciones de reparación o resarcimiento: i) las derivadas del delito, ii) del contrato o de iii) aquellas que no tienen relación alguna con las ya mencionadas y, atendiendo a este último criterio, señaló que todos los daños y pérdida por imprudencia, negligencia, descuido, ignorancia o cualquier otra falta por ligera que fuera debía ser resarcida por la parte que dio causa a la misma, sin embargo, en ningún momento se hizo referencia específica a un tipo de responsabilidad precontractual.

Por último refiriéndonos a Pothier, (Salgado, págs. 277-298) entorno a la obligación de reparación desarrollo una teoría más específica atinente a la responsabilidad precontractual teniendo como base el estudio de la compraventa, negocio jurídico por el cual se establece que el consentimiento puede ser objeto de manifestación aun entre ausentes, mediante escrito o emisario, donde la manifestación de oferta se materializa (consenso), solo hasta cuando es recibida por la otra parte. Sin embargo ante un cambio en la manifestación inicial, el oferente decide remitir una segunda comunicación con la cual modifica las condiciones y producto de ello genera un daño a la contraparte por la ejecución que este último haya iniciado deberá resarcirlo en razón a una regla en equidad por la propuesta realizada incumplida y no por el daño en sí mismo, como ha sido sustentado por las teorías antecesoras excepto la de

Domat; es claro que para Pothier la clasificación de la fuente de su argumentación para estas obligaciones se encasillan en los cuasicontratos de la tradición romana justiniana de las fuentes.

Debe resaltarse respecto a la valoración dada por Jhering, de conformidad con los alcances del principio de buena fe, el alcance y valor que se le da al concepto confianza, factor que coadyuva la determinación en la graduación de la culpa de las partes y que debe ser objeto de revisión en la formación contractual y que en consecuencia produce obligaciones a las partes involucradas en la negociación, dependiendo el daño y el grado de confianza defraudada.

2.3 LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARMONIZACIÓN

Las diferentes fuentes y sistemas de armonización han tratado de establecer las condiciones en las que se configura la responsabilidad precontractual del contrato internacional, es en este sentido en que la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, los principios UNIDROIT, los principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), El Draft Common Frame of Reference (DCFR) han hecho un aporte importante en la revelación de los elementos que la configuran.

Bien lo ha mencionado el Maestro Oviedo Albán al afirmar que pueden surgir algunas obligaciones para las partes en la etapa de negociación del contrato internacional de conformidad con los instrumentos de armonización del derecho comercial internacional, que reconocen por ejemplo, los deberes de información y cooperación, así como la obligación de no renovar injustificadamente la oferta, la confidencialidad, el deber de orientar el negocio a su realización, entre otros.

En la doctrina y la jurisprudencia se han establecido las distintas obligaciones precontractuales a las que están sometidas las partes de un eventual contrato; al

momento de iniciar las negociaciones. El alemán, Rudolf Von Ihering lidera la posición relativa a que la responsabilidad precontractual surge de la elaboración del negocio jurídico, vulnerándose algo más que el deber general de dañar al otro, es decir, va más allá de la responsabilidad extracontractual. Tendencia que siguen doctrinantes como Faggela, Salleilles, Visintini, Scognamiglio, entre otros. Uno de los principales fundamentos para reconocer la responsabilidad de la etapa precontractual como categoría, es la obligación de actuar con buena fe. (Arias & Arias, 2011).

La buena fe, entendida también como un principio de derecho, ha sido reconocida en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en el Proyecto Preliminar del Código Europeo de los Contratos y en los principios Unidroit en el artículo 7 (1): *“las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”*. Adicionalmente, se trata de un deber que ha sido regulado en los ordenamientos internos, principalmente los que siguen la tendencia europea continental.

La buena fe, encauza de alguna manera el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que tiene como fin lograr la contratación, en procura de la satisfacción de los intereses de cada una. Verbigracia, el Código Italiano de 1942, es uno de los primeros en reconocer el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. (Arias & Arias, 2011) Tendencia que sigue también el ordenamiento colombiano al establecer en el código civil y en el código de comercio el deber de las partes de proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar perjuicios que se causen (Oviedo, 2008, pág. 89). Estas disposiciones han sido analizadas jurisprudencialmente, concluyendo que el deber de observar la buena fe comprende varios deberes que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico. (Exp. No. 4962, 1998) Así también lo expone la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia del 2 de agosto de 2001, en

la que se establece la buena fe como una norma orientadora del comportamiento o la conducta:

“La obligación de buena fe presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente en las esferas pre-negocial, con el vocablo “fe”, puesto que “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará”

Adicionalmente, es una obligación que se extiende a las distintas etapas del *iter contractual*, se proyecta a lo largo de las diferentes fases del contrato: la formación del negocio jurídico, la celebración y la ejecución del contrato mismo. (Exp. 6146, 2001).

La buena fe es contemplada como eje fundamental en la etapa de negociaciones en otro sistema armonizador con los principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), en este sentido, el proyecto de la comisión LANDO establece en su artículo I: 201:

“[Buena fe contractual]. (1) cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”

“le asigna amplios alcances a la buena fe. Así, mediante una fórmula análoga a la empleada por los principios de UNIDROIT, entre las disposiciones fundamentales se sienta de manera categórica el principio que impone el deber genérico de las partes de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que no admite ser derogada (total o parcialmente). Sin embargo, a diferencia de UNIDROIT, la buena fe aparece in limine con la función de encauzar el ejercicio de la libertad contractual (de celebrar los contratos y de establecer su contenido” (Facco, 2017, pág. 336).

Los alcances que le dan al principio resaltan la observancia y probidad que deben tener las partes en los actos desplegados desde antes de iniciar la relación contractual, sin ninguna clase de limitación aun cuando no haya sido establecido en forma expresa.

Por su parte el Código Europeo de los Contratos (proyecto de la academia de Ius privatistas europeos), dirigido por el Dr. Gandolfi en Pavía hace referencia en su artículo 32:

“[clausulas implícitas] I. junto a las clausulas expresas, forman parte del contenido del contrato aquéllas: (a)...; b) que se derivan del deber de buena fe; c) que deben considerarse tácitamente queridas por las partes conforme a sus relaciones negócias anteriores, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales;...”.

En este sentido, se establece que las condiciones negócias y preliminares, hacen parte de las cláusulas incorporadas a la relación contractual y en ese sentido, se pueden deducir los efectos vinculantes de la misma.

El Draft Common Frame of Reference (DCFR) o "marco común de referencia", es un proyecto impulsado por varias entidades de orden comunitario, desarrollado por el grupo Acquis y el grupo de estudio sobre el código civil europeo, parte de su objeto de estudio fue precisamente los principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), de la comisión Lando, siendo otra fuente Soft Law que puede ser adoptadas por las partes en el marco del principio de la autonomía contractual.

Este sistema armonizador contiene varios elementos interesantes para resolver las controversias que se suscitan entre las partes; sin embargo, enfocándonos en la etapa de negociación resulta pertinente hacer referencia a dos elementos principales: *good faith* (buena fe) and *fair dealing* (acuerdo justo), los cuales sustentan los principios de libertad, seguridad, justicia y eficiencia que regulan la relación contractual. Por medio de estos, se han fijado lineamientos a los actos desplegados por las partes en

obligaciones no contractuales y de los contratos. En lo que compete a deberes precontractuales en el libro II, capítulo 3, sección 3 se establece la libertad contractual. Sin embargo en caso de ruptura de la negociación y causación de daños a una de las partes, la parte incumplida deberá indemnizar a la otra, atendiendo a los criterios de buena fe y acuerdo justo. Adicionalmente, se resaltan entre otros deberes, el deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios, deberes específicos para la comercialización de empresas a los consumidores, deber de proporcionar información al concluir el contrato con un consumidor que está en desventaja particular, y así mismo se establecen recursos o remedios por incumplimiento de deberes de información.

En *Walford v. Miles (1992)* se reconoció que existe un periodo en el contrato de acuerdos colaterales, en el que es necesario darle seguridad y eficacia al negocio jurídico, en tanto las partes deciden si contratar o finalmente continuar negociando en buena fe. No obstante, se considera que algunas veces el deber de continuar con las negociaciones podría resultar contrario e inconsistente con la buena fe. Esto en virtud que cada parte debe estar en la posibilidad de perseguir la satisfacción de su propio interés, de tal forma que, si para proteger ese interés ve que es apropiado retirarse de la etapa precontractual, debe estar en la libertad de hacerlo.⁷

En el caso de los ordenamientos derivados de la tradición del *common law*, la buena fe en la etapa precontractual no ha sido reconocida de la misma manera. Esto no significa que el ordenamiento no ofrezca soluciones a problemas derivados de la mala fe, sino que los resuelve mediante mecanismos distintos, lo que se ve reflejado en la naturaleza casuística de este sistema, en el que las soluciones se dan según el caso particular en procura del valor justicia en la etapa precontractual. (Pino, 2014). La regla general es entonces, que no existe un deber implícito de buena fe, lealtad o cooperación entre las partes que negocian un contrato. Sin embargo, algunas

⁷ House of Lords (UK). *Walford v. Miles* (1992).

situaciones del sistema otorgan acciones de responsabilidad civil a favor de la víctima defraudada en la negociación.

Las cortes en los Estados Unidos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual afirmando a su vez que el deber de buena fe no se extiende a las negociaciones preliminares (Oviedo, 2008, pág. 91); sin embargo, han acudido a disposiciones divergentes para establecer el resarcimiento de perjuicios por daños presentados desde la etapa preliminar o de negociación del contrato internacional; en este sentido nos referimos al Draft Common Frame of Reference (DCFR), que establece la siguiente solución libro II capítulo 3 sección 1 artículo 3:109: Remedies for breach of information duties (remedios por incumplimiento de deberes de información):

“...ya sea que se celebre o no un contrato, una empresa que no ha logrado cumplir con cualquier deber impuesto por los artículos anteriores de esta sección es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte de la transacción por tal fracaso...”.

Por otro lado, en la jurisprudencia arbitral internacional se reconoce el deber de buena fe en los tratos negociales, deber que se materializa en algunas obligaciones comportamentales a observar en la etapa precontractual como la obligación de brindar información y de no romper las negociaciones sin justa causa.

2.3.1 Deber de información

Según este deber las partes deben manifestarse mutuamente las circunstancias que sean relevantes para la celebración del contrato (Oviedo, 2008, pág. 95). Este es un deber reconocido internacionalmente, especialmente, en torno al derecho de la competencia y la protección del consumidor y que para su observancia, resulta necesario que la oferta haga referencia expresa y clara a la incorporación de los términos estándar. Al respecto, un tribunal alemán estableció que “la validez de las cláusulas generales en un contrato de venta internacional dependían de que se hubiere

dado a la otra parte una oportunidad razonable para conocerlas en la oferta (Oviedo, 2008, pág. 79)”

La falta al deber de información puede comprometer la validez del contrato, tal como lo disponen los Principios UNIDROIT en el artículo 3.8: “Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial”.

Adicionalmente, los principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), disponen en su Artículo 4:106:

“Información incorrecta Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta”

En conclusión el deber de información que surge en la etapa de negociación, en efecto resulta vinculante a las partes en un contrato internacional, siendo su incumplimiento una de las mayores causas de controversias en la realidad jurídica.

2.3.2 Obligación de no revocar injustificadamente la oferta

Esta obligación ha sido recogida tanto por la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en su artículo 16.2, así como en los Principios Unidroit. Obliga a las partes a que aun pudiendo no contratar, como clara manifestación de la libertad contractual, no generen falsas expectativas en torno a la celebración de un contrato que nunca se perfeccionará. (Oviedo, 2008, pág. 101).

En igual sentido lo ha estipulado el Draft Common Frame of Reference (DCFR), pues es considerado contrario a la buena fe, realizar negociaciones o provocar una expectativa contractual sino existe una intención “real” de alcanzar un acuerdo (II.3:30I):

“El primer antecedente de esta norma se remonta al artículo 1337 del Código civil italiano de 1942, el cual a su vez ha inspirado la reglamentación más detallada que al respecto consagra el Código europeo de los contratos (artículo 6). Se trata de una manifestación de la buena fe precontractual operativa en cuanto a disciplinar la facultad de revocar una oferta de contrato y, más genéricamente, de apartarse de las negociaciones preliminares. Así, cuando la revocación de la oferta se produzca toda vez que habida cuenta de las circunstancias del caso se haya generado en la contraparte una convicción razonable que la misma habría sido mantenida firme y sin un motivo válido que la justifique, el oferente incurre en responsabilidad” (Facco, 2017, pág. 353).

2.3.3 Diferenciación entre el “Derecho anglosajón y Derecho continental”.

La celebración de un contrato implica una voluntad de obligarse, pero no todas las promesas son contratos ni obligan. Por el contrario, todos los contratos implican la intención de obligarse. Esta determinación, en principio es objetiva, basta con que una persona razonable crea asentir a los términos de la oferta propuesta por la otra parte. Así se estableció en el caso *Smith v. Hughes (1871)*. A lo largo de una negociación, pueden suscribirse documentos negociales en donde se plasmen dichas voluntades, como lo son la *letter of intent* o carta de compromiso, *head of agreement*, entre otros.

En el *common law*, la tendencia ha sido considerar que estos documentos no son vinculantes para las partes, no las obliga. Sin embargo, en algunas oportunidades según el nivel de construcción de las voluntades podría deducirse del proceso de negociación la intención de obligarse inmediatamente en un contrato. Ahora bien adicional a la intención de obligarse, se persigue la intención de crear una relación jurídica. Así se ha reconocido en distintos casos como *Courtney and fairbairn Ltd. v.*

Tolani Brothers (hotels) Ltd. (1975),⁸ en el que se estableció que el acuerdo entre las partes de celebrar un contrato futuro, no es válido, pues su contenido es demasiado ambiguo o vago para hacerlo efectivo, por lo cual, sería imposible calcular el valor de los daños y perjuicios, si los hubiere. Es así como se evidencia la marcada reticencia del sistema de *common law* para atribuir un significado legal a la fase precontractual. Así mismo, en principio no concibe como vinculante los tratos preliminares del contrato, pues perciben que la libertad de no contratar se pierde y entonces deja de tratarse de una negociación. No obstante también se considera de acuerdo al criterio de razonabilidad y de observancia de la buena fe, la posibilidad de imponer responsabilidades por hechos específicos que afecten a las partes durante la etapa precontractual. (Hesselink, 2008).

En conclusión, en lo que respecta a la tendencia del derecho continental, los términos principales del negocio, en general no son vinculantes, mientras que en lo que concierne a la parametrización de conducta de las partes, sí lo es. En este sentido se debe hacer mención a la conducta desplegada por las partes respecto de la observancia de la buena fe para contratar y que en concordancia con el artículo 2.1.15 de los principios UNIDROIT establece que: “...*la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo...*”. Distinto a la visión que se tiene de la validez de las negociaciones en el *common law*, en donde los términos que establezcan las partes durante la etapa preliminar al contrato, generalmente no son vinculantes, ya que perderían su naturaleza de negociabilidad y por ende, las partes perderían la libertad que se predica de dicha etapa, sin embargo excepcionalmente, atendiendo a los criterios de razonabilidad y ostentando la carga de la prueba el perjudicado podrá probar daños y perjuicios derivados en la etapa de negociación.

⁸ Court of Appeal of England and Wales. *Courtney and Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.* (1975). United Kingdom.

En los sistemas romano-germánicos los escalones negociales del contrato implican cierta obligación de comportamiento, consistente en proseguir la negociación de buena fe, so pena de incurrir en responsabilidad por daños en caso de ruptura abrupta o injustificada. Aquí, adicional a la intención de obligarse, se busca una intención de crear una relación jurídica, basada en principios de derecho tales como *pacta sunt servanda* y el principio de *cooperación de buena fe* entre las partes.

Dicho entendimiento se ha plasmado en casos de la Corte Internacional de Arbitraje, en su decisión No. 9753 de 1999, en la que surgió la duda de si los acuerdos de las partes para negociar eran de carácter vinculante. Para solucionar dicha controversia, se hizo un análisis del Código de comercio Checo, el cual determina que los derechos y deberes surgidos en una relación de obligaciones, también tiene en cuenta la práctica de los negocios, y en este sentido, aplicando los principios antes mencionados, se considera que el acuerdo es válido y vinculante para las partes, a menos que alguna de ellas demuestre imposibilidad para llevar a cabo sus obligaciones.

Ampliando el concepto desarrollado por la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, en lo que respecta a la formación del contrato, de la regulación de oferta y aceptación de las partes y de los deberes que de allí se desprenden, se establece que la oferta para que sea válida como propuesta de contrato debe ser dirigida a persona(s) determinadas, en forma precisa respecto a mercadería, cantidad, precio o medio alternativo para ser determinable su valor.

En lo que concierne a la posibilidad de revocación de la oferta debe decirse que es posible siempre y cuando dicha revocatoria sea allegada al destinatario antes que este último haya aceptado la oferta inicial, si la oferta inicial trae consigo la mención de irrevocabilidad será ineficaz el acto de revocatoria pues se mantendrán sus efectos para el o los destinatarios.

Con respecto a la aceptación de la oferta, esta ópera en forma expresa o tácita, la primera se perfecciona con la manifestación o declaración asertiva por escrito del destinatario al remitente de la oferta remitida, la segunda se produce por un acto que permita presumir el asentimiento de la oferta, tal como el pago a la oferta, envío de mercancías o de cualquier otra contraprestación; sin embargo puede presentarse que durante la etapa de negociación, mediante la aceptación del destinatario a la oferta se incluyan elementos nuevos que pueden llegar a ser subsanados si no distorsionan los elementos de fondo de la oferta y si el oferente no los objeta, caso en el cual se convalidarían; En caso de ser objetados por el oferente deberán ser presentados los argumentos en términos prudentes y justificables. Ahora bien, si la modificación realizada por el destinatario afecta sustancialmente los elementos esenciales de la oferta se entiende que se “constituye en una contraoferta que deberá ser aceptada para que el contrato se celebre”. De conformidad con la CISG, son elementos que modifican el fondo de la oferta los relativos a cantidad y/o calidad de las mercaderías, responsabilidad de las partes, mecanismos de solución de controversias, condiciones de entrega, forma de pago y finalmente precio.

2.3.4 Confianza negocial

El referirnos a confianza desde la tradición romano germánica del Derecho es poco usual pues este ha sido un concepto más desarrollado desde el *common law* de la tradición anglosajona. Sin embargo esto no significa que haya sido excluida máxime cuando la misma doctrina italiana y el desarrollo jurisprudencial le están otorgando un mayor alcance y reconocimiento como fuente de obligaciones autónomas bajo ciertos condicionamientos.

El interés por la armonización del Derecho y los nuevos riesgos del negocio jurídico en las últimas décadas han conllevado al análisis de los distintos sistemas y fuentes, tal modernización ha permitido la integración de conceptos que en primer momento no se acercan entre el *common law* y la tradición Civil como es el concepto de razonabilidad:

“En efecto, el artículo 1:302 de los PECL vincula la razonabilidad a la buena fe, pues indica que lo razonable "se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera". En cambio, el Anexo del MCR, que contiene las definiciones utilizadas en este instrumento, prescinde de cualquier referencia a la buena fe, toda vez que señala que "lo razonable de una actuación se verificará objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se realiza, las circunstancias del caso, y los usos y prácticas relevantes", remitiéndose al artículo I.-1:104 que conceptualiza la razonabilidad en los mismos términos” (López Díaz, 2018, págs. 127-168).

Agregando al concepto de razonabilidad, es necesario remitirnos al concepto de confianza, que ha sido desarrollado en el *common law* y que nos permite referirnos a la denominación “reasonable reliance” o confianza razonable, tratándose de una estándar legal que busca la protección de una parte vulnerada durante la formación de un contrato, sujeto a la valoración de prudencia y razonabilidad en la ejecución de los actos desplegados, no podría entenderse como razonable la confianza, ni estaría llamado a su tutela cuando un comprador adquiere una maquina con la idea que dicha maquina convierte las piedras en Oro; un concepto cercano correspondiente a la prudencia nos la describe nuestro ordenamiento jurídico en lo que concierne a la culpa y el dolo del código civil Colombiano en el artículo 63 cuando describe la clasificación culpa; siendo grave aquella consistente “...*en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios...equivalente al dolo...*”, culpa leve: “... *es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...*”, culpa levísima “...*es la falta de aquella diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes...*”; disposiciones que nos permite comprender el grado de prudencia y razonabilidad de una persona, en contraposición al primer ejemplo señalado. En estricto sentido podría decirse que la confianza razonable del negocio jurídico se afecta cuando una

de las partes pone en riesgo la seguridad, expectativa, apariencia, organización de intereses, encuentro de voluntades y sincronización de las partes en su materialización.

También se puede señalar que la Confianza se ve vulnerada cuando concurre error provocado, ruptura injustificada, dolo o transferencia de información engañosa, incurriendo de esta manera en una apariencia culposa, al tratarse de una conducta contraria a justicia y equilibrio afectando los intereses de las partes, culpa que deberá ser calificada, así mismo el grado de confianza defraudado sea desde la expectativa del emisor o del destinatario.

Como hemos afirmado anteriormente hay de acuerdo a las diferentes fuentes, obligaciones precontractuales, tales como: el de confidencialidad, conservación, custodia, información, cooperación, orientar el negocio a su realización, etc. Y es en razón a estas cargas que se establece un criterio de razonabilidad para los actos desplegados por las partes atendiendo por supuesto al debido equilibrio entre la libertad contractual, la lealtad, la expectativa legítima, la apariencia y honradez los criterios que brindan seguridad jurídica a las partes contratantes.

En la etapa de negociación del contrato internacional para ser determinable el grado de confianza defraudado debe observarse el rol en las condiciones de oferta y aceptación, es por esta razón que de conformidad con el estudio de casos se denominara respecto de la oferta, **confianza del vendedor, emisor u oferente:**

“CLOUT (Case law on UNCITRAL Texts)

CLOUT Núm. 215

Tribunal que profiere la sentencia: Bezirksgericht St. Gallen.

País: Suiza.

Participantes: C. vs. W.

Número o volumen: 3PZ 97/18.

Fecha: 3 de Julio de 1997

El vendedor (demandante) holandés y comprador (demandado) suizo, celebraron un acuerdo en virtud del cual el comprador fabricaría mercaderías con la materia prima que le entregaría el vendedor. Después de que el comprador hubiera utilizado el 10% de esa materia prima, se puso fin a la cooperación entre comprador y vendedor, y el resto de las mercaderías fue devuelto al vendedor.

Este último demandó al comprador exigiendo el pago del precio de la totalidad del envío.

El tribunal sostuvo que el comprador debía pagar el precio de todo el material entregado y no meramente del 10% que había utilizado. El tribunal se remitió, en primer lugar, al comportamiento ulterior del comprador (artículo 8 (3)) de la CISG). El comprador había pedido al vendedor que enviara la factura sin formular ninguna reserva, pese a que ya sabía que no utilizaría la totalidad de la materia prima. Las partes no habían fijado el precio, que fue determinado por el tribunal en aplicación del artículo 55 de la CISG. El tipo de interés se fijó sobre la base de la legislación aplicable con arreglo a las normas del foro en materia de Derecho Internacional Privado, que remitían al derecho holandés. No obstante, el tribunal mencionó la posibilidad de determinar el tipo de interés conforme al derecho vigente en el país del establecimiento del deudor, señalando que era este último quien podía beneficiarse del hecho de que no se hubiera pagado el precio de la materia prima suministrada” (Cadena & Cubillos, 2013, pág. 205).

En este sentido el tribunal da aplicación al elemento de razonabilidad en el marco de las negociaciones de las partes, ejemplo de fallo sobre el cual podemos aseverar que la confianza del vendedor se vio afectada, por la expectativa de ganancia perdida, afectando el equilibrio de interés legítimo de acuerdo al artículo 8 (3)) de la CISG que expresa:

“Artículo 8 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme

al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 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".

Ahora bien puede presentarse que la confianza se afecte desde la perspectiva de la aceptación, lo que denominaremos **confianza del comprador, destinatario, o aceptante:**

"CLOUT Núm. 417

Estados Unidos

District Court for the Northern District of Illinois

Magellan International Corp. Vs. Salzitter Handel GmbH

Núm. 99 C 5153 7 Diciembre 1999

El demandante, un distribuidor de productos de acero de Illinois, negoció con el demandado, un comerciante de acero con sede en Alemania y una oficina de ventas en Illinois, la compra de acero que debía fabricarse en Ucrania, conforme a las especificaciones del demandante. Al aceptar presuntamente la oferta del demandante, el demandado añadió condiciones generales a sus confirmaciones del pedido que diferían de las del demandante en lo que respecta a las condiciones de carga del buque, la solución de controversias y la elección del derecho aplicable.

Las partes siguieron negociando hasta que el demandante, presionado por el demandado, aceptó el contrato y adoptó las disposiciones necesarias para que se emitiera una carta de crédito en la que el demandado figurara como beneficiario. Posteriormente, cada una de las partes trató de que se introdujeran enmiendas, pero no pudieron ponerse de acuerdo respecto de ningún cambio. Por lo tanto, el demandado dijo que a menos que se modificara la carta de crédito, él "ya no se sentiría obligado" a cumplir el contrato y "vendería el material en otra parte".

El demandante canceló entonces la carta de crédito y el demandado trató de vender el acero a otros compradores. El demandante entabló

esta acción judicial: 1) para cobrar daños y perjuicios por el supuesto repudio anticipado del contrato por parte del demandado, y 2) para obtener un mandamiento judicial por el que se ordenara al demandado que entregue el acero al demandante. El demandado pidió que se desestimara la demanda por falta de reclamaciones admisibles y suficientes.

La cuestión que tenía ante sí el tribunal era determinar si los alegatos del comprador constituían reclamaciones admisibles y suficientes para que pudiera sustanciarse el enjuiciamiento.

El tribunal resolvió que la demanda establecía de una manera suficiente y admisible hechos a partir de los cuales podía determinarse en juicio que había un contrato, que el demandante estaba dispuesto a cumplirlo, que hubo repudio anticipado por parte del demandado, y que el demandante había resultado perjudicado por ese repudio. El tribunal resolvió también que la demanda establecía hechos suficientes para justificar una orden de ejecución específica con arreglo al artículo 46 1) de la CISG y al derecho interno, que según el dictamen del tribunal era pertinente en virtud del artículo 28 de la CISG. Por consiguiente, el tribunal se negó a desestimar la acción, pero señaló que el demandante aún tendría que probar los hechos en el juicio” (Cadena & Cubillos, 2013, pág. 231).

En este caso se defrauda la confianza desde la perspectiva del comprador pues el vendedor incurre en actos de apariencia contraria a su voluntad de contratar, creando una expectativa adversa a los intereses del comprador, tratando de justificar la ruptura injustificada de la negociación.

También podríamos establecer otra clasificación de confianza de acuerdo al punto de desarrollo de la etapa de la negociación, pudiendo señalar que el punto de quiebre de la confianza sería el inicio o no de la ejecución de una contraprestación respecto a la oferta, pues cuando la confianza esta tan desarrollada se da la actitud como si existiera contrato y frente a los efectos de indemnizar como consecuencia de incumplimiento en favor de la parte que fue diligente, atendiendo a la siguiente proposición lógica “a mayor grado de confianza quebrantada, mayor deberá ser la reparación o resarcimiento de los perjuicios causados” pudiéndose establecer dentro

de la etapa previa al contrato, una **confianza inicial de expectativa** y una **confianza final de compromisos previos ejecutados**.

La dinámica de los negocios internacionales y de su práctica contractual, nos impulsa a indagar por este criterio diferenciador de la confianza, determinando las variables de su graduación defraudada de acuerdo a las perspectivas del rol desempeñado por las partes y en estricto sentido invita al administrador de justicia llámese juez o arbitro a realizar una valoración ponderada de la expectativa legítima, la apariencia creada y otros factores que confluir en la confianza comercial de los intervinientes en la etapa de negociación.

CAPÍTULO 3. CASOS ILUSTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN LA ETAPA DE NEGOCIACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL

3.1 CASO ARBITRAL NO. 037-2016 -CCL, LIMA, PERÚ

Partes

- Demandante: persona natural, sociedad conyugal y una organización privada dedicada al fortalecimiento y empoderamiento de la mujer empresaria y emprendedora.
- Demandada: una persona natural y una compañía constituida en Perú dedicada a la elaboración de productos de panadería.

Hechos

Las partes suscribieron un contrato de obligaciones futuras a partir del cual se comprometieron a realizar todas las gestiones necesarias para desarrollar un proyecto inmobiliario que consistía en la construcción de un centro comercial.

El proyecto se desarrollaría en el inmueble proporcionado por la demandada, quien se comprometió a aportar la propiedad del 50% del inmueble y realizar actividades de saneamiento del terreno y la obtención de documentos exigidos por la ley.

La parte demandante se comprometió a pagarle una suma de dinero a cambio del 50% restante del bien inmueble aportado por la parte demandada y construir el futuro centro comercial.

Posteriormente las partes suscribieron un acuerdo privado en el que se indicó la cantidad de dinero adeudada por la demandada y se reiteró el compromiso de las partes de constituir la sociedad.

La parte demandante remitió una carta a la demandada solicitándole el cumplimiento de sus obligaciones, pero la demandada indicó que en ninguno de los acuerdos suscritos, se había manifestado su aceptación definitiva del desarrollo del proyecto.

Frente a esta situación la parte demandante inició el proceso arbitral, solicitando: 1) se determine si corresponde ordenar a los demandados la ejecución del contrato de obligaciones futuras y el acuerdo privado y 2) se determine a quien corresponde el pago de costos y costas del arbitraje.

Consideraciones

El árbitro único sostuvo que el contrato de obligaciones futuras y el acuerdo privado tenían como finalidad que las partes realicen las gestiones necesarias para la constitución de una sociedad. Es decir, la finalidad de los acuerdos era la consecución de un contrato definitivo en el futuro que establezca la constitución de una sociedad que permita el desarrollo del proyecto inmobiliario. Se buscaba determinar si estaba frente a contratos preparatorios.

El único requisito principal de **los compromisos de contratar es la exigencia que los contratos contengan, al menos, los elementos esenciales del contrato definitivo**. De esta forma, las partes sólo tendrán que agregar cláusulas no esenciales y llegar al acuerdo definitivo. En este sentido, el árbitro evaluó si dicho compromiso cumplía con los requisitos o elementos esenciales del acuerdo de constitución, según la Ley General de Sociedades. Si bien se indicaron los fundadores, el domicilio de la futura sociedad, los aportes y porcentajes de estos, no se indicaron los demás requisitos de ley.

Por lo anterior, el árbitro concluyó que no se trataba de un contrato preparatorio y que los instrumentos bajo análisis plasman los acuerdos que las partes habían propuesto durante las negociaciones, sin que constituyesen contratos preparatorios, sino solamente tratos preliminares.

La ruptura de las negociaciones, cuando las partes no llegasen a ponerse de acuerdo en los términos y condiciones definitivamente satisfactorios o incluso cuando las partes ya hubiesen alcanzado un consenso respecto a ciertos términos, no genera una obligación de continuar las tratativas, ni responsabilidad por terminarlas, ni tampoco resultaría exigible a las partes, la celebración del contrato.

No obstante, el árbitro sostuvo que en determinadas situaciones la ruptura injustificada de negociaciones podría dar lugar a responsabilidad civil precontractual, en cuyo caso no le resultaría exigible a las partes la celebración del contrato. Adicionalmente, agregó que las partes deben actuar de conformidad con el principio de buena fe, establecido en el artículo 1362 del código civil peruano. Es por esto, que la responsabilidad precontractual no deriva de un mero abandono de tratativas, sino del desapego al principio de buena fe, lo cual podría darse ante una eventual inducción dolosa o culposa a la otra parte a tener razonable confianza en la celebración del contrato negociado para obtener adelantos o algún beneficio.

Las tratativas llevadas a cabo por las partes habían generado un grado de expectativas y confianza en la parte demandante.

3.2 WALTON STORES (INTERSTATE) LTD. V. MAHER - TRIBUNAL SUPERIOR DE AUSTRALIA (1988)

En octubre y principios de noviembre de 1983, los oficiales y agentes de Waltons Stores (Interstate) Ltd. ("Waltons") estaban negociando con el Sr. y la Sra. Maher

para que los Mahers construyeran los locales de las tiendas en terrenos que poseían en Nowra para alquilarlos.

Adoptaron un procedimiento de transporte inusual. El abogado del arrendatario, el Sr. Roth, redactaría un proyecto de acuerdo de arrendamiento y, cuando se acordaran los términos, se efectuaría un intercambio de contratos. El tiempo fue corto. Waltons especificó el 15 de enero de 1984 como la fecha en que el edificio de la tienda estaría disponible para su equipamiento y el 5 de febrero de 1984 como la fecha en la que el edificio de la tienda se completaría.

Waltons había vendido las instalaciones de su tienda en Nowra y se les pidió que abandonaran esas instalaciones a mediados de enero de 1984. El contrato entre Waltons y los Mahers debía concluirse a tiempo para permitir que el Sr. Maher cumpliera con las fechas especificadas para su equipamiento y finalización. El trabajo a realizar por el Sr. Maher incluyó la demolición de una estructura sustancial en el sitio antes de que se pudiera comenzar la construcción del edificio de la tienda. El 7 de noviembre de 1983, el Sr. Elvy le dijo al Sr. Roth que "el acuerdo debe concluirse dentro del siguiente día o dos, de lo contrario será imposible que Maher lo complete".

En ese momento, Elvy estaba buscando algunas enmiendas al proyecto de Escritura de Acuerdo de Arrendamiento. Aunque las enmiendas habían sido acordadas entre los abogados, Waltons no había dado su aprobación final. Adicionalmente, Se requería un cronograma de acabados para anexar la Escritura. El 7 de noviembre, después de que el Sr. Elvy habló con el Sr. Roth, el Sr. Roth le escribió al Sr. Elvy adjuntando una Escritura de Acuerdo de Arrendamiento redactada nuevamente que incorporaba, en la medida necesaria, todas las enmiendas en las que él y el Sr. Elvy habían acordado. Roth escribió:

"Debe tener en cuenta que aún no hemos obtenido las instrucciones específicas de nuestro cliente para cada enmienda solicitada, pero

creemos que la aprobación será próxima. Le avisaremos mañana si no se acuerda alguna enmienda.

También creemos que un Anexo de Acabados debe anexarse a la Escritura antes del intercambio”.

El Sr. Roth no informó al Sr. Elvy, "mañana" o en cualquier otro momento, que las enmiendas no habían sido acordadas. En consecuencia, el Sr. Elvy hizo que sus clientes ejecutaran la Escritura y prepararan y firmaran un cronograma de acabados.

Cuando el Sr. Elvy escribió esta carta, pensó que era su responsabilidad asistir al sellado de las Escrituras originales y equivalentes. Posteriormente se dio cuenta de que era responsabilidad del señor Roth. Si el Sr. Elvy hubiera sido responsable de sellar las Escrituras originales y equivalentes, presumiblemente ambas le habrían sido enviadas después de que Waltons hubiera ejecutado la Escritura original; Si el Sr. Roth hubiera sido responsable de sellar las Escrituras originales y equivalentes, presumiblemente el Sr. Elvy habría tenido que devolver la Escritura original ejecutada para sellarla después de que se le hubiera entregado a cambio. Las implicaciones del procedimiento de transferencia adoptado por los abogados fueron objeto de un hallazgo importante por parte del juez de primera instancia. La carta del Sr. Elvy y los anexos fueron recibidos por el Sr. Roth alrededor del 14 de noviembre.

El Sr. Roth no entregó la Escritura original ejecutada por Waltons al Sr. Elvy como había solicitado. Waltons no ejecutó la Escritura. Elvy no hizo ninguna investigación para averiguar cuándo se le entregaría la Escritura original ejecutada. Tampoco el Sr. Roth devolvió la Escritura de contraparte hasta que fue enviada acompañada de una carta de fecha 19 de enero de 1984 que el Sr. Roth escribió luego en las instrucciones de su cliente.

El contenido de esta carta llegó al Sr. Maher el 22 o 23 de enero de 1984. En ese momento, el Sr. Maher había demolido la estructura que había estado en el sitio, había vertido dos quintos de la losa de concreto y había colocado del sesenta al

setenta por ciento. Del ladrillo requerido para construir una tienda de acuerdo con los requisitos de Waltons. El Sr. Maher había puesto este trabajo a la mano poco después de recibir la carta de asesoramiento del Sr. Elvy de fecha 14 de noviembre de 1983.

La evidencia reveló por qué Waltons se retiró del acuerdo y por qué se había dejado pasar el tiempo antes de que Roth le informara a Elvy sobre la decisión de Waltons. El Sr. Rose, un consultor inmobiliario que fue contratado por Waltons, le había dado instrucciones al Sr. Roth de "ir despacio en la transacción". El Sr. Rose explicó que "eso significaba que no queríamos ponernos en una posición legalmente vinculante".

La razón de estas instrucciones se encuentra en un informe de marketing que sugiere la necesidad de que Waltons cambie su estrategia de venta minorista en varios centros de país, incluido Nowra. Ese informe fue considerado por los directores de Waltons y, dado que no se había tomado ninguna decisión sobre si se debía arrendar el edificio propuesto, Rose "no quería que se hiciera nada para poner en peligro la posible situación contractual entre Waltons y Mahers".

Waltons sabía que el señor Maher estaba procediendo con el edificio. El 10 de diciembre de 1983, el gerente de la tienda Waltons en Nowra informó a su gerente de grupo que el trabajo de demolición había comenzado en el sitio. Para el 10 u 11 de enero de 1984, los oficiales de Walton sabían que el Sr. Maher estaba procediendo con la construcción. Nadie le había dicho al señor Maher que Waltons había cambiado de opinión. Aunque el Sr. Gosling, quien era el administrador de la propiedad de Waltons en Nueva Gales del Sur, dio pruebas de que tenía dudas sobre si el edificio en construcción estaba siendo construido para Waltons, admitió que no intentó resolver esas dudas. La única inferencia razonable abierta sobre la evidencia es que Waltons sabía que el Sr. Maher estaba construyendo la tienda de conformidad con los términos de la Escritura que había ejecutado.

Consideraciones

Las partes que están negociando un contrato, pueden proceder con la expectativa que los términos se acuerden y se establezcan en un contrato, pero, siempre que ambas partes reconozcan que cualquiera de las partes tiene la libertad de retirarse de las negociaciones en cualquier momento, antes de que se haga el contrato, no puede ser desmesurado que una de las partes lo haga. Por supuesto, la libertad de retirarse puede ser encadenada o extinguida por acuerdo, pero, en ausencia de acuerdo, cualquiera de las partes normalmente conserva su libertad de retirarse. Solo si una de las partes induce a la otra parte a creer que él, la primera parte, ya está obligado y su libertad de retirarse se ha ido, podría ser desmesurado para él posteriormente afirmar que es legalmente libre de retirarse.

Es esencial para la existencia de una equidad creada por impedimento, que la parte que induce la adopción de la suposición o expectativa, sepa o tenga la intención de que la parte que la adopte actúe o se abstenga de actuar, basándose en la suposición o expectativa.

Cuando la adopción de una suposición o expectativa es inducida por la realización de una promesa, el conocimiento o la intención de que la suposición o expectativa se aplicará se puede inferir fácilmente. Pero si una de las partes alienta a otra a adherirse a una suposición o expectativa ya formada equivale a inducir a la otra a adoptar la suposición o expectativa.

La conducta desmesurada que es objeto de equidad, para evitar es el fracaso de una parte, que ha inducido a la adopción de la suposición o expectativa y que sabía o tenía la intención de que se confiara en ella. El objetivo de la equidad no es obligar a la parte obligada a cumplir el supuesto o la expectativa; es para evitar el perjuicio que, si la suposición o expectativa no se cumple, será sufrida por la parte que ha sido inducida a actuar o abstenerse de actuar al respecto.

Las calificaciones propuestas acercan a un principio cuyo objeto es evitar el detrimento ocasionado por el incumplimiento de la promesa. La mejor solución del problema se alcanza identificando la conducta desmesurada que da lugar a la equidad, como la partida de otro para sufrir el detrimento ocasionado por la conducta de la parte contra la cual se recauda la equidad. Entonces, se puede ver que el objetivo del principio es evitar ese detrimento y la satisfacción de la equidad exige el cumplimiento de una promesa sólo como un medio para evitar el detrimento y solo en la medida necesaria para lograr ese objetivo. Así considerado, el impedimento equitativo no eleva las promesas no contractuales al nivel de las promesas contractuales y la doctrina de la consideración no se ve arrastrada por un viento lateral.

3.3 CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE (1999) - DECISIÓN NO. 9753

Pretensión

El demandante alega que el demandado no cumplió con sus obligaciones bajo el acuerdo al que habían llegado de negociar. Solicita al árbitro se declare infringido el contrato y condene a pagar daños al demandado.

Hechos

Una compañía del Reino Unido, actuando de parte de un consorcio compuesto por varias compañías, llegó a un acuerdo con una entidad Checa, para que entre ellas se colaboraran y pudieran concretar una futura negociación con el propósito de realizar un proyecto. De acuerdo con el demandante, el demandado falló en el ejercicio de sus deberes de colaboración y negociación bajo ese acuerdo.

Como producto de una reunión entre las partes, surgieron dudas respecto del carácter vinculante que pudiera tener el acuerdo al que llegaron. El demandante envió una carta al demandado aclarando que hay mal entendidos relacionados con el intento de pacto en contraendo y las obligaciones de ambas partes. A esta el demandante respondió que consideran que dicho pacto es legalmente irrelevante, debido a que las cuestiones abordadas en ese acuerdo no se cumplieron en el tiempo allí establecido. A pesar de que, no se debió a la culpa de ninguna de las partes, el acuerdo no tiene fuerza vinculante.

En concordancia con el ordenamiento de república Checa, el pacto no debió haber existido legítimamente puesto que la parte no tiene ningún derecho ni obligación.

Las partes no pudieron llegar a un acuerdo en este punto, por lo que cesaron las negociaciones entre ellos.

Consideraciones

El árbitro toma en consideración el Código de comercio de República Checa, el cual determina los derechos y deberes surgidos de una relación de obligaciones, y también tiene en cuenta la práctica de los negocios. En general los principios aplicables a los negocios tienen gran importancia, tales como el *pacta sunt servanda* y el de *cooperación en buena fe*. Principios que se consagran en los artículos 1.3 y 1.7 de los Principios Unidroit.

De acuerdo a la sección 365 del C.Co. Checo, un deudor ha incumplido si falla en realizar sus obligaciones de forma correcta y en debido tiempo. No obstante, el deudor no incumple si se encuentra en imposibilidad de cumplir su obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el acuerdo es considerado válido y vinculante para las partes. Durante el proceso, ninguna de las partes afirmó que el proyecto se haya

vuelto imposible y no hay evidencia de la imposibilidad en los documentos aportados por las partes.

En consecuencia, el demandante puede exigir el cumplimiento de las obligaciones mencionadas en el caso de continua colaboración y cooperación, con el propósito de realizar el proyecto.

CONCLUSIONES

Como producto del enfoque metodológico realizado, correspondiente al estudio teórico de principios, doctrina, jurisprudencia e instituciones jurídico de Derecho internacional privado, que convergen para estructurar la responsabilidad en la etapa de negociación del contrato internacional, se debe hacer mención a varios elementos del objeto de estudio entre los que se encuentra: La descripción de los elementos o factores que determinan el contrato internacional como lo es si las partes tienen su residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes, si el lugar de la prestación característica tiene una relación más estrecha, si los elementos o controversias del contrato afectan los intereses del comercio internacional; desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano, debe decirse que el concepto de contrato internacional, está descrito en una ley sobre arbitraje internacional pues desde la normas que regulan la jurisdicción ordinaria no está concebido dicho concepto.

En lo que concierne a las fuentes del Derecho Comercial Internacional que confluyen en la regulación de la etapa de formación o negociación del contrato internacional debe hacerse mención directa de entre las fuentes *hard law* y *soft law*, a la convención internacional sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG), principios Unidroit, principios de Derecho Contractual Europeo (**PECL**), Código Europeo de los Contratos (proyecto de la academia de Ius privatistas europeos), El Draft Common Frame of Reference (DCFR) O "marco común de referencia".

La etapa de negociaciones del contrato está delimitada por los tratos, conversaciones, presentación de oferta o manifestaciones de interés de contratar de las partes, que tienen por objeto concretar las condiciones en las que quieren obligarse a desarrollar una compra, prestación de servicio o cualquier otro objeto contractual, para ello pueden establecer condiciones de indemnidad en caso de retracto de alguna de las

parte, constitución de garantías reales, personales, etc. Así mismo podrán regular el alcance que le dan a las conductas desplegadas durante las negociaciones, por cualquiera de los documentos preliminares que requieran como las cartas de intención, memoriales de entendimiento, acuerdos de no divulgación (confidencialidad).

Por su parte debe señalarse que los principios constituyen parte esencial de la relación contractual, pues no solo obedecen a la unificación de criterios y de lo que es considerado correcto y justo entre los distintos ordenamientos jurídicos, sino que además se conciben como mandatos de optimización que resultan vinculantes en la interpretación de normas del contrato internacional para las partes u operadores jurídicos. De aquí, que cobre relevancia para el estudio de los elementos que constituyen la responsabilidad en la etapa de negociación del contrato internacional, los principios de autonomía de las voluntas de las partes o también denominada autonomía contractual, la buena fe y la culpa in contrahendo.

Sobre el principio de la Autonomía contractual en la elección del Derecho aplicable y el foro aplicable a la relación contractual, debe expresarse que tiene prelación la libertad de las partes para la escogencia del mismo, en concordancia con las fuentes *hard law* como la convención internacional sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG) y *Soft Law* como los principios Unidroit, las cuales la determinan en forma expresa dentro de sus estipulaciones. Sin embargo en caso que las partes no elijan el derecho aplicable o el foro que va a regular su relación contractual, será regulada por otros criterios residuales, que deberán ser analizados de acuerdo a la conducta desplegada por las partes, cláusulas pactadas, al lugar de residencia del vendedor, prestador, arrendador u otra calidad que tengan las partes del contrato internacional, así mismo podrá determinarse de acuerdo al caso en específico por el lugar de ejecución de la prestación característica, entre otros criterios descritos con antelación.

Ahora bien, con respecto al principio de la buena fe primero debe decirse que en el ordenamiento jurídico nacional, hay una clara y expresa adopción del principio en las disposiciones del Derecho constitucional, civil, comercial, entre otras. Por lo tanto queda muy claro que las partes deben proceder de buena fe desde la formación del contrato caso contrario deberá indemnizar los perjuicios que causen; la observancia y ejecución de este principio resulta vinculante inclusive hasta una etapa post-contrato. Ahora bien, en el marco del contrato internacional, los instrumentos de armonización del Derecho tal como: principalmente en la convención internacional de compraventa internacional de mercaderías y los principios Unidroit, se establece que el principio de la buena fe es vinculante a las partes, por lo que su aplicación no puede limitarse por otra disposición.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse como expresión del principio de buena fe, los deberes de información y de no revocatoria injustificada de las partes durante la formación del contrato internacional, por lo que la falta a alguno de estos deberes puede comprometer la validez del mismo, facultando a la parte cumplida a solicitar indemnización por los perjuicios que se le causen con el incumplimiento.

Paralelo a la aplicación del principio de buena fe, concurren otros elementos relacionados en la fase de formación del contrato internacional, y que es objeto de pronunciamiento con la *culpa in contrahendo*, pues debe valorarse el grado de culpabilidad en las conductas de las partes durante la negociación del mismo, con el fin de determinar su grado de responsabilidad, en este sentido cobra relevancia la teoría de Jhering en la ponderación de la misma atendiendo no solo a la culpa descrito anteriormente sino también a la expectativa y confianza de las partes durante su formación, entre los antecedentes importantes a Jhering, otros autores se encargaron de enfatizar la obligación de reparar los daños causados en la etapa de negociación, atendiendo distintos criterios como por ejemplo la aplicación de una regla de equidad. Por otra parte, se diferenció entre el sistema romano germánico y la tradición del common law, en lo que concierne al carácter vinculante de las negociaciones

estableciendo que para el civil law o romano germánico procede mientras que para el otro excepcionalmente no, toda vez que, si bien es cierto ambos sistemas coinciden en la reparación o resarcimiento de los daños causados durante la etapa de negociación, la base jurídica se diferencia, una se sustenta en el daño mismo por negligencia e inobservancia causada mientras que la otra se fundamenta en el principio de buena fe que es transversal a la relación del negocio jurídico.

Siguiendo la línea de análisis podemos afirmar que a partir del alcance dado a los conceptos de razonabilidad y confianza se ha creado un nuevo principio orientador para la valoración de los deberes de las partes en la etapa de formación del contrato internacional. La Confianza durante la fase de generación del contrato, dependerá de la perspectiva del negocio, de tal manera que para clasificar y graduar la confianza de sus partes, deberá ser atendiendo al criterio de razonabilidad en la expectativa y de la apariencia dada por cada uno de los participantes, lo que nos lleva proponer al mundo académico y señalar que: la vulneración a la expectativa y apariencia por una parte a la otra que actuó con debida diligencia genera la ruptura de seguridad en la concentración de esfuerzo para la celebración del negocio, llevándose a tutelar dicho valor, por los efectos adversos creados por la situación jurídica, la clasificación del grado de confianza defraudada será proporcional a los actos desplegados por las partes en desarrollo del contrato y su formación, bajo esta perspectiva debe determinarse el rol de las partes, la expectativa quebrantada y la ejecución de actos desplegados para la celebración del contrato, lo que nos permite denominar de acuerdo a estos criterios confianza inicial de expectativa y **confianza final de compromisos previos ejecutados**.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (2006). *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara.

Arias, D. & Arias, H., (2011).). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería. Colombia.

Aristóteles. (1984). *Gran ética*. España: Altamira.

Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bigliuzzi, L. &. (1995). *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos (Vol. II)*. (F. Hinestrosa, Trad.) :. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cadena. A. &. Cubillos G.(2013). *La compraventa Internacional de mercaderías*, Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

Carbonell, M. &. (2009). *Garantismo*. Madrid: Trotta.

Carbonell, M. (2004). *Notas sobre la libertad de expresión en México*. México: Porrúa.

Castaldo, L. (2002). *Historia del Derecho Civil*. Paris: Dalloz.

- Cárdenas, M. A. (2012) compilador, *Derecho Internacional de los Negocios Tomo IV*, Colombia; Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Cubides, J. (2010). *Obligaciones* (6 ed.). Bogotá: Universidad Javeriana.
- Dworkin, R. (1977). *Los Derechos en Serio*. (M. Guastavino, Trad.) Madrid: Ariel Derecho.
- Facco., J. H. (2017). *Vicisitudes de la buena fe negocial Reflexiones histórico-comparativas*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado.
- García., A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Giménez, A. O. (2011). *Guía práctica de la contratación internacional*. Madrid: ESIC Editorial.
- González, J. M. (2000). *La contratación internacional: Guía práctica*. Madrid: ESIC Editorial.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Madrid: Gedisa Editorial.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (2009). *El concepto del derecho*. (G. Carrío, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández, E. (2001). *Las obligaciones convencionales en el Derecho Internacional Privado*. En *Libro Homenaje a Gonzalo Parra - Aranguren. Ley de Derecho Internacional Privado* (1 ed.). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenajes.

- Hesselink, M. W. (2008). *A European Legal Science? On European private law and scientific method*. Amsterdam: Centre for the Study of European Contract Law.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado.
- Izaguirre, A., & Casabella, R. (2014). *Comercio Internacional en el siglo XXI. La puerta de acceso a los negocios globales*. Buenos Aires: Dunken.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (16 ed.). (R. J. Vernengo, Trad.) México: Porrúa.
- Kelsen, H. (2015). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- León, J. (julio de 2014). Tensión entre derechos y principios. Consideraciones a la interpretación judicial de la moral en la praxis del derecho. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 8(2), 15-34.
- Magallón, J. (1987). *Instituciones de Derecho Civil* (Vol. I). México: Porrúa.
- Neme. V. Martha. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO, Revista de derecho Privado número 11 Universidad Externado de Colombia Registro: ISSN 01234366 Publicado en 2007 en la ciudad de Bogotá.
- Oviedo, A. (2008). *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, Colombia.
- Palencia, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés.
- Pino, H. (2014). Una Aproximación Continental al Derecho Inglés de los Contratos: Revista chilena de derecho privado No. 22.
- Prieto, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Rodríguez, M., Bonilla, F., & Franco, J. (2007). Régimen jurídico aplicable al contrato internacional: la internacionalidad del contrato. *Revista e-mercatoria*, 6(2), 1-58.
- Rodríguez, F., Maximiliano, (2009) *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Colombia; Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, S. (2012). *Ley aplicable al contrato internacional. La imperiosa necesidad de lograr su armonización legislativa en el MERCOSUR*. Madrid: Editorial Académica Española.
- Rojina, R. (1993). *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. México: Porrúa.
- Romero, F. (2002). El derecho aplicable al contrato internacional. En *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Mackelt* (Vol. 1). Caracas: Goldschmidt; Universidad Central de Venezuela.
- Salgado, R. C. Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf Von Jhering, aproximación doctrinal. *Revista de Derecho Privado*, (22) Colombia; Universidad Externado de Colombia.
- Salvatore, M. (1993). *Cláusulas Abusivas en los Contratos* (Vol. 3). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico Aspectos Generales. En L. León, *Teoría General Del Negocio Jurídico* (págs. 4-10). ARA Editores.
- Union Europea (2008) Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
- Veytia, H. (1998). De los principios de Unidroit. En *Contratación internacional: comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*. (págs. 40-63). México: Universidad Autónoma de México.

Zapata A. De A. (2010) compiladora, *Derecho Internacional de los Negocios Tomo III*, Colombia; Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Zapata A. De A. (2012) *Gobernabilidad monetaria y financiera Internacional*, Colombia; Universidad Externado de Colombia.

Zea, A. V. (1987). *Derecho Civil: Parte General y Personas* (11 ed.). Bogotá: Temis.

Zea, A. V. (2004). *Derecho Civil, de las obligaciones* (9 ed., Vol. 3). Bogotá: Temis.

DOCUMENTOS EN INTERNET

López Díaz, P. 2018. La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual. *Revista de Derecho Privado*. 36 (dic. 2018), 127-168. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.05>.

Naciones Unidas. (1980). *convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías*. Viena, Austria. Recuperado el 6 de junio de 2019, de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s>.

Oviedo, A. (2012). *Negociación y documentos preliminares en la contratación internacional* Colombia, Citation: 22 Rev. Derecho Privado 73 2012, Content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Thu Feb 25 12:25:27 2016.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-341. Ref. Exp. D-6020. M.P: Jaime Araujo Rentería*.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-934. Ref. Exp. D-9661. M.P: Nilson Pinilla Pinilla*.